

El Derecho Penal en el siglo XXI

ENTRE LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*

The right to criminal in the 21st century

BETWEEN THE RISK SOCIETY AND THE SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW

RESUMEN

Las orientaciones hacia las que se ha dirigido el Derecho Penal, muestran como características principales: (i) una fuerte inclinación por el endurecimiento de los castigos existentes; (ii) la proliferación en la criminalización de conductas sociales que afectan bienes jurídicos abstractos y/o colectivos, y (iii) la expansión a hechos y conflictos sociales que bien pueden solucionarse sin la intervención del Derecho Penal. Es evidente que algunos fenómenos han contribuido a la deconstrucción del Derecho Penal para hablar hoy día de un Derecho Penal categorizado en primera, segunda y tercera velocidad. Como núcleo esencial de estos nuevos escenarios aparecen los avances tecnológicos, paradójicamente determinantes para la configuración de un Derecho Penal que pretende controlar las dinámicas propias de la sociedad, legitimando su actuar en un nuevo modelo de sociedad denominada del riesgo.

Palabras clave: Derecho de castigar, Deconstrucción del Derecho Penal, Estado Social de Derecho, Sociedad de riesgo, Populismo punitivo.

ABSTRACT

The guidelines to which directed the criminal law shown as main features: (i) a strong inclination tightening the existing penalties, (ii) the growth in the criminalization of social behaviors affect legal abstract and / or groups, and (iii) expansion to social issues and conflicts that may well settled without involving the right criminal. Clearly some phenomena have contributed to the deconstruction of criminal law to speak today of a criminal law categorized into first, second and third gear. As core of these new scenarios are technological advances paradoxically have been crucial to the configuration of a criminal law that aims to control the dynamics of society legitimizing their actions in a new model called risk society.

Keywords: Right to punish, Deconstruction of the criminal law, Social State of law, Society of risk punitive populism.

BLADIMIR CUADRO CRESPO

Abogado Unilibre, Magíster en Derecho Penal. Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores de Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca, España. Junio de 2013. bcuadro@yahoo.com

Recibido:
7 de agosto de 2013
Aceptado:
17 de octubre de 2013

* Este artículo es el resultado de la investigación "El contrato de concesión portuaria" realizado con recursos asignados al grupo de investigación Derecho Política y Sociedad de la Universidad de la Costa, CUC, año, 2012.

DERECHO PENAL EN EL SIGLO XXI, ENTRE LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Las orientaciones que ha sufrido el Derecho Penal muestra una fuerte inclinación por el endurecimiento de los castigos existentes, la anticipación de las barreras penales y con ello criminalización de conductas sociales que afectan bienes jurídicos abstractos y/o colectivos y finalmente, su expansión a fenómenos y conflictos sociales que deben solucionarse sin la intervención del Derecho Penal.

Evidentemente esto no es algo nuevo que acabo de descubrir, pero la preocupación en esta ocasión se centra en la dirección que ha tomado el Derecho Penal y los fines de la pena, dejando atrás garantías esenciales que le caracterizaron por generaciones, producto de caras conquistas en favor de los derechos fundamentales y esencialmente de la dignidad del ser humano.

Es evidente que fenómenos tales como la globalización, el populismo punitivo, la fijación de la agenda legislativa por parte del consumo mediático, la generalización y potenciación del estado de inseguridad, han concentrado su accionar en los avances tecnológicos, que si bien han contribuido de alguna manera en bienestar, paradójicamente han sido determinantes para la configuración de un Derecho Penal fundamentado en la denominada sociedad del riesgo y no en el Estado Social de Derecho como legítimamente lo ordena nuestra Constitución.

La preocupación por esta tendencia ha sido objeto de múltiples observaciones por estudiosos y reconocidos penalistas en el mundo, precisamente de ellas surgió el interés por abordar este tema; sin embargo, la expansión del fenómeno a número significativo de Estados de nuestra geografía universal, advierte una redefinición drástica del Derecho Penal en todas sus extensiones, lo que contrasta con su esencia, razón que nos obliga a continuar sumando voces para enfrentar tal despropósito.

Por ello, en esta oportunidad la tarea va encaminada a preguntarnos: (I) si esa protección de los nuevos riesgos debe asumirla el Derecho Penal, fundado tradicionalmente en la protección de bienes jurídicos, (II) si la respuesta es positiva, en qué medida y (III) si puede redefinirse el papel de la pena a partir de los riesgos protegidos. El análisis siempre se hará bajo el tamiz de los presupuestos que impone el Derecho de castigar desde el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

ORIENTACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO DE CASTIGAR Y SUS FINES HASTA FINALES DEL SIGLO XX

El castigo y el derecho de castigar propiamente dicho han sido a través de los tiempos, motivo de preocupación del hombre en sociedad. Resulta paradójico que mientras siglos atrás se libraban batallas a través de construcciones jurídicas fruto de la Ilustración y que propendían esencialmente por humanizarlo y limitarlo, hoy en día se pretende imprimirle

otra orientación y con ello la lucha pareciera centrarse en endurecerlo, ¿será que la humanidad está dispuesta a involucrar el Derecho Penal? Me resisto a creerlo.

Recordemos que las Sagradas Escrituras nos enseñan que el primer castigo fue impuesto por Dios a Adán y Eva por haber comido del fruto prohibido, desobedeciendo con tal acto sus órdenes, ambos fueron castigados quitándoles la vida eterna (Génesis 3:17-19), fueron expulsados del jardín del Edén (Génesis 3: 23), a Eva le impuso aumentar en gran manera los dolores al parir (Génesis 3:16) y a Adán le impuso que debería comer con dolor el producto del suelo, con el sudor.

Este episodio bíblico, bien puede ser interpretado como un acto de soberanía de Dios, en tanto, que a través del castigo, quiso significar que su palabra debía obedecerse y ante una ofensa vendrían consecuencias. Incluso podría interpretarse como la negación de la voluntad de ellos y en contraposición la afirmación de la voluntad del Creador. Sin embargo, la historia católica no muestra la escena como un acto de justicia, pues nuestro Dios es un Dios de justicia.

El castigo como expresión del poder punitivo no existió siempre ni en todas las sociedades, en cualquier sociedad, incluso antes del Estado, ante las ofensas se empleaba el poder social tendiente a obligar a la reparación. De hecho, las primeras expresiones del poder punitivo surgieron cuando el soberano decidió usurpar el lugar del lesionado, lo eliminó del escenario y se proclamó único ofendido con

derecho a reprimir. Esta es una de las características más significativas del poder punitivo, conocida desde entonces como la confiscación de la víctima.

La figura del rey era identificable con la de Estado, tenía la concentración del poder, de ahí que en el ámbito penal resultaban mezcladas las ideas de delito y pecado, el proceso penal estaba encaminado a la confesión del reo, sin tener en cuenta la posición del ofendido, pues siempre ocupó su lugar. De ese modo, el poder político pasó a ser poder punitivo, sin contar con la víctima, salvo algunas apariciones en épocas posteriores fungiendo como un actor invitado.

En 1764, el marqués de Beccaria revoluciona la historia del Derecho Penal con su tratado de los delitos y las penas, obra caracterizada por introducir los puntos clave de la Ilustración¹ en la teoría jurídica y que influyó de manera significativa reformas penales posteriores. Frente al derecho de castigar, introdujo límites que constituyeron un gran avance en su humanización, una muestra de ello es haber sosteniendo que “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”. Por virtud de esa necesidad, explica, el hombre se obligó a ceder parte de su propia libertad, aunque en la porción más pequeña que sea

1. La Ilustración fue una época histórica y un movimiento cultural e intelectual europeo –especialmente en Francia e Inglaterra– que se desarrolló desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución Francesa, aunque en algunos países se prolongó durante los primeros años del siglo XIX. Fue denominado así por su declarada finalidad de disipar las tinieblas de la humanidad mediante las luces de la razón. El siglo XVIII es conocido, por este motivo, como el Siglo de las Luces.

posible y que la suma de todas esas pequeñas porciones de libertad posibles, forman el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia². Como vemos, el criterio de necesidad, surge como un límite inquebrantable de la potestad que tenía el soberano para castigar los delitos, por fortuna aún hoy día se mantiene vigente este pensamiento, en la mayoría de las legislaciones de los Estados de Derecho.

En ese mismo sentido, en 1859, el profesor F. Carrara, máximo exponente de la escuela clásica quien hizo valiosos aportes a la humanización del Derecho Penal, en los prolegómenos de su programa de derecho criminal, le asigna a la pena una función de prevención general, cuando afirma que “el derecho de castigar, en las manos del hombre no tiene otra legitimidad que la necesidad de defensa, porque al hombre solo le es concedido en cuanto le es necesario para la conservación de los derechos de la humanidad”; sin embargo, al clarificar el criterio de necesidad, explica que “el Derecho Penal debe acudir dondequiera que sea necesario para proteger el derecho; el Derecho Penal no puede acudir donde el derecho no es violado o puesto en inminente peligro”³, con lo además introduce desde entonces, aunque de manera incipiente los principios de antijuricidad material y *ultima ratio* del Derecho Penal.

Para Kant, la pena “no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros

bienestar, ya sea el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta todas las veces solamente porque él ha delinquido”. Remata señalando que “el hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, puesto que contra esto le protege el carácter de persona con que ha nacido”⁴. Este autor encuentra el sentido de la pena en que mediante ella fuese alcanzada la justicia.

A su vez Hegel, se caracterizó por introducir un contexto de intercambio funcional entre delito y pena, por ello sostiene que se le debe otorgar una función que restituya el injusto acaecido y en ese sentido solo puede ser concebida como la negación que el derecho hace de quien ha negado su existencia a través de una lesión y con ello se afirma su vigencia⁵.

Franz von Liszt propugna en los fines de la pena en coherencia con un Estado intervencionista, un rechazo de la retribución y la incorporación, en cambio, de la prevención especial. En su conocido programa de Marburgo⁶, estructura la finalidad de la pena en un triple contenido: la corrección de los delincuentes susceptibles y necesitados de mejora, la intimidación en el caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización⁷ de

2. BECCARIA (1987). *De los delitos y las penas*. Edición a cargo de Nodier Agudelo. Bogotá.
3. CARRARA, F. (1996). *Programa de derecho criminal, parte general*, volumen I. Bogotá: Editorial Temis, pp. 17 y ss.

4. LESCH H., Heiko (2000). *La función de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 20 y ss.

5. *Op cit.*, pp. 25 y ss.

6. VON, Liszt (1984). *La idea de fin en Derecho Penal*. Traducción de Enrique Aimone, Valparaíso.

7. Suponía la adopción de una política criminal en la que el contenido del derecho penal dejaba de ser la barrera de garantías que él propugnaba y pasaba a ser un instrumento de eliminación del enemigo del orden social.

los delincuentes no susceptibles de corrección.

Feuerbach sostiene que “el fundamento de la pena reside en el delito, puesto que de lo contrario se mezclaría al individuo entre los objetos del derecho de cosas”⁸, se une en consecuencia con los discursos que sostenían que la finalidad del efecto disuasorio se relaciona directamente con la amenaza de pena y no con la pena.

Roxin⁹, sostiene que el fin de la pena no busca la lucha contra la criminalidad sin importar el costo que ello implique para el Estado de Derecho y menos aún cuando se interpreta en formas contrarias a la dignidad del recluso. Añade el tratadista alemán que si el poder estatal ha sido establecido para asegurar a los ciudadanos una convivencia libre y pacífica, el fin de la pena debe referirse al provecho del individuo y la sociedad, respetando la personalidad del penado e integrándolo socialmente tanto como sea posible, prefiriendo aquellas medidas que conducen a la resocialización y no a la intimidación.

Günter Jakobs, asocia el concepto de pena con la prevención general positiva y sostiene que con ella se persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho y en el Derecho Penal como subsistema que proporciona y constituye la confirmación de la identidad social. La pena sirve para confirmar la vi-

gencia de la norma y con ello el Estado y por consiguiente para negar el acto que rompe el modelo que se comunica con la norma.

En Latinoamérica Zaffaroni, ha presentado una teoría agnóstica y negativa de la pena y señala con contundencia que ella no consigue los fines establecidos por la dogmática penal, pues es utilizada como un instrumento de poder punitivo de los Estados, razón por la que ninguna de las teorías de la pena ha funcionado, por ello no se ha llegado a establecer su fin y función en nuestra sociedad.

Nuestro tribunal constitucional, no en pocas veces se ha referido al tema y en especial resulta relevante traer a colación los siguientes pronunciamientos:

Sentencia C-261 de 1996:

“En la actualidad se considera que las teorías tradicionales que buscaban justificar de manera absoluta las penas y el sistema penal están en crisis. Así, ni la teoría kantiana de la retribución, ni las doctrinas utilitarias de la prevención frente a conductas consideradas socialmente dañosas permiten explicar, comprender y justificar plenamente la función que puede cumplir el sistema penal en una sociedad democrática fundada en los derechos humanos. Por ello la doctrina penal más avanzada considera que tal función solo puede encontrar explicación en principios diferentes, que actúan en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado.

8. *Op cit.*, pp. 25 y ss.

9. ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant le Blanch.

Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado Social de Derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores.

Como es natural, no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención

general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. (...) Sin embargo, a pesar de esas inevitables tensiones y discusiones, lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo¹⁰.

En esa misma dirección la Corte sostuvo en la Sentencia C-430 de 1996¹¹:

“...La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”.

Por eso ha reconocido la Corte que lo que

10. Sentencia C-261 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad¹².

“en el marco del Estado Social de Derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada¹³; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado”¹⁴.

Como se sostuvo al inicio, pese a los esfuerzos de muchos años por humanizar y racionalizar el castigo, propugnado a que este atendiera primigeniamente a una necesidad que estaba dada por el propio Derecho y su armonía, las banderas enarboladas por el Derecho Penal liberal, pareciera que en la tendencia moderna fruto de fenómenos que se expondrán más adelante, se dirige hacia la severidad e incremento, con la justificación de proveer seguridad a los ciudadanos en un estado de paranoia que cada vez se expande más por el mundo globalizado y renunciando cada vez más a reconocer que en un Estado Social de Derecho la pena siempre debe estar orientada

a la necesidad de reintegrar al reo a la sociedad.

NUEVAS TENDENCIAS DEL PAPEL DEL DERECHO PENAL Y LA FUNCIÓN DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL DE LAS SOCIEDADES DE RIESGO

El término Sociedad del Riesgo¹⁵ “refleja una época de la sociedad moderna que no solo abandona las formas de vida tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias indirectas del éxito de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros apenas imaginables que nos afectan a todos y contra los que ya nadie puede asegurarnos adecuadamente”¹⁶.

La sociedad del riesgo, no es una teoría del Estado, tampoco así es reconocida, para el autor a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la sociedad mundial experimentó cambios drásticos en su desenvolvimiento que resume en las siguientes premisas: (I) el riesgo tiene la fuerza destructiva de la guerra; (II) somos miembros de una comunidad de peligro mundial; (III) el progreso de la ciencia consiste en minar el papel de los expertos; (IV) el miedo condiciona la vida; (V) vivimos la economía del miedo y (VI) concluye afirmando que la seguridad es, como el agua y la electricidad, un bien de consumo, administrado tanto pública como privadamente para obtener beneficios.

12. Sentencia C-565 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-592 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

13. Sentencia T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

14. Sentencia C-679 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

15. El término fue acuñado por Ulrich Beck en 1986.

16. BECK, Ulrich (2007). *La sociedad del riesgo mundial, en busca de la seguridad perdida*. Paidós, pp. 25 y ss.

A partir de este nuevo modelo de sociedad, el Derecho Penal en toda su integralidad (sustantivo, procesal y especial) es dotado de nuevas dimensiones y competencias, que resultan contrastar con la tradición liberal que le caracterizó en el último siglo y precisamente son utilizadas para ofrecer la seguridad que demandan los nuevos riesgos y que la sociedad en general reclama al unísono.

El modelo de sociedad del riesgo generalizó en todos los ámbitos del mundo moderno, que desde los acontecimientos nefastos del 11 de septiembre de 2001, la ciencia, la economía, la política, la cultura, etc., giran en torno al binomio riesgo-seguridad, ello no es del todo cierto, toda vez que las expresiones de un Derecho Penal de esas características se presenta desde épocas pretéritas.

Sin embargo, tras esa fecha se han adoptado estrategias universales en la llamada lucha contra el terrorismo, caracterizadas por la difusión de reformas legislativas, especialmente de naturaleza penal, amparadas en la necesidad de plantear una guerra sin tregua ni cuartel contra una amenaza invisible, que está por venir, pero que hace necesario el endurecimiento de las medidas de control y la instauración de medidas excepcionales a todos los niveles del proceso penal, entre otros instrumentos de control social¹⁷.

Indudablemente, disciplinas hermanas como

el Derecho Penal, la criminología y la política criminal, han sido permeadas de esta nueva realidad, influenciadas de alguna forma por el efecto mediático, que ha servido como autopista para difundir el miedo, pero compartimos opiniones con quienes sostienen que por virtud de esta realidad impuesta no se debe renunciar a las conquistas logradas por siglos de luchas y evidenciadas en el Derecho Penal liberal.

No podemos seguir el juego mediático de buenos y malos, enemigos y ciudadanos (inducido desde niños con la existencia de superhéroes que luchan contra el crimen), la condición humana no acepta divisiones y las construcciones dogmáticas y legislativas, si se quiere, no pueden hacerlo si se entiende que sus destinatarios son la sociedad en general incluyendo a quienes quebrantan las normas prohibitivas impuestas por el Estado. Aunque con una visión sistemática se puedan asemejar los conflictos que hoy nos aquejan mundialmente, no corresponden a un patrón universal, pues en cada territorio se vive una realidad diferente y las exigencias de protección igualmente lo son.

Sin embargo, en las sociedades modernas o “postindustriales”, se han identificado y a su vez generalizado nuevos frentes en los que requieren protección, ello fruto de los riesgos que nos mantienen atemorizados, a manera de simple ejemplo enuncio algunos: medioambiente, economía, procesamiento de datos, impuestos, comercio exterior, trata de personas, narcotráfico, terrorismo, etc. Todo se agrupa en la categoría que se ha denominado crimen organizado.

17. PETTI, Gabriella (2009). Enjuiciar al enemigo después del 11 de septiembre. Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de La Coruña, *Revista Jurídica Interdisciplinar*, N° 13. La Coruña.

Por supuesto, el Derecho Penal pasa a constituirse de *ultima ratio* en *prima ratio*, para afrontar estos nuevos riesgos desafiando, incluso, sus propios límites y en esta misión han contribuido escuelas dogmáticas que se han orientado hacia ese propósito¹⁸. En la historia del Derecho Penal, ya ha sido evidente su utilización con fines que se alejan de su misión natural, tal como ocurrió con el Derecho Penal del nacional socialismo¹⁹.

Derecho Penal del enemigo; Derecho Penal de las sociedades de riesgo, Derecho Penal de la seguridad ciudadana, Derecho Penal expansionista, etc., son algunas muestras vivas de la marcada tendencia por universalizar el fenómeno delincencial y a la magnificación del peligro, ello ha conducido a que se inventen y se clonen bienes jurídicos; se inventan porque cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos, asimismo, se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios, o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad.

Del mismo modo, existe un consenso en cuanto a la flexibilización del sistema de imputación y de las garantías individuales vi-

gentes que se ofrecen en favor del procesado y si se quiere exagerar estamos cercanos al regreso del Derecho Penal de autor.

En consecuencia, el dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, viola el principio de máxima taxatividad y puede acercarnos a un Derecho Penal de responsabilidad objetiva. Pero a más del peligro como requisito típico, es preciso que en la conducta desplegada por el autor también sea palpable, por ello, frente a esa posibilidad afirma Zaffaroni: “en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y en caso negativo no es admisible la tipicidad objetiva”²⁰.

Regresando al tema central de esta ponencia y con el fin de clarificar el punto de partida y alcanzar por lo menos uno de llegada en estas reflexiones finales, conviene precisar lo que hoy conocemos como Derecho Penal de las sociedades de riesgo.

Pues bien, parece ser claro que el Derecho Penal de las sociedades de riesgo parte de la constatación de un conjunto de realidades sociales que se pueden agrupar de la siguiente manera: (1) la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a un amplio colectivo y que podrían calificarse como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas; estos riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en

18. A este respecto la denominada escuela de Frankfurt, ha sostenido que las garantías del Derecho Penal liberal no pueden ser sacrificadas por los nuevos modelos fundados en un Derecho Penal de la sociedad del riesgo.

19. Entre los años de 1933 y 1945, la ciencia penal alemana tuvo una orientación que partió del método fenomenológico y de la contemplación del derecho como un “orden concreto”, en este modelo irrumpe la llamada escuela de Kiel, que propugna por un Derecho Penal de corte totalitario, bajo la égida de un régimen político nacional socialista.

20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Argentina: EDIAR, pp. 371 y ss.

fallos en el manejo de las nuevas capacidades técnicas; (II) la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan con otras zonas, de manera que el control del riesgo escapa al dominio de uno mismo y tampoco está claro en manos de quién está; y (III) en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos. Todo este conjunto de factores activa demandas de intervenciones socio-estatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar sus temores, y para ese fin se emplea entre otros mecanismos la política criminal²¹.

Consecuente con lo expuesto, la política criminal que enfrentaría los nuevos riesgos estaría caracterizada por: en primer lugar, por una ampliación de los ámbitos sociales de intervención penal; en segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, concentrando esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, atendiendo demandas de intervención penal procedentes de organizaciones sociales de un lado y de otro de los mismos poderosos que se han tranzado una lucha sin cuartel para conquistar mercados y para ello han transferido al Derecho Penal el control de sus actividades, la competencia leal y la corrupción privada; en tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en

detrimento de otros instrumentos de control social, por considerarla más eficaz en la prevención de esas conductas, que otras medidas de política económica o social; por último, la necesidad de acomodar los contenidos del Derecho Penal y Procesal Penal a las específicas dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad.

El Derecho Penal resultante de esa nueva política criminal, presenta las siguientes características:

1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva.
2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo.
3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal.
4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías procesales y penales²².

Luego de darse a conocer las tendencias que de este nuevo modelo de intervención penal han surgido, no tardaron en salir posturas críticas entre ellas la más acentuada es la hecha por la escuela de Frankfurt.

21. DÍEZ RIPOLLES, José Luis (2004). De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194.

22. HASSEMER, Winfried (1998). *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. Patricia Ziffer.

EL PAPEL DEL DERECHO PENAL Y DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Acerca de la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho, se ha dicho que esta contiene un doble vínculo que implica no solo someter la actuación del Estado Social a los límites del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real, es decir, que tome partido efectivo en la vida social al servicio de todos los ciudadanos.

Así mismo, el modelo social y democrático, asegura, que tal estado deberá crear condiciones reales que favorezcan la vida del individuo. El carácter democrático de ese Estado, se expresa tanto en la necesidad de libertad real oponiéndose a que dirija su intervención en beneficio de ciertos grupos, cerrando el paso a la posibilidad de un estado de derecho no controlado por todo el pueblo para los ciudadanos.

Bajo esa perspectiva, el cometido de la ciencia jurídico-penal, con consecuencias centrales tanto en la teoría de las funciones de la pena como en la teoría jurídica del delito, debe adecuarse a los postulados del modelo, ello debe traducirse en la construcción de un Derecho Penal desde el prisma del Estado Social y Democrático de Derecho²³.

En ese mismo sentido, el ejercicio del dere-

cho de castigar en un Estado democrático no puede abandonar las garantías, pues estas son propias del Estado de Derecho, que giran en torno al principio de legalidad; no obstante, se adicionan nuevos cometidos más allá de garantías puramente formales y encaminadas a asegurar un servicio real a todos los ciudadanos. Así entonces, en su sentir el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático, no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos²⁴.

En ese camino ha de asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, marcando una tendencia hacia la prevención de delitos, de igual manera, la criminalización primaria debe consultar la voluntad de los propios ciudadanos quienes pueden delimitar de qué forma están dispuestos a sacrificar potencialmente su derecho a la libertad y frente a qué tipo de bienes jurídicos, entendidos como aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado Social Democrático de Derecho.

No obstante, a mi juicio, para que ello sea posible, se requiere reinventar al funcionario público y al ciudadano, para que juntos asuman su rol sin que puedan ser interferidos por las motivaciones que el riesgo abstracto les genere y además teniendo como norte en cada una de sus tareas la dignidad humana.

23. MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho. Introducción.

24. *Op cit.*, p. 37.

Es indispensable, además, la formación de un nuevo ciudadano, capaz de diferenciar entre la gravedad de los hechos que se dimensionan por orientaciones mediáticas, de los que realmente ponen en peligro sus proyectos de vida tanto individuales como colectivos.

Este nuevo ciudadano debe romper la tendencia, que consideró perversa, de las prácticas globalizadoras que buscan formar ciudadanos en serie, como si se tratara de producción de electrodomésticos o automóviles; en ese modelo se aspira a que todos se caractericen por tener gustos similares (ir al fútbol, comer hamburguesas, ir al cine, al mar, etc.), preocupaciones comunes fijadas desde esferas que representan intereses muy distintos a los que el Estado Social y Democrático propende (miedo e inseguridad).

El nuevo ciudadano debe ser fruto del cumplimiento efectivo de los cometidos estatales que implican satisfacción de necesidades básicas para el desarrollo de su proyecto de vida, solo así tendrán la plena libertad para delimitar los ámbitos de protección de bienes jurídicos que reclamarían desde el Derecho Penal, entendiéndolo como *ultima ratio*, tal como ha sido concebido desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho.

De lo contrario, se estaría privilegiando a grupos de ciudadanos que ostentan de alguna manera privilegios frente a otros, en razón a que sí tienen satisfechas sus necesidades básicas, luego sus intereses a proteger serían distintos de quienes no las tienen.

El Derecho Penal que debe caracterizar a este

modelo de Estado, necesariamente debe asumir una función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

REFLEXIONES FINALES

El panorama revelado, por más que conocido y trajinado, no deja de sorprender diariamente con la llegada de novedades legislativas que tienden a potenciar las medidas restrictivas de las libertades individuales so pretexto de prevenir la criminalidad, por ello presento unas reflexiones finales y no conclusiones porque solo se concluye cuando se cierra el tema y evidentemente este no es el caso.

En primer lugar, el Estado Social de Derecho conduce a un Derecho Penal llamado a desempeñar una función de prevención general, que debe estar apoyado en el consenso de sus ciudadanos, por esta razón la prevención general integra intimidación a través de la amenaza de pena a los posibles delincuentes y satisfacción de la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.

Es sabido que la pena es uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado, pues es necesario reconocer la vinculación axiológica que debe existir entre la función de la pena y la función del Estado²⁵.

25. MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

En segundo lugar, puede ser aceptado que el nuevo mundo ofrece nuevas estrategias delincuenciales que se dificultan perseguir con los instrumentos tradicionales, ello habilita la puesta en práctica de un Derecho Penal de una tercera velocidad que pueda satisfacer las nuevas demandas de justicia, pero indudablemente que no puede renunciarse a las garantías y derechos que le asisten al ser humano por esa sola condición. Por ello, más que proteger conduce a la impunidad, la proliferación de tipos penales de peligro abstracto, con marcada tendencia a la subjetivación.

En tercer lugar, las nuevas estrategias pueden habilitar pensarse en flexibilización de algunas garantías penales; no obstante, ello debe hacerse con sumo cuidado y evitando que se generalice a los tipos de criminalidad convencional, como en la práctica parece estar ocurriendo.

En cuarto lugar, los jueces tienen un compromiso mayor ante las nuevas tendencias de judicialización y mantener la garantía de imparcialidad que se les exige, evitando ir a la par de los juicios paralelos que se siguen desde la sociedad mediatizada, que en algunos casos parecen tener vocación de más aceptación en cuanto acuden a la generalización de una opinión pública. Además de ello, en su labor de interpretar y aplicar la norma no deben inmiscuirse en su justicia para resolver el caso concreto, pues esa tarea le corresponde al legislador positivo y a modo de excepción a la Corte Constitucional.

Por ello, deben mantener en alto su majestad

y compromiso con los principios que orientan el proceso penal constitucionalizado, y evitar a toda costa tratar de satisfacer los apetitos de las masas que reclaman justicia, bajo el sentido de justicia que se les ha inducido a gran escala, que difiere ostensiblemente de lo que el Estado de Derecho impone.

Finalmente, el legislativo debe separar su función constitucional de su interés personal electoral, aunque no sea tarea fácil en el presente, es preciso que por encima de ello demuestren su verdadero espíritu de servicio a la patria y que su actuar se traduzca en el ejercicio cabal del mandato que le ha sido conferido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRARA, F. *Programa de Derecho criminal, Parte General* volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

BECCARIA. *De los delitos y las penas*. Edición a cargo de Nodier Agudelo. Bogotá, 1987.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial, en busca de la seguridad perdida*. Paidós, 2007.

Sentencia C-565 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-596 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Trad. Patricia Ziffer, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

PETTI, Gabriella. Enjuiciar al enemigo después del 11 de septiembre. Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de La Coruña, *Revista Jurídica Interdisciplinar*, N° 13. La Coruña, 2009.

VON LISZT. *La idea de fin en Derecho Penal*. Traducción de Enrique Aimone, Valparaíso, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Argentina: EDIAR, 2005.