

LA SOCIEDAD DEL RIESGO ¹

Germán Aller ²

Sumario

1. Acerca de la globalización.
2. La sociedad del riesgo.
3. Derecho penal del riesgo.
4. Reflexiones finales.
5. Bibliografía.

1. ACERCA DE LA GLOBALIZACIÓN

En 1612 Sir Francis BACON publicó *Descriptio globo intellectualis*, siendo seguramente uno de los primeros anticipos de la globalización. El político y pensador inglés, considerado por la Royal Society como el “Gran Instaurador de las Ciencias”, contrastaba el globo material o terráqueo con el globo intelectual, al que caracterizó como el mundo del conocimiento y de las ideas, dividiendo a todo el saber humano en historia, poesía y filosofía en correspondencia con las tres facultades de la mente: memoria, imaginación y razón ³. Otro relevante aporte sobre una comunidad pacífica perpetua fue realizado por Immanuel KANT al postular un Derecho cosmopolítico en su libro *Principios metafísicos del Derecho*, en el cual relataba una idea racional de aproximación y establecimiento de relaciones a partir del Derecho, argumentando que *la naturaleza ha encerrado a todos los hombres juntos por medio de la forma redonda que ha dado a su domicilio común* (*‘globus terraqueus’*), *en un espacio determinado*, y –apuntaba KANT– como el suelo sobre el cual vive el hombre es parte de un todo determinado, los pueblos están en comunidad de ese suelo y ello conlleva reciprocidad de acción; es decir, una relación universal

¹ Texto publicado en *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006, pp. 83-161. También en *El Derecho penal en peligro*, Asunción del Paraguay, Bijupa, 2008, pp. 43-111. Disertación efectuada en la III JORNADA INTERNACIONAL ‘ESTADO DE DERECHO Y ORDEN JURÍDICOPENAL’, celebrada en Asunción del Paraguay del 18 a 23 de agosto de 2005. También en las 11as. JORNADAS REGIONALES DE CRIMINOLOGÍA, celebradas en Salto el 23 y 24 de junio de 2006.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la UNED (Madrid). Profesor Adjunto (G. 3) de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UDELAR) y secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de dicha Facultad.

³ Francis Bacon, *Teoría del cielo. Descripción del globo intelectual*, trad. Alberto Elena y María José Pascual, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 3 y ss. Sir Bacon (1561-1626), Lord de Verulam y vizconde de Saint Albans, fue autor –entre otras obras– del célebre *Novum Organum*. Se destacó en la política llegando a ser Canciller británico hasta que fue acusado de cohecho en la Cámara de los Comunes y sometido a juicio en la de los Lores. Desistió de realizar su propia defensa y se confesó culpable del delito atribuido. Fue condenado a cadena perpetua en la Torre de Londres, pero por indulgencia del rey Jacobo I estuvo sólo tres días allí recluso, porque fue indultado y le fue perdonada la elevada multa que se le había impuesto, aunque debió vender su mansión de York House al duque de Buckingham. A partir de entonces, humillado abandonó el mundo de la política y se dedicó de lleno a su obra filosófica con el propósito de ser reconocido como el gran restaurador de la dignidad humana. Tal reconocimiento llegaría en 1667 merced a la Royal Society, cuarenta y un años después de su muerte.

de uno con todos los demás ⁴. En su obra *La paz perpetua* ponía de manifiesto su anhelo por la pacificación de un mundo en reiterada efervescencia político-social y la necesidad de instaurar una convivencia en paz reglada desde el Derecho ⁵. Asimismo, su correlativo en las Ciencias penales se halla en la *gesamte Strafrechtswissenschaft* de VON LISZT (*Lehrbuch*, 1881) para abarcar todos los estudios científicos concerniente al crimen y su entorno, lo que sin duda fue un esfuerzo titánico para conjuntar Derecho penal, Política criminal y Criminología ⁶. También en JIMÉNEZ DE ASÚA al propugnar la instauración de una *Enciclopedia de las Ciencias penales* que abarque una importante cantidad de disciplinas científicas vinculadas al conocimiento del fenómeno criminal ⁷.

En la actualidad, Ulrich BECK, profesor de Sociología en la Universidad de München, estudia la globalización comenzando por cuestionarse sí, así como en el siglo XIX la lucha de clases por parte del movimiento obrero representó un enfrentamiento con los empresarios implicando la agrupación de personas y la búsqueda de criterios rectores en común —es decir, globalización al fin—, en el siglo XX y comienzos del XXI las empresas transnacionales representan rasgos en común con el movimiento, pero distan mucho en cuanto que éste tenía un contra-poder, mientras que las empresas actuales disponen de poder y no tienen un contra-poder que les haga frente ⁸. Para BECK el globalismo es *la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo* ⁹, no pudiendo desconocerse que desde hace mucho tiempo vivimos en una sociedad mundial donde los espacios en muchos aspectos son y están abiertos. A pesar de ello, como señala DAHRENDORF, la sociedad actual es de exclusión, el conflicto social ya no es fundamentalmente entre clases, sino dado por la desigualdad, la creciente pobreza y la pérdida de libertad ¹⁰. Este autor no marxista, proclive a KANT en vez de a ROUSSEAU, reclama que a todas las personas se les reconozcan los mismos derechos (*together and equal*), porque la globalización, así vista, es antidemocrática por generar un autoritarismo en el cual los ciudadanos se

⁴ Immanuel Kant, *Principios metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Americalee, 1943, p. 196.

⁵ Immanuel Kant, *La Paz perpetua*, Buenos Aires, Bureau Editor, 2000, pp. 26-27.

⁶ Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. de la 18.^a ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña, Madrid, Hijos de Reus, 1914, p. 3. El catedrático de Berlín se refirió en 1881 a una “Ciencia global del Derecho penal” (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*), de donde provino el título de su prestigiosa Revista Penal fundada en 1881. También, *La idea de fin en el Derecho penal*, trad. Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, Edeval, 1984, p. 133. Este opúsculo es su *Marburger Universitätsprogramm* de 1882. En él indica von Liszt que *sólo en la acción conjunta de las mencionadas disciplinas [Antropología criminal, Psicología criminal y Estadística criminal] con la Ciencia del Derecho penal radica la posibilidad de un combate fecundo contra la criminalidad*.

⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Manual de Derecho penal*, t. I, Madrid, Reus, 1933, pp. 26-27. Del mismo autor, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 75. Asimismo, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Elementos de Criminología*, Valparaíso, Edeval, 1982, pp. 19-34.

⁸ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001, p. 16.

⁹ *Idem*, p. 27.

¹⁰ Ralf Dahrendorf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, trad. Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 91-92 y 95.

concentran en sus intereses privados, las clases dirigentes transforman el interés público en su interés por mantenerse en el poder y otros ciudadanos – a los que llama *coach potatoes* – pasan el tiempo sentados frente a su televisor comiendo papas fritas y observando indiferentemente como el mundo discurre ajeno a ellos ¹¹. Frente a esto, tiene gran importancia el desarrollo de una tutela global de los derechos individuales en todo el orbe, como acertadamente plantea HABERMAS retomando palabras de KANT concernientes a la paz perpetua y la sana ambición por una sociedad mundial tendiente a la pacificación mediante el Derecho ¹². Empero, DAHRENDORF marca las diferencias entre el *segundo* y *tercer* mundo en cuanto a los riesgos de la participación política, así como los relativos a los procesos de inclusión y exclusión entre éstos y el del *primer* mundo ¹³, destacando que las mayores amenazas provienen de los países empeñados en superar el ciclo de la pobreza, dependencia y falta de libertad, ya que la pobreza es una evidente desventaja para cualquier Estado ¹⁴. La globalización repercute en todo el terreno de la vida social, a pesar de que algunos países parecen mantenerse relativamente ajenos a ella, como el caso de China, pero seguramente vaya eso cambiando con el transcurrir del tiempo. Esta repercusión se vislumbra en la flexibilización –en tanto eliminación de la rigidez– tendiente a la desregulación y limitación de la participación estatal ¹⁵, y concluye DAHRENDORF que *la globalización amenaza a la sociedad civil de muchos modos diversos, pero todos revisten cierta gravedad* ¹⁶.

Existe una serie de procesos de índole económica, científica, política y cultural que mundializan la economía, revolucionan la tecnología y transforman los sistemas de comunicaciones. Todo lo cual, según reseña MERCADO, va cambiando la vida social mediante el fenómeno conocido como *globalización* que, más que un mero avance tecnológico, es cultural y pone de manifiesto un cambio de época que afecta los valores y genera una nueva visión del mundo, así como su injerencia en la justicia ¹⁷. La globalización es algo más complejo que un fenómeno explicable linealmente, porque implica *un proceso en transición a una nueva fase del capitalismo cuyo significado está bien lejos de ser unívoco* y que se da en un sentido *triádico* que abarca Estados Unidos, la Unión Europea y Japón ¹⁸. Este proceso, entre otras cosas, produce la *desterritorialización* mediante la economía y conduce a un mercado como *no lugar*, en el que se priva de vínculos territoriales ¹⁹. El autor citado apunta que,

¹¹ *Idem*, pp. 44, 128, 129, 131, 132 y 135.

¹² Jürgen Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*, trad. Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 147 y ss. Immanuel Kant, *La Paz perpetua*, pp. 41-42.

¹³ Ralf Dahrendorf, *La cuadratura del círculo. Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 9-12.

¹⁴ *Idem*, p. 14.

¹⁵ *Idem*, p. 32.

¹⁶ *Idem*, p. 41.

¹⁷ Pedro Mercado, “El proceso de globalización, el Estado y el Derecho”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, AA. VV., coord. Guillermo Portilla Contreras, Madrid, Akal, 2005, pp. 119-120.

¹⁸ *Idem*, pp. 121-122.

¹⁹ *Idem*, pp. 127-128.

en cuanto al Derecho, la globalización parece exigir un Derecho global, no estatal, sino transnacional, dado que un mercado único necesita un *Derecho uniforme*²⁰. La evidencia de lo antedicho estaría puesta de manifiesto en la crisis de los principios constitutivos del Derecho moderno provenientes del liberalismo. En efecto, el Estado liberal era esencialmente legislativo, mientras que en la globalización el Estado no es político ni estrictamente legislativo, porque los instrumentos no son las leyes y las transformaciones jurídicas, al punto que la *lex mercatoria* es creada fácticamente por grupos empresariales²¹. En buena medida parece correcto lo subrayado por MERCADER y se pone de manifiesto en la coexistencia de dos niveles de justicia: una de medida para los grupos de poder económico y otra de masas para los consumidores. La primera es la justicia de los negocios y la segunda es la cotidiana²².

A partir del mentado fenómeno de la globalización, los problemas y soluciones se van generalizando, tornándose cada vez más de corte colectivo en vez de individual y, al mismo tiempo, las decisiones involucran a múltiples comunidades; por ende, abarcan millones de personas más. Una consabida expresión de globalización ha sido el *Welfare State* norteamericano y su correlativo de BEVERIDGE en el Reino Unido, que apuntaba al derecho universal de que todos se beneficiasen con el asistencialismo²³. Resulta a esta altura redundante y obvio expresar que la globalización no es un hecho bueno ni malo *per se*, sino una forma de concebir a la sociedad cual si fuere una macro sociedad o la *aldea global*²⁴, aunque puede hablarse de una *crisis global económica* dada por la globalización de la producción²⁵. Es evidente que el progreso obtenido mediante la globalización de la información coadyuva a conocer y reaccionar rápida y conjuntamente ante eventuales violaciones a derechos humanos, a injusticias colectivas, a cataclismos, desastres ecológicos, víctimas de enfermedades infectocontagiosas y muchos otros avatares de la colmena mundial. También permite saber ahora, en este preciso instante, lo que está ocurriendo en lugares lejanos y recónditos del orbe, incluso comunicarse con instalaciones humanas estelares distantes de la tierra²⁶. La enseñanza es una vía de suma importancia en relación a la globalización, puesto que en ella va el futuro de nuestras próximas generaciones y, como se percibe en los niños, ellos dominan con gran y pasmosa fluidez el mundo iternáutico y cibernético, logrando un macro fenómeno de comunicación. El ámbito de las finanzas mundiales se ha vuelto una ruta de asombrosa rapidez en los negocios y, al mismo tiempo, requiere similar actualización de los operadores económicos, los cuales, además de manejarse en su mercado nacional, ya no pueden abstenerse

²⁰ *Idem*, p. 133.

²¹ *Idem*, pp. 134-135.

²² *Idem*, pp. 137-138.

²³ Roberto Bergalli, "Presentación", en John Lea, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, trad. Alejandro Piombo, México, Coyacán, 2006, p. 21.

²⁴ Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 27.

²⁵ Noam Chomsky y Heinz Dietrich, *La Aldea global*, 5.ª ed., Tafalla, Txalaparta, 2000, pp. 36-39.

²⁶ Germán Aller, "Medios masivos de comunicación", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, Montevideo, Del Foro, 2006, pp. 187-190.

del internacional. La economía del mundo puede afectarse desde cualquier parte en que haya un ordenador conectado a las redes financieras: se puede comprar, vender y efectuar colocaciones sin que tenga la menor importancia la locación del operador de mercado ²⁷.

Empero, similares apreciaciones pueden efectuarse en el sentido opuesto; vale decir, la globalización en tanto vehículo de dominación, pérdida de identidad, abatimiento de valores regionales e individuales, imposición de determinadas formas de cultura sobre otras casi indefensas, supresión de una forma de vida prioritariamente de contactos individuales y personales, en vez de la abstracción y anonimato que parece caracterizar a la comunidad actual. Seguramente, la globalización ha fracturado en forma definitiva las fronteras territoriales y culturales ²⁸. La idiosincrasia y tradición milenaria de muchos pueblos debe preservarse mediante sólidos mecanismos de protección directa, porque la globalización de la información, la cultura, las modas, los estilos de vida y el mercado de consumo, pautan otras formas de interacción social, al punto de que los gustos y apetencias de las personas se han globalizado. Y para ello baste observar, entre otras posibilidades, las cadenas internacionales de restaurantes de comida rápida (*fast food*) que denotan la masividad ²⁹. Ciertamente, el mismo fenómeno podría ser analizado partiendo del supuesto de que el extranjero que va a un centro de comidas de este tipo quizá lo haga, precisamente, con el afán de obtener alimentos con un sabor que le resulte familiar, puesto que es similar en todas partes. Cualquiera de estas explicaciones pasa por el tamiz de la globalización. Asimismo, desgraciadamente el fenómeno de la globalización, como relataba el recordado catedrático carioca João Marcello DE ARAUJO JUNIOR, ha hecho especial escarnio en el ámbito de la pobreza, puesto que mundialmente ésta se ha globalizado rápidamente, pero no así proporcionalmente la cultura, ni la salud, ni la defensa del derecho al trabajo, ni los derechos individuales, aunque ciertamente hay un masivo interés manifiesto en alcanzar también la defensa global de estos aspectos de gran relieve para el desarrollo de una mayor justicia social en todo lo largo y ancho del orbe, sin distinguir fronteras ni gobiernos.

No debe partirse del preconcepto de que todo esto esquemáticamente relatado haya de ser necesariamente pernicioso para la sociedad, porque, en primer término, debería definirse qué tipo de sociedad se anhela y cómo estructurarla; en segundo término, de qué manera sostenerla; y, en tercer término, sopesar si la sociedad es en realidad el fruto de un consenso social racional y equitativo, cuando es discutible que exista siquiera acuerdo en la sociedad industrial en torno al progreso ³⁰. Las respuestas no son sencillas, ni

²⁷ Raúl Cervini y Luiz Flávio Gomes, *Crimen Organizado*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 233.

²⁸ John Lea, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, trad. Alejandro Piombo, México, Coyacán, 2006, pp. 334-337 y 351.

²⁹ Ulrich Beck, *op. cit.*, p. 71.

³⁰ Ulrich Beck, *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Roberto Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000, p. 72.

tan siquiera para afirmar que somos el resultado de un consenso, porque es harto posible que no vivamos en una sociedad de consenso, sino regida por el disenso y que el conflicto sea su manifestación, que tan sólo alcanza ciertos márgenes relativos de acuerdo en algunos aspectos cada vez más acotados y de menor cantidad ³¹. Afirma HASSEMER que *este contrato tampoco es una realidad temporal que se dé en un momento determinado, o por lo menos no de un modo completo y ejemplar. Sólo es una condición ejemplar del Derecho, una vez que el Derecho natural perdió esa función [...] El contrato social, adoptado como fundamento del Derecho no es, sin embargo, tan obvio en la convivencia cotidiana, por más que teóricamente sea evidente y normativamente vinculante* ³². El reclamo — tan pertinaz como necesario — por obtener mayores niveles de tolerancia, pone en evidencia la falta de consenso social y la inexistencia práctica de otro pacto que no sea el formal de las leyes y, principalmente, la Constitución. En efecto, la intolerancia es un reflejo de la negación del otro como ser equiparado a uno mismo. La proliferación de grupos, bandas y *tribus* urbanas — además de las sectas — demuestra movimientos subculturales mayoritariamente integrados por gente joven que se aglutina para obtener juntos lo que individualmente creen no poder alcanzar, siendo entonces común a ellos el sentimiento de frustración e insatisfacción dado por la incomprensión social que deriva en subculturas, algunas veces criminales. Este planteo no tiene nada de novedoso, ya que fue expuesto con suma claridad por los estudios de las subculturas realizados por COHEN (1955) ³³ y luego CLOWARD y OHLIN (1960) ³⁴. Generalizando: para estos autores, la existencia de *college-boy*, *corner-boy* y *delinquent-boy* (COHEN), de *retreatist gang*, *conflict gang* y *criminal gang* (CLOWARD y OHLIN), es una manifestación de los mecanismos de adaptación social. Es algo próximo al pensamiento de MERTON (1949), quien ya antes había enunciado que la forma de adaptación a la estructura social se efectúa a través de la conformidad, innovación, ritualismo, retraimiento o rebeldía, según comparta los fines u objetivos culturales preestablecidos y los canalice a través de los medios institucionales socialmente previstos ³⁵.

³¹ Ralf Dahrendorf, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. Francisco Ortiz, Madrid, Mondadori, 1990, p. 196. Asimismo, Max Weber, *Economía y Sociedad*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 1057. También, Lewis A. Coser, *Las funciones del conflicto social*, trad. Bertha Bass, Ruby Betancourt y Félix Ibarra, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 173-174.

³² Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y M.^a del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 43-44.

³³ Albert Kircidel Cohen, *Delinquent boys. The Subculture of the Gang*, Nueva York, The Free Press of Glencoe, 1955, pp. 178-179. Al respecto, Marvin E. Wolfgang y Franco Ferracuti, *La subcultura de la violencia: hacia una Teoría criminológica* [1967], 1.^a reimp., trad. Antonio Garza y Garza, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, *pássim*. También, Miguel Langon, "Teorías de la subcultura criminal (con especial referencia a la obra de Albert Kircidel Cohen)", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006, pp. 61-72.

³⁴ Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin, *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, Illinois, The Free Press of Glencoe, 1960, pp. 161 y ss.

³⁵ Robert King Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2.^a ed., Illinois, The Free Press of Glencoe, 1959, p. 140. Versión en español: *Teoría y Estructura sociales*, trad. Florentino M. Torner,

Asimismo, cualquier planteo concerniente a la visualización social del crimen, indefectiblemente ha de pasar, tarde o temprano, por el concepto de *normalidad* del delito aportado por DURKHEIM, considerando que una sociedad sin crimen sería patológica y un margen racional y prudente de delito hace a una comunidad socialmente sana, en tanto el delito traza el umbral de lo admitido o tolerado por esa sociedad concreta en su momento histórico y siendo, por consiguiente, normal en cuanto a su significado como conducta social *frecuente*³⁶. De allí la importancia que el citado sociólogo francés otorgó al estudio de las sociedades orgánicas, cuyo común denominador es la heterogeneidad de sus integrantes y la complejidad en las relaciones³⁷. También MARX, desde una perspectiva totalmente diferente, consideró al delito funcional a un –para él– cuestionable sistema social:

El criminal produce además el conjunto de la policía y la justicia criminal, fiscales, jueces, jurados, carceleros, etcétera; y estas diferentes *líneas de negocios*, que forman igualmente muchas categorías de la división social del trabajo, desarrollan diferentes capacidades del espíritu humano, crean nuevas necesidades y nuevos modos de satisfacerlas [...] El criminal produce además una impresión, en parte moral y en parte trágica según el caso, y de este modo presta ‘servicios’ al suscitar los sentimientos morales y estéticos del público [...] El criminal rompe la monotonía y la seguridad cotidiana de la vida burguesa. De este modo la salva del estancamiento y le presta ‘esa tensión incómoda y esa agilidad sin las cuales el aguijón de la competencia’ se embotaría. Así, estimula las fuerzas productivas. Mientras que el crimen sustrae una parte de la población superflua del mercado de trabajo y así reduce la competencia entre los trabajadores –impidiendo hasta cierto punto que los salarios caigan por debajo del mínimo–, la lucha contra el crimen absorbe a la otra parte de esta población. Por lo tanto, el criminal aparece como uno de esos ‘contrapesos’ naturales que producen un balance correcto y abren una perspectiva total de ocupaciones útiles³⁸.

Si bien la expresión *globalización* es contemporánea, su alcance y significado no son extraños para la Criminología, como se constata al pasar revista a las diferentes corrientes de fines del siglo XIX y buena parte del XX. Mucho más aún al avanzar en la reciente postrimería secular, donde las corrientes radicales y críticas –provenientes de la *National Deviance Conference* – iniciadas por QUINNEY³⁹, TURK⁴⁰ y VOLD⁴¹, y luego lideradas por la *Nueva*

México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 149.

³⁶ Émile Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, trad. Antonio Ferrer y Robert, Madrid, Daniel Jorro, 1912, p. 130.

³⁷ Émile Durkheim, *La división del trabajo social*, 3.^a ed., trad. Carlos G. Posada, Madrid, Akal, 1995, pp. 175, 181 y 207.

³⁸ Karl Marx, *Historia crítica de la Teoría de la plusvalía*, t. I, trad. W. Roses, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 217.

³⁹ Richard Quinney, *The Social Reality of Crime*, Boston, Little, Brown and Company, 1970, pp. 19 y ss. También del mismo autor, *Critique of Legal Order. Crime Control in Capitalist Society*, Boston, Little, Brown and Company, 1973, pp. 11 y 15.

Criminología de TAYLOR, WALTON y YOUNG ⁴², así como los realismos, tanto el liberal de WILSON ⁴³, KELLING y COLE (*Nueva Derecha*) ⁴⁴, como el de izquierda (*Left Realism*; post-utópico) de YOUNG, MATTHEW, KINSEY y LEA ⁴⁵ captaron la problemática implícita de englobar la cuestión criminal ⁴⁶. También el criminólogo francés Jean PINATEL dejó entrever el efecto globalizador de la criminalidad enfocado desde una sociedad definida como criminógena ⁴⁷, con lo cual, desde distintas concepciones criminológicas del delito y sus consecuencias, se puede concluir sin mayor hesitación que la generalización o globalización del hecho criminal es un proceso que conlleva cierto grado de abstracción con la potencialidad de acarrear la creación de estereotipos o tipologías criminales inapropiadas.

El Derecho penal no es ajeno al apuntado fenómeno de la globalización. En primer lugar, porque resulta difícil imaginar un hecho social más abstracto que la definición formal de delito, inclusive yendo a la Parte Especial al catalogar al homicidio como la conducta de quien da muerte a una persona. BINDING sostuvo la tesis que las leyes no son dictadas para el criminal ni para el juez, sino que su destinatario es el Estado, puesto que quien comete un homicidio doloso suele saber que no debe matar y que, de hacerlo, el Estado provee un sistema punitivo que el juez aplicará: *La norma es una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena* ⁴⁸. Conforme a su Teoría de *Las normas y sus contravenciones*, el catedrático de Leipzig indicaba que el autor realiza el tipo penal de la ley, esto es, no viola la ley penal ⁴⁹. A su vez, esto fue apuntado por MAYER, quien señaló: *El Derecho penal da órdenes sólo a través*

⁴⁰ Austin T. Turk, *The Deviance and Defense of Authority*, Beverly Hills, Sage Publications, 1982, pp. 37 y ss.

⁴¹ George B. Vold, *Theoretical Criminology*, Nueva York, Oxford University, 1958, pp. 265 y ss.

⁴² Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *The New Criminology. For a Social Theory of deviance*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973, pp. 278-282.

⁴³ James Q. Wilson, *Thinking about Crime*, Nueva York, Vintage Books, 1977, pp. 22 y ss. También reedición 1983, pp. 75-89. Allí agrega, entre otros tópicos, el capítulo 5.º: *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*.

⁴⁴ George L. Kelling y Catherine M. Cole, *Fixing broken windows. Restoring Order and reducing Crime in Our Communities*, Nueva York, Touchstone, 1997, pp. 38 y ss.

⁴⁵ John Lea y Jock Young, *What is to be done about Law & Order?*, Londres, Pluto Press, 1993, pp. 264 y ss. Versión en español, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2001, pp. 263 y ss. También, Jock Young y Roger Matthew, *Confronting Crime*, Londres, Sage Publications, 1986, pp. 4-30. Asimismo, Richard Kinsey, John Lea y Jock Young, *Losing the fight against the crime*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1986, pp. 37 y ss.

⁴⁶ Alessandro Baratta, *Hacia una nueva Criminología. Discusión del libro 'Criminología crítica y crítica del Derecho penal'*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997, pp. 29-30. También publicado en una compilación 'in memoriam' de Baratta, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 417-418.

⁴⁷ Jean Pinatel, *La sociedad criminógena*, trad. Luis Rodríguez Ramos, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 70-75.

⁴⁸ Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts* [1885], Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991, p. 164. *Die Norm ist ein reiner, unmotivierter, insbesondere nicht durch Strafandrohung motivierter Befehl.*

⁴⁹ *Idem*, p. 155. Del mismo autor, *Die Normen und ihre Übertretung* [1872], t. I, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991, p. 4.

de la norma, o sea, aquellas reglas que señalan una directriz a la conducta de los hombres y pretenden su obediencia. 'No debes matar', así reza la norma; ella no pertenece conceptualmente al Derecho penal, puesto que no crea una relación jurídico-penal; la norma es una regla del Derecho público, legislado o no legislado, cuya significación se reduce a exigir obediencia por parte del pueblo ⁵⁰. Al decir de HASSEMER, el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor ⁵¹. La construcción del tipo penal es una generalización, como bien expone CEREZO MIR al analizar el principio de legalidad de los delitos y las penas, porque, expresa: es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esta exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos [...] nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. Las figuras delictivas se forman, por ello, en virtud de un proceso de abstracción a partir de hechos reales ⁵².

Los problemas de otras naciones y comunidades se transmiten velozmente, al punto de ser captados y sentidos como propios, llegando al extremo de generar reacciones punitivas a cuestiones que no conciernen al momento ni circunstancias locales (no merecedoras allí y entonces del celo penal), pero motivados por la problemática ajena, cuando no por los reclamos de otros Estados, se legisla penalmente asumiendo como local el conflicto foráneo. No escapa a estas consideraciones el sensato pensamiento de quien, avizorando una determinada situación en otro país, que sea agravante de bienes jurídicos, analice el entorno suyo para contemplar el eventual traslado de esas conductas dañosas a su país. Tal vez por aquello otrora planteado por QUÉTELET (1831 y 1847) ⁵³, GUERRY (1833) ⁵⁴ y TARDE (1873) acerca de que la criminalidad se imita como la moda ⁵⁵, y después por SUTHERLAND (1939), para quien el crimen se aprende en convivencia social mediante similares procesos que las conductas ajustadas a Derecho (*Social Learning*) ⁵⁶ y en virtud de que la criminalidad no es sólo producto de la desorganización social ⁵⁷, como sostenían los integrantes de la Escuela urbanística de Chicago o *Human Ecology*, PARK,

⁵⁰ Max Ernst Mayer, *Normas jurídicas y normas de cultura* [1903], trad. José Luis Guzmán Dálbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 41.

⁵¹ Winfried Hassemer, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

⁵² José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 169.

⁵³ Lambert Adolphe Jaques Quételet, *Du Système Social et des Lois qui le régissent*, París, Guillaumin et Cie., 1848, pp. 81 y ss.

⁵⁴ Cfr. Antonio García-Pablos de Molina, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 233.

⁵⁵ Gabriel Tarde, *Las leyes de la imitación*, trad. Alejo García Góngora, Madrid, Daniel Jorro, 1907, pp. 409 y ss.

⁵⁶ Edwin Hardin Sutherland, *Principles of Criminology*, 4.ª ed., Chicago, J. B. Lippincott Co., 1947, pp. 6-9.

⁵⁷ Alfonso Serrano Maíllo, *Introducción a la Criminología*, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 117-121. El profesor de la UNED hace un detallado y completo estudio acerca de las diversas orientaciones criminológicas concernientes a la desorganización social como factor de criminalidad.

BURGESS y MCKENZIE (1925)⁵⁸, SHAW (1929)⁵⁹ y MCKAY (1942)⁶⁰, sino –al decir de SUTHERLAND– la manifestación de una organización diferente (*Differential Association*)⁶¹. Ante la globalización, el Derecho penal construye respuestas globales a fenómenos de igual dimensión y, en términos generales, podría considerarse atinado. Ahora bien, cuando la respuesta penal se globaliza sin constatar que el conflicto social de base no es de ese tenor, sino de raigambre netamente individual, se genera entonces una dicotomía social entorno al valor simbólico de la definición de delito. Nótese que HASSEMER, partidario del compartible Derecho penal orientado a consecuencias⁶², subraya el sentido simbólico que representa el Derecho penal, tanto como concepto analítico como designación normativa combativa⁶³. En consonancia, asevera GARCÍA-PABLOS: *la 'función simbólica' del Derecho penal no constituye novedad alguna, porque tanto el estructural-funcionalismo como la teoría sistémica se refirieron a ella en sentido puramente descriptivo, partiendo de la distinción entre 'fines' (asignados) de la pena y 'funciones' (reales) de ésta*⁶⁴.

En la cuestión objeto de estudio cobra importancia mayúscula la cooperación penal internacional, mediante la cual los Estados colaboran recíprocamente para abatir o controlar los niveles de criminalidad. Es sabido que la globalización también ha hecho lo propio con los infractores penales, quienes delinquen en un país, pero preparan su actividad desde otros, se componen con integrantes de distintas nacionalidades, se guarecen en otros países y transforman en rédito el objeto del crimen también fuera del lugar de comisión del delito. A esto se agregan otras variedades, como realizar delitos sucesivos en multiplicidad de Estados a partir de hechos generadores comunes, tales como las maniobras fraudulentas desde el ciberespacio financiero, dando lugar –como indica BERGALLI– a redes *geopolíticas de mercados criminales*, desde las cuales se comercializan distintos productos, servicios y personas⁶⁵. Baste para ello mencionar el tráfico internacional de drogas, armas y medicamentos, aunque también de personas que son literalmente vendidas: niños, órganos, blancas y trabajadores, retomándose así la vieja compraventa de personas cual si rigiese la esclavitud⁶⁶. Siguiendo a LEA, la delincuencia no es únicamente una

⁵⁸ Robert Ezra Park, Ernest W. Burgess y Roderick D. McKenzie, *The City*, Chicago, University of Chicago, 1967, pp. 105-110.

⁵⁹ Clifford R. Shaw, *Delinquency Areas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1929, pp. 1-10.

⁶⁰ Clifford R. Shaw y Henry D. McKay, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, 2.ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 1971, pp. 183-189.

⁶¹ Edwin Hardin Sutherland, *El delito de cuello blanco*, trad. Rosa del Olmo, Madrid, La Piqueta, 1999, pp. 295-297.

⁶² Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 50.

⁶³ Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, AA. VV., trad. Elena Larrauri, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 29.

⁶⁴ Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 188.

⁶⁵ Roberto Bergalli, "Presentación", en John Lea, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, p. 29.

⁶⁶ *Ibidem*.

respuesta individualista, como se constata al observar las históricas luchas étnicas, de clanes y tribus, así como la existencia de la *vendetta* o venganza y los grupos mafiosos de diversos países, porque —a la postre— la criminalización también se va tornando abstracta y al delincuente se lo va definiendo como *otro* o un *extraño* ⁶⁷. A vía de ejemplo de la referida abstracción, al delincuente pobre se lo define como bruto y se lo identifica con la condición animal, mientras que a la mujer que delinque se le cuestiona su feminidad o se la rotula de “loca”. Aunque nada de esto es nuevo y para ello basta recordar que el Código Napoleónico se caracterizaba por su supuesta imparcialidad, ¡llegando al extremo absurdo de prohibir por igual a ricos y pobres dormir bajo los puentes de París! ⁶⁸. La ley indudablemente era igual para todos, pero ¿tenían los ricos necesidad de dormir bajo los puentes? ¿tenían los pobres otro lugar donde guarecerse por la noche? Además, la abstracción producida por la globalización abarca no sólo al delincuente, sino paralelamente también a la víctima, que es transformada en una categoría social o una condición ⁶⁹. Esto demuestra que globalización y criminalidad están estrechamente ligadas. Al mismo tiempo, el acontecer delictivo exhibe un considerable margen de organización criminal, como ya desde siglos se viene practicando y, en detalle, han descrito décadas atrás SUTHERLAND ⁷⁰, CRESSEY ⁷¹ y McINTOSH ⁷², entre otros cuidadosos analistas. El marqués de BECCARIA, Cesare BONESANA, en su célebre opúsculo primeramente publicado en forma anónima en Livorno en 1764, anticipó que *aunque la persuasión de no encontrar un palmo de tierra, que perdonase a los verdaderos delitos, sería un medio eficacísimo de evitarlos, pero, al mismo momento, se preguntaba si entre las Naciones es útil entregarse los reos recíprocamente, respondiendo sobre ese tema: no me atreveré a decidirlo, hasta tanto que las leyes más conformes a las necesidades de la humanidad, las penas más suaves, y extinguida la dependencia del arbitrio y de la opinión, no pongan a salvo la inocencia oprimida, y la virtud detestada* ⁷³, poniendo así el asunto en el punto álgido de la cuestión, en virtud de que la cooperación penal internacional no es ya una mera expresión de cortesía — como antaño lo fue— sino, como explica CAIROLI, de asunción de compromisos internacionales de mutua colaboración para enfrentar a la criminalidad, ⁷⁴, aunque sigue manteniendo aspectos vinculados a la soberanía y gobierno de los Estados. Empero, grandes naciones siguen atrincheradas en la posición de signar tranquilamente los tratados y convenciones concernientes a colaboración

⁶⁷ John Lea, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, trad. Alejandro Piombo, México, Coyacán, 2006, pp. 39-40.

⁶⁸ *Idem*, pp. 42-43.

⁶⁹ *Idem*, p. 63.

⁷⁰ Edwin Hardin Sutherland, *Ladrones profesionales*, 2.ª ed., trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1993, p. 202. También, *El delito de cuello blanco*, pp. 261-264.

⁷¹ Donald R. Cressey, *Criminal Organization: Its Elementary Forms*, Londres, Heinemann Educational Books, 1972, pp. 1-17.

⁷² Mary McIntosh, *La Organización del crimen*, 3.ª ed., trad. Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 1977, pp. 15-20.

⁷³ Cesare Bonesana (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joachin Ibarra, 1774, pp. 209-210.

⁷⁴ Milton Cairoli, *La Cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 60.

penal internacional de los tres niveles previstos –ubicando en el tercero a la extradición, que es la máxima colaboración– y, a pesar de que además de los acuerdos suscritos se dé el principio esencial de doble incriminación, esos Estados no entregan a sus nacionales. Es paradójico entonces que se proclame la prioridad de la extradición y demás niveles de cooperación (intercambio de información, embargo y secuestro de bienes, citaciones y traslado de testigos)⁷⁵, cuando no se procede a la entrega bajo ningún concepto de nacional alguno. La lógica consecuencia es que el país requirente tampoco entregue luego a sus nacionales cuando les sean requeridos por el otro Estado. Por ende, se vuelve a replantear aquello –tan antiguo como actual– expuesto por BECCARIA en cuanto a la conveniencia de entregarse recíprocamente ciudadanos y, evidentemente, no laudado en forma definitiva a pesar de haber transcurrido cerca de dos siglos y medio desde *Dei delitti e delle pene* (1764). En este punto se visualiza otro aspecto de la relativa globalización en lo penal, donde, si bien abundan los tratados internacionales al respecto, la praxis exhibe la fragilidad material, máxime cuando los Estados que no entregan sus nacionales suelen ser potencias de gran relieve mundial, como Estados Unidos y Brasil entre otros. A ello se suma, como plantea BECK, la creciente duda respecto a si la sociedad mundial podría subsistir sin Estados o sin una noción mundial de Estado⁷⁶. Para BECK, la ausencia de Estado (*a-estatalidad*) supondría una *situación de competencia* entre los Estados y las sociedades nacionales por un lado, y los nexos complejos de la sociedad mundial y sus actores por el otro, pero los Estados nacionales no pueden existir sin la presencia de sociedades mundiales y éstas no existen sin aquéllos⁷⁷.

A lo mencionado cabe agregar la tendencia a instaurar un Derecho penal internacional supranacional⁷⁸ y regido por el *Jus cogens*, que trastoca al Derecho internacional en cuanto a que el individuo deviene en sujeto de Derecho similar a los Estados⁷⁹. Asimismo, en algunas hipótesis va paulatinamente dejando de lado valores irrenunciables de la Ciencia penal, como los casos evidentes de los principios de legalidad (*Nullum crimen sine lege praevia, scripta et stricta*) e

⁷⁵ Raúl Cervini, “La Cooperación Judicial Penal Internacional”, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, AA. VV., Montevideo, Carlos Álvarez, 1994, pp. 20-21. Cervini, citando a Polimeni, expone tres grados o niveles de cooperación internacional en materia penal: 1.º) medidas de asistencia leve, como notificaciones, intercambio de información y traslado voluntario de testigos; 2.º) medidas de asistencia procesal penal internacional susceptibles de ocasionar daño irreparable a bienes de personas, tales como registros, embargos, secuestros, interdicciones y entregas de objetos; 3.º) cooperación extrema susceptible de generar daños irreparables a la libertad y demás derechos de quienes abarca, cuyo clara expresión es la extradición.

⁷⁶ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 145.

⁷⁷ *Idem*, pp. 145, 146 y 148.

⁷⁸ Manuel A. Vieira, *Derecho penal internacional y Derecho internacional penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, p. 9. *Cuando los efectos de la acción punible rebasan el marco de las fronteras y se proyectan hacia otros Estados, o cuando los autores no pertenecen a la comunidad sino que son originarios de otros países, o cuando surgen elementos del delito cuya ubicuidad no puede precisarse, nos encontramos ante un Derecho penal con elementos extranjeros: estaríamos ante un Derecho penal supra o extranacional.*

⁷⁹ Ricardo Perciballe, *Sistema de garantías constitucionales en todo proceso adscriptivo de responsabilidad penal*, Montevideo, Carlos Álvarez, 2006, p. 15.

igualdad, el consiguiente abatimiento de la tipicidad delictual, la proliferación de un intangible Derecho penal consuetudinario, el regreso a un ortodoxo y superado Derecho natural, la parcial desaparición del principio de certeza jurídica, la intromisión en el orden jurídico interno, la afectación de la soberanía nacional y, en lógica consecuencia, el sometimiento a organismos internacionales que suelen estar regidos por los Estados líderes del orbe, cuya integración democrática despierta algunas dudas, porque esos mismos Estados no se someten a estos tribunales ni ratifican esos tratados. Algo de lo expresado es factible que pueda hallarse en el estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma de fecha 17 de julio de 1998, que fue rechazado por siete países: Estados Unidos de Norteamérica, Israel, China, Irak, Libia, Yemen y Qatar; y al que veintiún Estados se abstuvieron de votar. Pero el 11 de abril de 2002 se obtuvieron las ratificaciones de Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, República Democrática del Congo, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, Rumania y Eslovaquia, alcanzando así la cantidad de ratificaciones requeridas para su entrada en vigor, que se produjo al fin el 1 de julio de 2002⁸⁰. Pese a esto, no se cuestiona su necesaria existencia ni la pertinente idea de que los crímenes graves no hallen palmo en el mundo donde quedar impunes, como acertadamente otrora planteó el Marqués de BECCARIA⁸¹, y —en virtud de tal compartible propósito—, implementar un orden jurisdiccional internacional subsidiario de los nacionales, aunque nada de esto debe hacerse mancillando al caro Estado de Derecho, ni aún bajo riesgo de que esos grandes criminales puedan evadir la justicia.

El primer tribunal penal internacional fue el de Núrenberg, creado en 1946 para juzgar a los criminales nazis de la Segunda Guerra Mundial, acaecida entre 1939 y 1945, en cuya circunstancia Uruguay pidió en febrero de 1946 que a los acusados no se les aplicara la pena de muerte, por ser un Estado que cuatro décadas antes la abolió en su ordenamiento jurídico. Esto significó que Rusia y Ucrania tildasen equivocadamente a Uruguay de país filofascista. JIMÉNEZ DE ASÚA consideró que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la Corte de Núrenberg fue un *rotundo fracaso* por estar teñida de coloración política⁸². Puso de relieve la deficiencia de imputar delitos violando principios jurídicos, principalmente la exigencia penal de que *el acto que se incrimina esté penado al tiempo en que fue cometido*, porque, de lo contrario, se crean nuevos delitos aplicables retroactivamente en desmedro del principio legalista *nullum crimen*,

⁸⁰ Gehrard Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 72-73. Sobre los postura de Estados Unidos, Jorge Pérez Otermin, *Introducción a la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002, pp. 116-117. El entonces presidente Bill Clinton firmó el Estatuto de Roma el último día de su mandato presidencial, el 31 de diciembre de 2000, pero su sucesor, George Bush (h), el 6 de mayo de 2002 tomó la decisión de “desfirmar” dicho tratado y apartarse de toda obligación emanada de él.

⁸¹ Cesare Bonesana, *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], p. 209.

⁸² Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed., Buenos Aires, Losada S. A., 1950, p. 1237.

*nulla poena sine lege*⁸³. Además expresaba: *Hasta el final ha sido este juicio modelo de lo que debe evitarse*⁸⁴.

De ninguna manera es renunciable el sentido garantista y limitador punitivo del principio de legalidad, así como tampoco los demás cruciales aspectos recién mencionados. Máxime cuando instaurar y mantener la democracia ha costado en el mundo tanta sangre y sacrificio de millones de personas a las que debe rendírseles merecido homenaje sosteniendo y mejorando un sistema justo de Derecho, en vez de abdicar a dichos principios cardinales en pos de sancionar a unos execrables genocidas y otras conductas de similar enjundioso tenor. Se comparte plenamente la expresión de LANGON en cuanto a que: *el principio de legalidad no ha sido consagrado en las legislaciones sino al cabo de una ardua lucha de la humanidad en busca de la racionalidad, y para huir de la arbitrariedad y del abuso*⁸⁵. Esta es otra faceta compleja de la globalización, porque al loable anhelo de perseguir las grandes conductas criminales se le confronta actualmente un a veces excesivo sistema punitivo, el cual –en esos casos– coincide, a su vez, con el abominable Derecho de *extrema y prima ratio*, de emergencia, también con el Derecho penal del enemigo y el de autor.

Es conveniente que hayan tribunales penales internacionales; punto que, sin duda, no está en discusión, pero deben realizarse sin menoscabar elementos primordiales como la tipicidad y los principios de legalidad y de certeza jurídica, de manera de no volverse también ellos vulneradores de derechos humanos. Nótese que se pretende evitar y sancionar la macrodelincuencia ejercida desde el poder y, en su mérito, se presenta el peligro de responder con ostensibles violaciones de derechos humanos en el orden penal sustantivo y también en el adjetivo al no instrumentar procesos penales garantistas, dejando en evidencia que esto deviene claramente inadmisibile, porque afecta a las personas involucradas y también a los ordenamientos jurídicos democráticos nacionales. Así como ha ocurrido con otros legítimos planteos tutelares de derechos, en esta temática parece que el camino también podría conducir a la implementación de criterios de mayor criminalización y punibilidad, es decir, lo opuesto de lo deseado, y esto debe evitarse porque se desvirtuaría el loable objeto básico de protección. Se ha argumentado que en el campo del Derecho penal internacional se trata de un principio de legalidad diverso⁸⁶. No resulta históricamente correcto sustentar algo así y tal planteo no resiste mayormente el análisis, puesto que cuestiones tan rigurosamente principistas y garantistas

⁸³ *Idem*, p. 1292.

⁸⁴ *Idem*, p. 1261.

⁸⁵ Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, Montevideo, Del Foro, 2006, p. 19.

⁸⁶ Gehrard Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, pp. 85-88. *En el Derecho penal internacional es un presupuesto de la punibilidad que en el momento de comisión del hecho se pueda constatar una norma, escrita o no, que fundamente la punibilidad de la conducta. Se admite un "Derecho internacional consuetudinario" y el principio de legalidad exige la determinación de normas del Derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el Derecho continental europeo [...] no se fijan marcos penales lo suficientemente estrictos como para satisfacer el sentido que, por ejemplo, el Derecho penal alemán da al principio.*

como el *Nullum crimen sine lege praevia* no admiten tales afirmaciones⁸⁷, ya que, en primer término, como sostiene CAIROLI, para el legislador el principio de legalidad es un factor directriz, un programa que se impone a sí mismo, un imperativo que no admite desviación ni derogación y, concluye el catedrático, *representa una conquista de la Ciencia jurídica que obedece a exigencias de justicia y que sólo ha sido negado por regímenes totalitarios*⁸⁸; en segundo término, este cardinal principio, fundado esencialmente en el Siglo de las Luces, ha sido el eje central que da lugar a la tipicidad en el Derecho penal democrático, resultando por ello inadmisibles relegarlo por meros criterios de utilidad internacional

⁸⁷ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Curso de Dogmática penal*, Caracas, Andrés Bello, 1945, p. 115. El principio de legalidad proviene de múltiples expresiones históricas, remontándose al art. 39 de la *Magna Charta* inglesa concedida a los nobles por el rey Juan Sin Tierra en 1215: *Nullus liber homo podrá ser penado nisi per legale indicum parium suorum vel per Legem terrae*. Es decir, *ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, no procederemos en contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la ley del país*. Con lo cual, se evitaban los actos arbitrarios del rey Juan y se les sometía a las leyes de la tierra establecidas en fueros consagrados con anterioridad. Al respecto, Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 53. También, Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, p. 19. Ver Sebastián Soler, *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, pp. 278-280. Destaca el catedrático de Córdoba que a partir de la mencionada *Magna Charta* se sucedieron en Inglaterra los *bills of attainder* y en Francia las *lettres de cachet*. Por su parte, Thomas Hobbes, *Diálogos entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. Miguel Ángel Rodilla, reimp., Madrid, Tecnos, 2002, p. 77. Este filósofo inglés fue uno de los primeros en establecer el principio de legalidad. Relataba que la *Magna Charta* fue, en realidad, de tiempos de Enrique III, nieto de Enrique II, quien era duque de Anjou, francés de nacimiento y criado en Francia. También en su *Leviatán* [1651], 8.^a reimp., trad. Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 238 y ss. Allí Hobbes consagró el principio de legalidad en el capítulo XXVII, arribando a él a través de la conjunción de los principios de libertad y de igualdad ante la ley. Para Hobbes el delito *consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohíbe, o en la comisión de lo que ordena* (p. 238). Y luego agrega: *Cesando la ley civil, cesa el delito, porque no subsistiendo ninguna otra ley sino la de la naturaleza, no existe lugar para la acusación* (p. 239). Asimismo, Cesare Bonesana, *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 14. En 1764 el Marqués de Beccaria lo incluyó en su célebre opúsculo *Dei delitti e delle pene*, tomándolo muy factiblemente de Hobbes, al expresar: *sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social*. A partir de su elaboración en las obras de Hobbes y Beccaria, este principio esencial se consagró en la Declaración de los Derechos del Hombre de Filadelfia en 1774, en las constituciones de 1776 de Virginia y Maryland, y en la norteamericana de 1787, así como las diversas *Bill of Rights*. Luego, por influjo de Rousseau, Beccaria y la doctrina de la división de poderes de Charles Secondant, conocido como el célebre barón de la Brède y de Montesquieu, fue adoptado en la Revolución Francesa. En este sentido, el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 estableció: *La lois ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*. Este principio se consagra en las sucesivas constituciones francesas de 1791 (art. 8), 1793 (art. 14) y la del Año III (art. 14). Por fin, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* [1801], Giessen, Druck und Verlag, 1828, § 20, p. 18. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, § 20, p. 63. Von Feuerbach, fundó el edificio científico del Derecho penal partiendo del principio de legalidad descrito en tres expresiones: *Nulla poena sine lege*, *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine poena legali*. Así, en 1801 el insigne dogmático alemán consagró definitiva y excelsamente el manido concepto de legalidad *Nullum crimen sine lege praevia*. Asimismo, la Asamblea de las

casuística o afanes interestatales, puesto que sus máximas, como expresa JIMÉNEZ DE ASÚA, *son impuestas en todos los países democráticos como piedra angular de su Derecho punitivo*⁸⁹; y, en tercer término, porque muchos países – como Uruguay – otorgan a los tratados, convenciones y acuerdos internacionales rango y jerarquía de ley, quedando por lo tanto jurídicamente situados debajo de la Constitución, la cual consagra cabalmente en su art. 10 el principio de legalidad. Estos tres aspectos detallados permiten concluir que no puede abdicarse total o parcialmente del principio de legalidad mediante tratados y demás acuerdos de jerarquía inferior a la Constitución y que, para hacerlo, además de violentarse los pilares del Derecho penal liberal, debería antes reformarse la Constitución nacional.

Asimismo, en este aspecto la globalización acarrea que el sistema jurídico continental europeo, que ha sido recogido por nuestros países, se vea relegado por el angloamericano del *case law*, de orden jurisprudencial. Esto no se debe hacer sin antes efectuar un profundo debate y laudarlo entre los Estados el régimen a seguir, para luego – en caso de expresa aceptación – ser adoptado en el ordenamiento jurídico nacional, así como revisar si en lo interno cada Estado está dispuesto a alterar el suyo para que resulte aplicable el angloamericano. Más bien da la impresión de que se trata de una forma indirecta – representada voluntariamente o no – de colonización en el campo de lo jurídico. Más todavía: se propugna un sistema de Derecho basado en costumbres que, sin mayor hesitación, se puede concluir que representa un regreso al rígido *jusnaturalismo* de los primeros tiempos, en el que el hombre tan sólo debía escribir el Derecho que le llegaba de la divinidad a través de personas iluminadas por ésta, dejando de lado al Derecho profano y al de gentes. Esto se confirma al momento de avizorar que si hay un Derecho natural propiamente dicho, consecuentemente hay también penas naturalmente merecidas y deben entonces existir delitos naturales, lo que no se diferencia en casi nada de la rechazada tesis del Positivismo naturalístico de GAROFALO, para quien era delito natural *la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la ‘piedad’ y la ‘probidad’*⁹⁰. Este concepto fue

Naciones Unidas lo adoptó el 10 de diciembre de 1948 en el art. 11 de su Declaración Universal de los Derechos del Hombre: *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional e internacional*. De allí en más, el principio de legalidad ha campeado como valor crucial en el desarrollo de la Ciencia penal liberal, pero más importante aún, ha sido el *factotum* medular para establecer un Estado de Derecho y una clara expresión de un sistema penal democrático. En todos los países libres se halla similarmente estatuido en el ordenamiento jurídico. En Uruguay lo establece el art. 1 del Código Penal: *Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley*; y la Constitución hace lo propio en el art. 10: *Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

⁸⁸ Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, p. 53.

⁸⁹ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Curso de Dogmática penal*, p. 115.

⁹⁰ Raffaele Garofalo, *Criminología*, Turín, Fratelli Bocca, 1885, pp. 3 y ss. Versión en español, *Criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, España Moderna, 1893, p. 77. En edición de 1914, pp. 106-107.

levemente corregido por su compañero de la Escuela positiva, Enrico FERRI, hasta llegar a la definición de delito que en conjunto hiciera éste con BERENINI y que fuera conocida como la “fórmula Ferri-Berenini”: *son acciones punibles (delitos) las determinadas por ‘móviles individuales (egoístas) y antisociales’, que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un determinado pueblo en un momento dado* ⁹¹. Un Derecho natural estricto obviamente deja de lado al enunciado literal del terrenal principio de legalidad, puesto que – desde esa arcaica óptica – la falible justicia del hombre no debe contraponerse a la infalible de la deidad. El tipo de planteos actuales en materia específica de Derecho penal internacional desgraciadamente traen a la memoria estas rémoras recién mencionadas que parecían ya superadas, pero que, a la luz del presente, habrán de discutirse nuevamente, porque da la impresión de que asistimos a su renacimiento.

La globalización del Derecho penal es un hecho innegable, del cual derivan una serie de interconexiones no disímiles de las ocurridas en otros ámbitos de la sociedad. Así como se ha masificado, democratizado y abierto la información a través de Internet, también este mismo canal permite colocar allí cualquier información carente de control ni certeza. Con el Derecho penal algo parecido está ocurriendo y se constata al legislarse nuevos tipos penales carentes de referente social en ese país, así como utilizar incluso expresiones y modismos que no encuentran identificación con los ciudadanos a los que van destinados. Asimismo, hay globalización del Derecho penal al repetir *ad pédem litterae* leyes importadas que más que leyes parecen contratos leoninos de adhesión, como ocurre con disposiciones sobre tráfico de estupefacientes, de armas, de órganos, de blancas, el lavado de dinero o de activos provenientes del comercio ilícito de la droga, cuestiones ambientalistas y, en los últimos tiempos, particularmente con el terrorismo, cumpliéndose así con los pactos internacionales ratificados por los Estados ⁹². No cabe duda de que estos aspectos puedan ser flagelos o azotes para la comunidad internacional, pero tampoco la cabe de que los Estados involucrados salen a pelear su guerra fuera de casa para, precisamente, que las batallas se libren en otros países y que los muertos no sean los propios, sino de Estados del segundo y tercer mundo, que es donde suelen establecerse los campos de batalla. Estas leyes penales, habitualmente de máxima intervención, de *prima ratio*, de emergencia y de excepción, son construidas con formato de tipos abiertos, de peligro abstracto, responsabilidades objetivas y con el aditamento de abatir garantías procesales y constitucionales so pretexto de la supuesta emergencia internacional. Así, se globaliza un Derecho penal de máxima intervención paralelo al clásico, como luego se explicará ⁹³.

⁹¹ Enrico Ferri, *Principios de Derecho criminal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933, p. 359.

⁹² Miguel Langon, *Código Penal*, t. II, vol. 2, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, pp. 237-238.

⁹³ Félix Herzog, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 53, AA. VV., trad. Elena Larrauri, Bogotá, Temis, 1991, p. 304. Pone en evidencia la cada vez mayor tendencia a legislar tipos penales de peligro, los cuales suponen *una respuesta muy*

FLÁVIO GOMES efectúa un detallado análisis de la situación, en el cual describe que a partir de la globalización el Derecho penal tradicional se va transformando hasta desarrollarse uno de la globalización, que abarca la descriminalización de los crímenes de la antiglobalización, la globalización de la Política criminal, de la cooperación judicial y policial, de la justicia penal, así como de los delitos, los delincuentes, las víctimas y de los problemas carcelarios. A ello se agrega la globalización de los bienes jurídicos (cada vez más abstractos: colectivos y supraindividuales, pero no individuales) y la creación de tipos penales sin tutela de bienes jurídicos, la hipertrofia penal (nuevos tipos penales, superfetación de normas, endurecimiento de las penas) a partir de la criminalización en vez de la descriminalización o despenalización. Esto lleva a HERZOG —citando a TEUBNER— a sostener que *la desintegración del Derecho mediante las masivas demandas sociales de regulación, las cuales sobrecargan los programas condicionales del Derecho con ponderación de intereses y orientación a las consecuencias, conducen a una legislación y ejecución que no están orientadas tanto a la legalidad, como por la oportunidad de la intervención*⁹⁴. Más aún, la proliferación de tipos de peligro abstracto o presunto, el uso del Derecho penal con fines meramente de seguridad, la responsabilidad penal de los entes jurídicos, la privatización de la justicia y alteraciones graves de los procesos penales abatiendo garantías individuales⁹⁵. Por su parte, MIR PUIG pone de relieve que *todo Derecho penal responde a una determinada Política criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde*⁹⁶. Manifiesta que la aparente oposición entre Derecho penal y globalización no condice plenamente con los hechos, porque los derechos humanos, el Derecho penal democrático de un Estado constitucional y los principios garantistas se globalizan⁹⁷, a pesar de que también lo hace la tendencia al endurecimiento de las penas⁹⁸.

Como se percibe, la globalización al mismo tiempo ha sido una herramienta útil para la difusión de la defensa de los derechos humanos o individuales y este aporte no es cosa menor⁹⁹. Por tanto, nuevamente nos hallamos ante la disyuntiva de no saber si el crecimiento del hombre apunta a las garantías o las deja de lado, porque ambos planteos están hoy en el tapete; y la Política criminal es una disciplina con mucho para decir, pero tampoco se concerta una específica línea político-criminal, sino más bien se va sin aparente rumbo fijo, casi a los tumbos, porque más que de una buena o mala Política criminal, se carece de ella o, cuando menos —como apunta LANGON—, *no hay un*

limitada y sobre todo a limitar para las situaciones de peligro en la vida moderna.

⁹⁴ Félix Herzog, *op. cit.*, p. 305.

⁹⁵ Luiz Flávio Gomes, “Globalización y Derecho penal”, en *El Derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, AA. VV., Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 201-223.

⁹⁶ Santiago Mir Puig, “Constitución, Derecho penal y globalización”, en *Nuevas tendencias en Política criminal*, AA. VV., Buenos Aires, B de F-Reus, 2006, p. 116.

⁹⁷ *Idem*, pp. 116-117 y 122.

⁹⁸ *Idem*, p. 122.

⁹⁹ Ricardo Perciballe, *op. cit.*, p. 15.

plan regulador, ni se tiene una mirada holística de la situación ni se encara con energía la necesidad de reforma global y unitaria del sistema ¹⁰⁰. En suma, se sigue sin definir si importan más los hombres o los Estados. Seguramente, esto abreva la tesis de que nuestra sociedad, y menos todavía el mundo, no se conduce por la vía del consenso global, sino más bien por la del disenso, el conflicto y tan sólo parcelas puntuales de consenso, relativos y pasajeros o directamente por la dominación, como relataban WEBER ¹⁰¹ y DAHRENDORF ¹⁰², porque, como afirma Werner BECKER, *el concepto de consenso juega un papel decisivo en los modelos modernos de justificación del Estado* ¹⁰³. Agrega BECK: *no cuesta mucho trabajo representarse el mundo global como un mundo resquebrajado por los conflictos. La visión de una 'guerra de las culturas' sigue bastante arraigada aún en las escuelas primarias nacionales-estatales, pues la globalización significa también que en el lugar de la comunidad local entra el conflicto, y en el lugar del conflicto entra el 'disflicto'* ¹⁰⁴. LUHMANN pone de relieve que para la Sociología tradicional de comienzos del siglo XX la omnipresencia del conflicto en la sociedad era algo natural ¹⁰⁵. Para el citado sociólogo, los conflictos *son sistemas sociales elaborados precisamente según el esquema de la contingencia* ¹⁰⁶. Bajo su óptica sistémico-teórica no se plantea la solución o el feliz término de los conflictos, sino su *condicionabilidad*, y señala que los teóricos del conflicto, en cambio — aunque no lo admitan — suelen tener el sueño de una sociedad sin conflictos ¹⁰⁷. En suma, considera que el conflicto es funcional al sistema social (efectuando aportes incluso al lenguaje ¹⁰⁸), como se percibe en la sociedad estratificada, puesto que *al incrementarse la complejidad social se recurre cada vez más, funcional y específicamente, a todas las posibilidades* ¹⁰⁹.

Actualmente puede hablarse de la globalización en términos de constitucionalismo social a partir de una moderna noción de Estado, observando la libertad de opinión y la postulación de una Constitución global sin Estado mundial ¹¹⁰. A ello se agrega la difusión horizontal de los derechos individuales frente a instituciones políticas, sociales y centros específicos de

¹⁰⁰ Miguel Langon Cuñarro, "La Política criminal en el Uruguay", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006, p. 83-.

¹⁰¹ Max Weber, *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1967, p. 84. También del autor, *Economía y Sociedad*, p. 695.

¹⁰² Ralf Dahrendorf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, trad. Manuel Troyano de los Ríos, Madrid, Rialp S.A., 1962, pp. 254 y ss. También, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, pp. 68 y 208.

¹⁰³ Werner Becker, "Significados opuestos del concepto de consenso", en *Derecho y Filosofía*, AA. VV., compilador Ernesto Garzón Valdés, trad. Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1985, p. 59.

¹⁰⁴ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 82.

¹⁰⁵ Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 349.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 351.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 354.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 357.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 362.

¹¹⁰ Günther Teubner, "Globalización y constitucionalismo social. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado", en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., trad. Manuel Cancio Meliá, coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 19-22.

poder económico ¹¹¹. Desde esta perspectiva podría crearse una Constitución única, virtual y aplicable a todos los Estados. En síntesis, le asiste razón a GIDDENS cuando luego del éxito de su *The Third Way* (1999) ¹¹² publicó *The Third Way and its Critics* (2000) y reclama allí *tomar la globalización en serio*, principalmente en lo concerniente al gobierno de la economía global, la gestión global de la ecología, la globalización y la regulación del poder corporativo, viejas y nuevas guerras, así como la democracia mundial ¹¹³. Por último, la etapa de transición de la época actual incide sobre la justicia penal, contemplándose en lo que FERRAJOLI describe como *la decadencia de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica, la globalización de la economía y de las comunicaciones no acompañada de una correspondiente globalización del Derecho y de sus formas de tutela* ¹¹⁴. De lo cual, deriva la crisis del Derecho y la justicia penal, constatable porque, a pesar de ser esta *la edad de los derechos* —dada por los instrumentos constitucionales e internacionales, la universalidad de los derechos individuales y el principio de igualdad—, al decir de FERRAJOLI, *nunca como en estos años la desigualdad ha alcanzado dimensiones tan notables e intolerables* ¹¹⁵.

2. LA SOCIEDAD DEL RIESGO

En Frankfurt del Main, Ulrich BECK publicó en 1986 *Risikogesellschaft. Weg in eine andere Moderne*, relatando allí el tremendo pronóstico de una sociedad que se pone a sí misma en peligro mediante el mercado de la comunicación ¹¹⁶. Los peligros y riesgos a que hace referencia el sociólogo alemán se emparentan estrechamente con la apuntada globalización, más aún al referirse a la expansión penal. Por ejemplo, la sociedad de riesgo mundial conlleva la globalización ecológica como politización involuntaria ¹¹⁷ y da el poder a las empresas transnacionales ¹¹⁸, porque, como dijera WEBER, *una teoría de la acción es una teoría del 'riesgo' al mismo tiempo que una teoría de la 'causalidad'* ¹¹⁹. También existe un fenómeno de globalización en cuanto a la pretensión de tutelar los derechos humanos, como documenta BECK al referirse a *la guerra es la paz: las guerras por los derechos humanos* ¹²⁰.

¹¹¹ *Idem*, p. 23.

¹¹² Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. Pedro Cifuentes Huertas, Buenos Aires, Taurus, 2000.

¹¹³ Anthony Giddens, *La tercera vía y sus críticos*, trad. Pedro Cifuentes, Madrid, Taurus, 2001, pp. 133 y ss.

¹¹⁴ Luigi Ferrajoli, "Prefacio", en *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*, AA. vv., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 11.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, p. 278.

¹¹⁷ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 65.

¹¹⁸ *Idem*, p. 169.

¹¹⁹ Max Weber, *El político y el científico*, p. 11.

¹²⁰ Ulrich Beck, *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 194-198.

Algunos relatos de época reseñados por BECK ilustran acerca de la producción humana de riesgos. En el siglo XIX los marineros que caían al Támesis no morían ahogados, sino envenenados por los fétidos vapores y humos de aquella cloaca londinense. El paseo por las estrechas calles medievales equivalía a sufrir por el hedor de las heces acumuladas por doquier. Las fachadas y portales de las casas parisinas estaban corroídas por la orina de los transeúntes ¹²¹. Los peligros eran entonces tangibles, perceptibles por los sentidos, mientras que los riesgos de hoy residen en las fórmulas químico-físicas y en la globalización, siendo invisibles e imperceptibles. Esto condice con la moderna concepción de los nuevos prototipos de delito, que no son ya los crímenes sangrantes, tocables, visibles, sino los imperceptibles a simple vista, como lo concerniente a la corrupción económica y del poder, los delitos contra la Administración y la Hacienda Pública ¹²².

Muchos peligros de ayer apenas asustan hoy. Sin embargo, en la actualidad hay riesgos casi incontrolables. En este aspecto, BECK distingue los peligros, que provienen de la naturaleza, y los riesgos, que son creados por el hombre, porque, como la vieja premisa de PLAUTUS utilizada por BACON y HOBBS: *homo homini lupus* (“el hombre es un lobo para el hombre”) ¹²³. Pero ha de aclararse que dicha expresión no significa que el hombre se aniquila a sí mismo, sino que –siguiendo su sentido histórico– otros hombres son el mayor peligro para el hombre, otros son los que devoran: aquellos extraños que arrasan sin compasión la obra del hombre. Los riesgos creados por el hombre crecen y generan conciencia pública del riesgo y, se concreten o no en un daño real, producen consecuencias en lo fáctico ¹²⁴.

El hombre ha logrado cierto control y previsibilidad sobre los peligros de la naturaleza. Los terremotos o sismos y los maremotos pueden ser relativamente anticipados. Los huracanes y tormentas pueden ser anunciados y verse desde satélites cómo se forman y desplazan. Sin embargo, estos peligros no se distribuyen igual para todos los hombres ni Estados, porque aquellos carenciados, definidos como de segundo o tercer orden, siguen siendo victimizados por estos fenómenos naturales, mientras que, por ejemplo, en la costa oeste de Estados Unidos se anuncia con cierto detalle y precisión el acaecimiento del fenómeno peligroso, de modo de evacuar la zona, guarecerse

¹²¹ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, pp. 27-28.

¹²² Germán Aller, “Responsabilidad penal médica”, en *Criminología y Derecho penal*, t. I, libro en coautoría con Miguel Langon, Montevideo, Del Foro, 2005, pp. 169-171.

¹²³ Titus Maccius Plautus (Plauto), *Asinaria*, II, 4, 88. Versión en español, Plauto, “La comedia de los asnos” [*Asinaria*], en *Comedias*, t. I, trad. Mercedes González-Haba, Madrid, Gredos, 1992, p. 138. Este comediógrafo griego, crítico de las costumbres, calificó al hombre como *homo homini lupus* (“el hombre es un lobo para el hombre”). Esta frase fue posteriormente utilizada por Bacon y Hobbes. Todos ellos la usaron refiriéndose a los hombres extraños o de otros Estados. Al respecto, Thomas Hobbes, *Tratado sobre el ciudadano [De Cive]* (1642), trad. Joaquín Rodríguez Feo, Valladolid, Trotta, 1999, p. 2. El autor dedicó su libro al conde Guillermo de Devonshire y allí decía: *El hombre es un dios para el hombre, y el hombre es un lobo para el hombre*.

¹²⁴ Germán Aller, “Responsabilidad penal médica”, en *Criminología y Derecho penal*, t. I, p. 182.

en refugios, contar con rápida asistencia y demás medios de protección o contención que disminuyan considerablemente el daño. No así a pocos kilómetros de allí, donde los salvadoreños, guatemaltecos, hondureños, etc., posiblemente se vean impactados de lleno por el suceso climático o sísmico sin casi poder enterarse. También dentro de Estados Unidos se establecen diferencias para prevenir o contener un fenómeno de la naturaleza, como el caso de Nueva Orleans, con lo cual queda en evidencia que los peligros son objeto de desigual distribución social y se pone de relieve que *con el reparto e incremento de los riesgos surgen 'situaciones sociales de peligro'*, generándose así una ostensible *expansión de riesgos* ¹²⁵. Así, indica BECK que la percepción del peligro ecológico global empuja a muchos al fatalismo y por los conflictos que resultan de los riesgos se politizan ámbitos que no estaban politizados ¹²⁶.

Se ha alcanzado la técnica y el conocimiento suficiente para transformar la Cordillera de los Andes o el Himalaya en una llanura, eliminar los lagos, secar los ríos y muchas otras cosas más. De hecho, las grandes ciudades con sus inmensos rascacielos, los puentes y túneles de montaña, las represas y subterráneos demuestran la capacidad humana para introducir cambios en la naturaleza, al punto de tapizar de concreto a un gran espacio verde. Sin embargo, tarde o temprano la naturaleza retoma la conducción de la vida y domina a la mano del hombre, porque las ciudades indefectiblemente serán algún día recubiertas por la maleza, superadas por la erosión, así como en cualquier instante emergerá otra cordillera, otro Himalaya, otro océano u otro continente en cualquier lugar del orbe, o la represa y los puentes caerán, y el hombre será un espectador de tal espectáculo de la naturaleza. Además, las leyes humanas no pueden gobernar las acciones de la naturaleza, sino únicamente a aquellas acciones del hombre con implicancia en ella, tal como expresó WELZEL: *Ningún Derecho puede imponer o prohibir algo a meros procesos de la naturaleza* ¹²⁷. Empero, los mayores peligros para el hombre actualmente no son los provenientes del mundo de la naturaleza, sino del hombre mismo. Dos guerras mundiales, Hiroshima y Nagasaki, además de Corea, Vietnam, Harrisburg y Bhopal, Chernobyl, Afganistán, Oriente, los atentados terroristas del 11 de setiembre en Nueva York, el de Madrid del 11 de marzo en Atocha y otro más reciente en Londres, el terrorismo en general, las drogas, el tráfico ilícito de armas y tantos hechos más, ilustran de la inmensa cantidad de riesgos que el hombre construye contra sí mismo, corroborando que es un *lobo para el hombre*, porque destruye a sus congéneres ¹²⁸.

La miseria, la peste, la violencia, eran para *otros*, así como los judíos, los negros, las mujeres, los tercermundistas, los inmigrantes, refugiados políticos, homosexuales, disidentes, los comunistas, drogadictos, etc., todos ellos eran los *otros* y en ellos se resumía todo el sufrimiento; eran aquellos marcados y

¹²⁵ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, p. 29.

¹²⁶ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 141.

¹²⁷ Hans Heinrich Welzel, "Prólogo del autor para la edición española", en *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. VIII.

¹²⁸ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, p. 11.

perseguidos en algunos lugares, en determinados momentos de la historia, en específicas circunstancias ¹²⁹, como relataba BECKER al referirse a los adictos ¹³⁰. Sin perjuicio de lo dicho, la globalización ha generalizado los riesgos humanos y también conjunta los grupos antagónicos, los odios étnicos y demás discordancias sociales. Así, se puede dejar fuera la miseria, pero no los peligros de la era atómica, la contaminación, el clima, el ozono, la carestía de agua, la infertilidad de la tierra, porque como relata BECK, la riqueza se acumula arriba y los riesgos lo hacen abajo, aparentando fortalecer la sociedad de clases, pero eso no es tan así, porque *la miseria es jerárquica y el 'smog' es democrático*, y ello democratiza y relativiza las diferencias sociales, ya que alcanza a todos por igual: como dice BECK, las sociedades del riesgo no son sociedades de clases ¹³¹. En efecto, el reparto e incremento de los riesgos amenaza a los sectores sociales bajos, pero su efecto bumerang destroza el esquema de clases, porque los riesgos se expanden y se acumulan, dado que *tampoco los ricos y los poderosos están seguros ante ellos* ¹³², apareciendo un destino adscriptivo de peligro del que no hay aparente manera de escapar ¹³³. Sin perjuicio de tal afirmación, sostiene BECK que los riesgos tienen efecto *igualador*. Naturaleza y sociedad se mezclan, y se generan peligros que vencen toda resistencia, ya que la nube atómica cobra una suerte de fuerza de civilización invertida y se transforma en una fuerza de la naturaleza en la que la historia y el clima se han unido de forma tan paradójica como poderosa. En contrapartida, la contracara de lo que BECK denomina *naturaleza socializada* es la socialización de la destrucción de la naturaleza. Es decir, su transformación en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema de la sociedad mundial superindustrializada, porque indica: *En la modernidad avanzada, la producción social de 'riqueza' va acompañada sistemáticamente por la producción social de 'riesgos'* ¹³⁴.

Los mercados se hunden, los votantes están indecisos, las preguntas más evidentes quedan sin contestar, los jóvenes no encuentran motivaciones, el empleo es una meta, los tratamientos médicos fracasan, los edificios científicos de racionalidad de vienen abajo, los sistemas jurídicos no captan los hechos, los ciudadanos descreen de la justicia, los legisladores legislan de espalda a los académicos, siendo todo esto fruto de la obra del hombre y otrora logros de gran relieve ahora puestos en serio riesgo. Ojalá tan cruel relato de BECK hubiera sido sólo la prognosis de un futuro evitable ¹³⁵, pero ocurre que la sociedad industrial del riesgo proviene de una fractura de la modernidad post sociedad

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Howard Saul Becker, *The other side. Perspectives of Deviance*, Londres, The Free Press of Glencoe, 1964, pp. 2-3. Hay versión en español: *Los 'otros' entre nosotros. Perspectiva sobre la aberración*, trad. Antonio Ribera Jordá, Barcelona, Sagitario S.A., 1965, p. 3.

¹³¹ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, pp. 40-42.

¹³² *Idem*, p. 43.

¹³³ *Idem*, p. 12.

¹³⁴ *Idem*, p. 25.

¹³⁵ *Idem*, p. 14.

industrial y la sociedad del riesgo es consecuencia de la obsolescencia de la industrial ¹³⁶, a pesar que ¡igual hay que seguir viviendo después de ello!

Mientras que en la sociedad industrial la lógica de la producción de riqueza domina a la lógica de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación. La generalización del riesgo tiende a ocasionar la unidad del culpable con la víctima, porque el victimario también está en riesgo similar ¹³⁷. Por ejemplo, el terrorista posiblemente pierda su vida o sea atrapado; la tala indiscriminada del bosque perjudica a los residentes del lugar y reduce el valor de los terrenos, puesto que por un tiempo no servirá para cultivar; la contaminación ocasionada por la instalación de una central nuclear o térmica imposibilita la utilización de las aguas de ese lugar y deprecia los inmuebles y campos de las cercanías. Asimismo, el riesgo genera negocios, ya que los balnearios que pueden publicitar la pureza de sus aguas y del aire se beneficiarán ¹³⁸; los productos alimenticios de origen puramente natural, así como las frutas y verduras cultivadas sin agentes químicos son más deseadas por el consumidor, los productos para la protección de la capa de ozono, las empresas de seguridad y múltiples otras situaciones de beneficio a partir de los riesgos creados por el hombre. La sociedad va creando nuevos riesgos, como por ejemplo la energía nuclear, las producciones químicas y de ingeniería genética que son de gran alcance mundial, pero cuya probabilidad de aparición específica es reducida en comparación con otros riesgos supuestamente inferiores, aunque mucho más presentes, tales como las muertes por accidentes de tránsito en carreteras y calles, así como las debidas al tabaco y el alcohol ¹³⁹.

Los riesgos se sienten, se perciben y se viven como propios, aunque estén lejanos y sean ajenos. Al respecto, resulta aplicable el teorema de THOMAS (1923): *si los hombres definen sus situaciones como reales, son reales en sus consecuencias* ¹⁴⁰, porque una mentira repetida muchas veces es verdad en sus consecuencias, pero no por ello lo falso es verdadero y, en definitiva, la mentira seguirá siendo mentira aunque sus efectos serán reales. Si se define como real a una amenaza, ella lo será en sus consecuencias; y así se puede inventar un enemigo más que encontrar uno de verdad ¹⁴¹. El Interaccionismo simbólico de LEMERT ¹⁴², BLUMER

¹³⁶ Ulrich Beck, "La reivindicación de la política: hacia una Teoría de la modernización reflexiva", en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden moderno*, AA. VV., reimp., trad. Jesús Alborés, Madrid, Alianza Universidad, 2001, p. 18.

¹³⁷ *Idem*, p. 44.

¹³⁸ *Idem*, p. 53.

¹³⁹ Ulrich Beck, "De la sociedad industrial a la del riesgo", en *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV., trad. Alejandro del Río Herrmann, Madrid, Revista de Occidente, n.º 150, 1993, pp. 19-20.

¹⁴⁰ William Isaac Thomas, *The Unadjusted Girl*, Londres, George Routledge & Sons, 1924, p. 81. *The definition of the situation is equivalent to the determination of the vague.*

¹⁴¹ *Idem*, p. 83.

¹⁴² Edwin Marvin Lemert, *Social Pathology*, Nueva York, McGraw-Hill, 1951, pp. 75-76. Del mismo autor, *Human Deviance, Social Problems & Social Control*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1967, pp. 17 y ss.

¹⁴³, BECKER ¹⁴⁴ y otros (antecedidos por THOMAS y TANNENBAUM), parte de definiciones que son asignadas mediante procesos de estigmatización negativa (desviación primaria) hasta que se alcanza la aceptación del etiquetado (desviación secundaria) y actúa según el rol atribuido: delincuente, infractor, marginal (*labelling approach*). La sociedad del riesgo está estructurada a partir de atribución de roles sociales simbólicos y de respuestas formales a problemas sociales.

La Ciencia económica ha dado suma relevancia al concepto y cálculo del riesgo estimando costos y beneficios en función de los riesgos a asumir ¹⁴⁵. En este aspecto, la noción de riesgo no es novedosa, hallándose desde tiempos de los fenicios y antes todavía, a pesar de que su origen sigue siendo desconocido ¹⁴⁶. Como indica LUHMANN, el cambio se ubica en lo que actualmente se denomina *el umbral de catástrofe*, que es el margen que ha quedado fuera de posibilidad de cálculo y que de alguna forma debe procurarse prever; así, los empresarios que en el mundo de las finanzas afrontan problemas de liquidez, tratan de correr menores riesgos en sus operaciones ¹⁴⁷. Pero también las ciencias sociales se han interesado por el análisis del riesgo: antropólogos, politólogos, sociólogos, penalistas y criminólogos como categoría relevante ¹⁴⁸. Sin embargo, obtener definiciones del riesgo implica *introducirse en un mundo de tinieblas en el que la vista no alcanza demasiado lejos* e igualmente se emplea al riesgo como *unidad de medida* ¹⁴⁹. Desde el punto de vista de la sociedad del riesgo, éste se vincula al concepto de *seguridad* como categoría de contrapunto, aunque éste resulta un concepto vacío, como el de *sano* en la relación enfermo/sano ¹⁵⁰. A su vez, el *riesgo* difiere del *peligro*, en tanto el riesgo sería el eventual daño producto de la decisión humana, mientras que el peligro sería el hipotético daño causado por el mundo exterior o entorno (proveniente de la naturaleza) ¹⁵¹. Como describe LUHMANN, conjugando riesgo y peligro, la seguridad habría de ser la aversión al riesgo y la evitación del peligro ¹⁵². Los aviones generan una gran cantidad de riesgos por el obrar humano y sus numerosas posibilidades de error, pero cuanto más controles de seguridad menos serán los riesgos. Los automóviles representan menos riesgos humanos, aunque mayor peligro fáctico. De allí que se afirme que el medio de transporte más seguro es el avión, a pesar de que insuma más temor que el automóvil, el cual ciertamente es más peligroso.

¹⁴³ Herbert Blumer, *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1969, pp. 64 y ss.

¹⁴⁴ Howard Saul Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Nueva York, Free Press, 1963, pp. 15 y ss.

¹⁴⁵ Niklas Luhmann, "El concepto de riesgo", en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. vv., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 123.

¹⁴⁶ *Idem*, pp. 130-131.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 125.

¹⁴⁸ *Idem*, pp. 126-127.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 129.

¹⁵⁰ *Idem*, pp. 141-142.

¹⁵¹ *Idem*, p. 144.

¹⁵² *Idem*, p. 146.

La sociedad del riesgo refiere entonces una característica del desarrollo de la sociedad moderna que exhibe la dinámica de la creación de riesgos de diversos órdenes: políticos, colectivos, individuales, ecológicos y seguridad entre otros, que escapan al control social contemporáneo, dando lugar a los denominados *restos de riesgo*, que, según indica BECK, son peligros provenientes de decisiones ¹⁵³. Para el citado autor, la sociedad del riesgo es una consecuencia de la sociedad industrial y el fruto de la modernización que es revisada desde la Teoría de la modernización reflexiva ¹⁵⁴, a la que define como *la posibilidad de una (auto) destrucción creativa de toda una época: la de la sociedad industrial. El 'sujeto' de esta destrucción creativa no es la revolución, ni la crisis, sino la victoria de la modernización occidental* ¹⁵⁵. Así como la distribución de los bienes sociales (trabajo, seguridad social, salud, salarios) evidencia los conflictos interclasistas, en la sociedad del riesgo predomina la distribución de daños producidos colectivamente ¹⁵⁶, porque la sociedad del riesgo se origina *donde los sistemas de normas sociales fracasan en relación a la seguridad prometida ante los peligros desatados por la toma de decisiones* ¹⁵⁷. A su vez, la sociedad postindustrial desarrollada dispone de instituciones como el Derecho, la política, las ciencias técnicas y empresas industriales que pautan la *normalización* de peligros no calculables, pero su disminución y hasta supresión meramente formal se desploma ante al acaecimiento de un accidente tras otro y la concreción del peligro en daño ¹⁵⁸. Tiempo atrás, las catástrofes de la naturaleza no ocasionaban reclamos a los científicos y su acaecimiento era atribuido a Dios; en cambio, ahora se reclama a los hombres de ciencia que anticipen los peligros de la naturaleza y abatan los riesgos ¹⁵⁹. Posiblemente, los peligros para la vida que no pueden ser cambiados por el hombre encierran menos riesgos, pero quizá mayor certeza de su realización. Empero, según expresa BECK, *con los riesgos se oscurece el horizonte*, porque evidencian aquello que no se puede hacer, pero no lo que sí se debe, transformándose en *imperativos de evitación* ¹⁶⁰. Lo que BECK denomina *sociedad del riesgo residual* es aquella sociedad que carece de las garantías de un seguro, porque, paradójicamente, es una sociedad que a mayor magnitud de peligro menor cobertura de seguros y otros paliativos frente al riesgo ¹⁶¹. A mayor abundamiento, conforme a lo descrito por HERZOG, muchos efectos peligrosos o directamente dañinos sólo pueden ser entendidos por el

¹⁵³ Ulrich Beck, "Teoría de la sociedad del riesgo", en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 201.

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 202 y 222. También, el mismo autor: "De la sociedad industrial a la del riesgo", en *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, pp. 19 y ss.

¹⁵⁵ Ulrich Beck, "La reivindicación de la política: hacia una Teoría de la modernización reflexiva", en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden moderno*, p. 14. Al respecto, Scott Lash, "La reflexividad y sus dobles: estructura, estética y comunidad", en *idem*, p. 140.

¹⁵⁶ Ulrich Beck, "Teoría de la sociedad del riesgo", p. 203.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 206.

¹⁵⁸ Ulrich Beck, "De la sociedad industrial a la del riesgo", p. 28.

¹⁵⁹ Ulrich Beck, "Teoría de la sociedad del riesgo", p. 206.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 214.

¹⁶¹ Ulrich Beck, "De la sociedad industrial a la del riesgo", p. 25.

hombre si los considera globalmente; tal la hipótesis del agujero de ozono, las bruscas alteraciones climáticas, la abrasión y desertización, la paulatina desaparición de los bosques, la afectación masiva de los productos de la tierra por el empleo de insecticidas, el abuso de fertilizantes y otros ejemplos de similar tenor, dan una idea de la dimensión de los riesgos creados por el hombre y la necesidad de contemplarlos con una perspectiva colectiva y, más aún, mundial ¹⁶².

Según lo detallado y siguiendo al respecto a NOYA MIRANDA, se puede concluir que existen dos enfoques esenciales acerca de la sociedad del riesgo. Por un lado, el de BECK de tipo institucional (1986), caracterizado por la individualización en cuanto a la estructura de clases y la familia, dando lugar a la modernización reflexiva de la política, la ciencia y la tecnología. Por otro lado, el enfoque de LUHMANN de tipo sistémico (1988), que establece una hiperdiferenciación de los sistemas funcionales dada por la opacidad y la no-resonancia intersistémica, así como la autopioesis y el descentramiento de la política. Esto sin perjuicio de otros dos enfoques: el fenomenológico de GIDDENS (1991) y el semiótico de NOYA MIRANDA (1983) ¹⁶³.

3. DERECHO PENAL DEL RIESGO

A una perspectiva social del riesgo le sigue consecuentemente una también penal, en cuyos términos resulta discutible establecer el alcance de un Derecho penal concebido a partir de la sociedad del riesgo. Aporta JAKOBS que *una sociedad consciente de los riesgos puede medir la pena según su función abierta, es decir, con vistas a la confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo se generará un provecho suficiente en cuanto a prevención* ¹⁶⁴. Sin embargo, tomar en cuenta nociones de peligro y riesgo no es novedoso en materia penal, porque el punto en cuestión trae a la memoria el concepto de *temibilità* que acuñó GAROFALO (1885) por el que pretendía prever la perversidad constante y la cantidad del mal a temer del delincuente, midiendo el daño y la alarma ¹⁶⁵. Esta aseveración puede ser considerada como un antecedente de las actuales respuestas penales relativas a la mentada sociedad del riesgo ¹⁶⁶. Existiendo problemas penales teóricos y prácticos de gran envergadura, como aspectos político-criminales, el aumento de la criminalidad y de la violencia en el delito, la orientación de la Teoría del delito, alternativas a la respuesta penal y otros,

¹⁶² Félix Herzog, *op. cit.*, p. 303.

¹⁶³ Javier Noya Miranda, "Riesgo o sociedad: ¿es esa (toda) la cuestión?", en *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV., Madrid, Revista de Occidente, n.º 150, 1993, pp. 111-112.

¹⁶⁴ Günther Jakobs, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., trad. Teresa Manso Porto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 57.

¹⁶⁵ Raffaele Garofalo, *Criminología*, pp. 248-249. Versión en español, *La Criminología*, p. 286. En edición de 1914, p. 405.

¹⁶⁶ Germán Aller, "Peligrosidad y Derecho penal", en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy*, AA. VV., Montevideo, Rosgal S.A., 2002, p. 13. También, "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, p. 105.

parecería comparativamente que el Derecho penal del riesgo es un tema de menor entidad, pero baste para superar esa primera impresión pensar que lo que se discute al referirse a la sociedad del riesgo es qué tipo de Derecho penal tendremos en el futuro, porque hasta hace no mucho tiempo, los prototipos de delitos eran los perceptibles por los sentidos, tangibles y apreciables fácilmente, mientras que ahora eso está cambiando. Los delitos eran medidos por el grado de violencia que llevaban ínsita, y la violencia en tipos penales como homicidio, aborto ilícito y lesiones es manifiesta. En otros tipos la violencia es psíquica o física pero de segundo orden, como en la violación sexual, la rapiña o robo con violencia en las personas, amenaza y otros, donde se atacan al menos dos bienes jurídicos y la integridad física pasa a un segundo plano, ya que se prioriza la libertad, la propiedad o la libertad sexual como bienes jurídicos –al decir de MAURACH– *uno de ellos adopta la ‘dirección dogmática’ con determinación de la orientación del delito y con empleo tan sólo auxiliar del bien jurídico subordinado*¹⁶⁷. En otros tipos la violencia contra las personas desaparece y deja sitio a la violencia contra la propiedad, como los ejemplos del hurto con violencia en las cosas y el daño, hasta llegar a aquellos tipos penales en que la violencia es patrimonial, como la apropiación indebida, el hurto simple, etc. Todas estos tipos penales han sido los clásicos prototipos de delito y han contado con un sólido estudio científico desde hace casi dos siglos. El Derecho penal para la sociedad del riesgo no puede regirse por esos prototipos, porque ya no es la violencia física el elemento catalizador, ni tampoco lo simplemente perceptible por los sentidos (visible, tangible, constatable). En la sociedad del riesgo se dirige a la Ciencia penal hacia la creación de tipos de peligro abstracto (o presunto) y específico, pero –más allá todavía– ya no es la noción pura de peligro la que predomina sino la de riesgo. Esto se vislumbra, como apunta PRITTWITZ, en la creación de nuevas ramas del Derecho penal, como el claro caso de la protección al ambiente y lo referido a la economía, e implicando ambas el aumento de tipos penales y endurecimiento de penas¹⁶⁸. Por tanto, en la sociedad del riesgo habrá un Derecho penal expansivo, con el *topos* del adelantamiento de la barrera de protección penal, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, persecución de delitos de bagatela, instauración de tipos acumulativos y cambio de paradigma respecto del daño al bien jurídico por el de la peligrosidad y el riesgo.

Los primeros penalistas en ocuparse del riesgo fueron Jürgen WOLTER (1981), Dietrich KRATZSCH (1985) y Wolfgang FRISCH (1986), quienes reflexionaron acerca de la imputación penal a partir de la creación o aumento del riesgo. Obsérvese que dos de estos estudios fueron previos a la obra de BECK (1986) y los tres fueron anteriores respecto de LUHMANN (1991). Luego seguirían Claus ROXIN (1992), Cornelius PRITTWITZ (1993), Günter STRATENWERTH (1993), Lothar

¹⁶⁷ Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 255.

¹⁶⁸ Cornelius Prittowitz, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología – Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, AA. VV., trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 150-151.

KUHLEN (1994) y Bernd SCHÜNEMANN (1995). Tanto ROXIN como STRATENWERTH incluyeron en sus respectivos manuales la temática del riesgo¹⁶⁹. La imputación personal e individual del riesgo y la imputación objetiva del resultado, aunque deban mantenerse estrictamente separadas entre sí, guardan estrecha relación con el Derecho penal en la sociedad del riesgo, porque – como aporta WOLTER – la Teoría de la imputación objetiva debe *personalizarse* en cuanto a la imputación del riesgo, que subyace necesariamente a la imputación del resultado¹⁷⁰. El comportamiento doloso requiere crear a sabiendas un riesgo antijurídico adecuado o producir un incremento del riesgo preexistente cuando pudo comportarse en forma ajustada a Derecho y abarcado por el fin de protección de la norma¹⁷¹.

Buena parte de la discusión penal relativa al Derecho penal del riesgo nace entorno a la crítica que le formula la afamada Escuela de Frankfurt (ALBRECHT, HASSEMER, PRITTWITZ, HERZOG) y la de sus críticos a ésta¹⁷². Uno de los penalistas y teóricos más importantes de Alemania, Winfried HASSEMER, integrante de la mencionada Escuela de Frankfurt, destacó en 1997 que *muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy y, sin embargo, hay hoy riesgos apenas controlables. Las personas viven – o así lo sienten – bajo la sensación de mayores y difusas amenazas*¹⁷³. Esto se vincula directamente con la antinomia seguridad-inseguridad-sensación de inseguridad, dado que, merced a la globalización se han potenciado los riesgos a la par de la evolución del modernismo y la información sobre los riesgos, al punto de sentir el ciudadano que el riesgo se cierne directamente sobre él y esto, como es imaginable, es a veces cierto y otras falso. La seguridad ciudadana comienza a ser estimada como un bien jurídico, ya que la violencia, el riesgo y la amenaza son fenómenos centrales de percepción social y esto es percibido como nunca antes¹⁷⁴. Asimismo, el discurso acerca de la mentada seguridad ciudadana encuentra un fuerte eco en la concepción del Derecho penal del riesgo y, como manifiesta magníficamente DÍEZ RIPOLLÉS, se trata de *un debate desenfocado*¹⁷⁵. Considera HASSEMER, desde una

¹⁶⁹ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier del Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2000, pp. 366-386. Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte General*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Madrid, Thomson – Civitas, 2005, pp. 132-139.

¹⁷⁰ Jürgen Wolter, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la ‘aberratio ictus’”, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, AA. VV., Madrid, Tecnos, 1991, p. 116.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Cornelius Prittwitz, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, pp. 149-150.

¹⁷³ Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 68. Este artículo fue escrito en homenaje a Günter Berman y publicado en Baden-Baden (1997) con el título *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*.

¹⁷⁴ Winfried Hassemer, *Crítica al Derecho penal de hoy*, pp. 46-47.

¹⁷⁵ José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, AA. VV., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 268 y ss.

concepción heterodoxa del funcionalismo, que *el Derecho penal material y el Derecho procesal penal están, en última instancia, en íntima relación funcional y, por eso, un Derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de Derecho es sólo posible contando con un Derecho penal material basado en los mismos principios de legalidad, concentrado en bienes jurídicos precisos y limitado a funciones que pueda cumplir* ¹⁷⁶. La *solución concreta*, como explica el citado autor (también NAUCKE), pasa por eliminar parte de la modernidad del Derecho penal actual mediante una reducción del verdadero Derecho penal a uno *básico* y, a la vez, instaurar otro de *intervención* que permita abarcar adecuadamente aquellos aspectos que el Derecho penal clásico no está en condiciones de tratar ¹⁷⁷. El *Derecho penal básico* comprendería todas las lesiones y puestas graves en peligro a los bienes jurídicos individuales clásicos, pero como el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales y debe tornarse funcional respecto de las relaciones entre persona, Estado y sociedad, propone HASSEMER que estos bienes universales sean mejor precisados y funcionalizados desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales ¹⁷⁸. Justifica la creación de un *Derecho penal de intervención (Interventionsrecht)* con el fin de liberar al Derecho penal clásico del cumplimiento de expectativas sociales de soluciones a problemas que éste, con todas sus garantías (principios del Derecho penal del hecho, función limitadora del principio de culpabilidad, *in dubio pro reo* y las formalidades procesales), no puede solucionar y, por ello, estima necesario generar un *cambio funcional*, porque considera que o se avanza hacia la modernización (*more of the same*) o se libera al Derecho penal de las modernas exigencias ¹⁷⁹. Este propuesto *Derecho penal de intervención* se ubicaría entre el Derecho penal y el sancionatorio administrativo, entre el civil y el público. Conllevaría la reducción de niveles de garantías y formalidades procesales, pero con la contrapartida de implicar sanciones de menor intensidad (sin reclusión), resultando —supuestamente— *más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas* ¹⁸⁰.

Para SILVA SÁNCHEZ, la introducción de nuevos tipos penales, el agravamiento de las penas de los ya existentes, la creación de nuevos bienes jurídicos, la flexibilización de los criterios de imputación, la relativización de los principios político-criminales, la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del procesal adjetivo, así como la ampliación de los espacios de riesgos penales de relieve, son aspectos que denotan la tendencia a la *expansión* del Derecho penal, ya antes referida en Italia por MOCCIA ¹⁸¹, que pone de relieve una *huida selectiva al Derecho penal* con fundamento ideológico

¹⁷⁶ Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 63.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 67.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 69.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 70.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 72.

¹⁸¹ Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.^a ed., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 29-36. Pone de relieve la hipertrofia del control penal como el *éxito de una ilusión peligrosa*.

¹⁸². Esto se circunscribe en la antedicha creación de respuestas penales de carácter simbólico, como meras declaraciones de principios, pero carentes de contenido real y social. Para SILVA SÁNCHEZ, a raíz de la Sociedad de riesgos (*Risikogesellschaft*) la convivencia se presenta como una fuente de conflictos interindividuales, en la cual *los otros* parecen representar un *riesgo* ¹⁸³. Esta imagen que se ve potenciada por la visión generalizada de que los peligros provenientes de fuentes naturales han sido reducidos y parcialmente controlados por el hombre y, además, la percepción de riesgos es superior a su objetiva existencia, siendo éste un efecto potenciado por los *mass media* ¹⁸⁴. Si a lo apuntado agregamos la concepción penal de *riesgo permitido* y su estrecha vinculación con el principio de *confianza*, de fuerte incidencia en los casos de responsabilidad médica, así como la Imputación objetiva dando la noción de creación de un riesgo antijurídico o incremento de uno preexistente que se realiza en el resultado (todo ello acotado por la ‘prohibición de regreso’: *Regresverbot*), observaremos que el riesgo también actúa como límite doctrinal de tipo interpretativo al momento de tipificar delitos ¹⁸⁵, porque la idea penal de riesgo permite ponderar los niveles de realización de la conducta humana, pero con el inconveniente de que esa valoración no resulta ajena al contexto social en que se plasme. Prueba de ello en materia penal es el aumento de deberes de cuidado y la disminución de espacios de riesgo, incrementando la instauración de tipos de peligro abstracto o presunto y, paradójicamente, no hay casi identificación social con la víctima, a pesar de que la expansión del Derecho penal presenta algún signo al respecto ¹⁸⁶, aunque igualmente no resulta convincente. Un Derecho penal globalizado, expandido y unificado –en los términos de flexibilización referidos *supra*– deviene en menos garantista ¹⁸⁷, como se denota con las actuales leyes antidrogas, las vinculadas al crimen organizado, la corrupción, al lavado de dinero y al terrorismo. El citado autor niega que alguna vez haya existido el Derecho penal liberal y sostiene que el problema no es la expansión del Derecho penal, sino la pena privativa de libertad ¹⁸⁸. Por consiguiente, se podría explicar y legitimar la disminución de garantías en la medida que sean correlativas a las sanciones. Vale decir, que éstas fueran pecuniarias o reparatorias de derechos en vez de privativas de libertad. Por tanto, acompaña la mencionada posición de HASSEMER de elaborar un *Derecho penal de intervención*, haciendo la salvedad de que SILVA SÁNCHEZ no lo ubica, como HASSEMER, fuera del Derecho penal sino dentro de él, como expresión de un único Derecho penal moderno, reglamentador, reparador e intervencionista ¹⁸⁹, cuya característica es la existencia de dos velocidades: una

¹⁸² Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 18.

¹⁸³ *Idem*, p. 24.

¹⁸⁴ *Idem*, pp. 25-27.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 31.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 38. Ha sido de gran trascendencia la afirmación de Franz von Liszt respecto a que la ley penal es la *Magna Charta del delincuente*, pero, como señaló Thomas Hillenkamp en 1983: *El Código penal es también la Magna Charta de la víctima*.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 64.

¹⁸⁸ *Idem*, pp. 115-117.

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 120-121.

primera referida al concepto de Derecho penal mínimo, en donde se apliquen las mayores garantías y cupiera la eventualidad de infringir penas privativas de libertad, y una segunda, más ágil, dada por la flexibilización de criterios de imputación y garantías (admitiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica), donde no se excluyesen las penas privativas de libertad, sino de orden económico ¹⁹⁰. Cabe apuntar que, como *infra* se verá, en la segunda edición de su libro *La expansión del Derecho penal*, SILVA SÁNCHEZ agrega una tercera velocidad para el denominado *Derecho penal del enemigo*, en la que admite la coexistencia de imposición de penas privativas de libertad con la flexibilización de reglas de imputación y principios político-criminales.

En la reunión de profesores alemanes de Derecho penal, celebrada en Frankfurt en mayo de 1985, Günther JAKOBS presentó su ponencia *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en la que planteó la diferencia entre el autor de delito como enemigo del bien jurídico y el autor como ciudadano ¹⁹¹. Es enemigo el autor que constituye un peligro para el bien jurídico; en cambio, el autor es meramente ciudadano cuando desborda el marco legal-penal perturbando ámbitos ajenos de organización de vida ¹⁹². Allí expuso que el '*Derecho penal de enemigos*' optimiza la protección de bienes jurídicos, el '*Derecho penal de ciudadanos*' optimiza las esferas de libertad ¹⁹³. Asimismo, sostuvo que en la ley penal muchos preceptos están fuera del *Derecho penal del ciudadano* y que pertenecen al del enemigo, como las criminalizaciones de los actos preparatorios, las tentativas de participación, los delitos contra la seguridad del Estado, la asociación para delinquir, lo concerniente al terrorismo, la falsificación de moneda, etc., y en estos casos *todo Derecho penal se convierte en un Derecho penal de enemigos* ¹⁹⁴. A quienes así actúan *se les trata como enemigos a los que no se les concede el status de ciudadano* ¹⁹⁵. Concluye JAKOBS este artículo afirmando: *la existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe [...] el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente* ¹⁹⁶. En aquel momento, como señala PRITTWITZ (quien aprueba gran parte del planteamiento de JAKOBS ¹⁹⁷), la mayoría de estas aseveraciones no tuvieron mayor repercusión ¹⁹⁸, puesto que JAKOBS entonces pretendía hacer saber a sus colegas acerca de su creencia

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 125-126.

¹⁹¹ Günther Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997, p. 295. Este artículo es la traducción al español de su ponencia *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* de Frankfurt (1985).

¹⁹² *Idem*, pp. 295 y 303.

¹⁹³ *Idem*, p. 298.

¹⁹⁴ *Idem*, pp. 298-299.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 298.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 322.

¹⁹⁷ Cornelius Prittowitz, "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", en *La Política criminal en Europa*, AA. VV., trad. Juan Carlos Hortal Ibarra, Barcelona, Atelier, 2004, p. 117.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 109.

respecto a la manifestación de síntomas negativos de un *Derecho penal del enemigo*, como se refleja en HASSEMER al citar a JAKOBS como elaborador y crítico del *Derecho penal del enemigo: El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el Derecho penal en un 'Derecho penal para enemigos'*¹⁹⁹ y al propio SILVA SÁNCHEZ, que en la primera edición de su libro *La expansión del Derecho penal* (1999) rechazó el Derecho penal del enemigo: *...en la medida en que el Derecho penal sea un Derecho penal de ciudadanos (Bürgerstrafrecht) y no un Derecho penal de enemigos (Feindstrafrecht)*²⁰⁰, pero luego en la segunda edición (2001) eliminó la frase en cuestión²⁰¹ e incluso introdujo una tercera velocidad para abarcar el *Derecho penal del enemigo*²⁰². Por su parte, JAKOBS insistió en el tema, desarrollando su tesis acerca de la existencia de un *Derecho penal del enemigo* en un manuscrito titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en el cual afirma que existe y que si no se le somete a reglas seguirá sin control, siendo una manifestación de una insuficiente pacificación²⁰³. Asimismo, quien lleva a cabo conductas enemigas descuida su rol de persona y, por tanto, pierde su calidad de tal a los efectos del Derecho y el Estado no debe tratarlo como persona²⁰⁴, sino combatirlo como un enemigo²⁰⁵, porque sólo lo es *quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal*²⁰⁶. Funda sus afirmaciones en los autores contractualistas que cita: LOCKE, HOBBS, KANT, FICHTE y ROUSSEAU, quienes ciertamente efectuaron esas consideraciones y concluyeron que el delincuente era un enemigo social por apartarse del pacto o contrato social, pero a la luz de la creación y consolidación del embrionario Estado republicano que debía ir entonces apartándose de la monarquía. Para JAKOBS el individuo que delinque es un enemigo en la medida que lo haga persistentemente (delitos de terrorismo, criminalidad organizada, delincuencia económica, habitualidad delictiva, narcotráfico, etc.) y por ello representa un peligro, que es lo que combate el *Derecho penal del enemigo*; en cambio, el *Derecho penal del ciudadano* protege la vigencia de la norma y se vincula al ciudadano que ha momentáneamente violentado la norma, pero sigue siendo persona²⁰⁷. Por ende, para JAKOBS, mediante su funcionalismo sistémico, la misión del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma y no la tutela de bienes jurídicos (para los ciudadanos)²⁰⁸, en cambio éstos se vincularían al ataque de enemigos. Por su parte, MÜSSIG también desmaterializa el concepto de bien jurídico y habla

¹⁹⁹ Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 83.

²⁰⁰ Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 58.

²⁰¹ *Idem*, 2.ª ed., 2001, p. 77.

²⁰² *Idem*, pp. 162-167. También en nueva edición: *La expansión del Derecho penal*, reimpr. de la 2.ª ed., Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 183-188.

²⁰³ Günther Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003, p. 22.

²⁰⁴ *Idem*, pp. 32 y 47.

²⁰⁵ *Idem*, p. 56.

²⁰⁶ *Idem*, p. 51. También, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoó, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 46-49.

²⁰⁷ Günther Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 33.

²⁰⁸ Günther Jakobs, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, pp. 19, 63 y 64.

de bienes universales como expresión de una sociedad compleja y altamente diferenciada, que constituyen criterios de identidad social, debiéndose así garantizar la identidad de la sociedad²⁰⁹. Aquí se nota en MÜSSIG la influencia de Talcott PARSONS, Niklas LUHMANN y de su maestro Günther JAKOBS. El *Derecho penal del enemigo*, pues, al decir de PÉREZ DEL VALLE, es una reacción propia del estado de naturaleza de Hobbes, mediante la construcción de tipos penales que adelantan el momento en que el potencial autor sería sancionado, estableciéndose penas que no necesariamente han de ser proporcionales y que, por su configuración, conlleva la disminución de garantías procesales²¹⁰.

Manuel CANCIO MELIÁ –quien ha sido discípulo de JAKOBS– se aparta de él y rechaza el *Derecho penal del enemigo*²¹¹, al que considera un no-Derecho y denuncia la existencia de un Derecho penal simbólico como, desgraciadamente, también el resurgimiento del punitivismo mediante normas destinadas a no ser aplicadas²¹². Considera que el *Derecho penal del enemigo* no es un Derecho penal del hecho, sino de autor²¹³, como el esbozado por VON LISZT (*Täter*)²¹⁴, en el que, según LANGON, se castiga al individuo por la forma de ser²¹⁵. Asevera CANCIO MELIÁ que la descripción del tema realizada por JAKOBS es correcta pero incompleta y que el *Derecho penal del enemigo* es más bien una línea político-criminal, síntoma de movimientos pendulares entre el Derecho penal mínimo y el máximo, que da origen a un neopunitivismo y a una nueva criminalización. Se puede concluir que le falta sustrato empírico que avale la postura de su existencia y de su eventual éxito, a pesar de ciertamente aparecer manifestaciones de su contenido (no su semántica) en ítems tales como la prostitución infantil, el proxenetismo, los delitos contra el ambiente, la criminalidad de género, la instigación a delinquir, los fenómenos migratorios (xenófobos), la supresión de garantías, el tráfico de órganos, lo relativo a la droga, el lavado de capitales y el terrorismo. Por lo relatado, CANCIO MELIÁ tiene razón al rechazar al *Derecho penal del enemigo*, así como posiblemente sea una

²⁰⁹ Bernd Müssig, *Desmaterialización del bien jurídico y de la Política criminal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 56-68. Al respecto, Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 138-139.

²¹⁰ Carlos Pérez del Valle, *Estudios de Filosofía política y del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 66-68.

²¹¹ Manuel Cancio Meliá, “¿Derecho penal del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003, pp. 65-69.

²¹² *Idem*, p. 99.

²¹³ *Idem*, p. 94.

²¹⁴ Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, Madrid, Hijos de Reus, 1916, p. 55. *Lo que debe castigarse no es el acto, sino el autor (nicht die Act, sonder der Täter ist zu bestrafen)*.

²¹⁵ Miguel Langon, *Curso de Derecho penal y procesal penal*, Montevideo, Del Foro, 2003, p. 7. *Un Derecho penal liberal y democrático es un Derecho penal de acto, y no un Derecho penal de autor [...] Un Derecho penal de autor, en cambio, supone castigar al individuo por la forma de ser, por el tipo de vida que lleva, por los antecedentes que hubiera registrado, castigarlo en definitiva por una condición del autor y no por la conducta realizada. En sus formas extremas es Derecho penal de autor el que castiga a la persona por ser judía, musulmana, atea, socialista, capitalista, masón, cristiana, de raza negra o blanca, vago, mendigo, prostituta, analfabeto, etc.*

máxima expresión de una sociedad del riesgo. Como sostiene BARATTA en referencia al *Derecho penal del enemigo* de JAKOBS, *la lógica del riesgo y de la emergencia comporta, no sólo la extensión, sino también la administrativoización del Derecho penal* ²¹⁶. Por otra parte, si existe un *Derecho penal del enemigo*, existe también un *Derecho penal del amigo*, evidenciado en la superabundancia de leyes penales inoperantes, en las implementadas para satisfacer pretensiones de determinados sectores, entre los cuales puede hallarse a los grupos feministas, ambientalistas, de diversidad sexual y otros, que legítimamente reclaman ser reconocidos por el Estado, pero en algunas ocasiones ocurre que, aún con buena intención, se legisla afectando negativamente la indispensable armonía de los ordenamientos jurídico-penales y generando un agravio comparativo con el resto de la ciudadanía. Un claro antecedente de este *Derecho penal del amigo* se halla en LENIN, (cuyo nombre era Vladimir Ilich Uliánov) cuando en respuesta a los artículos antimarxistas de la Revista *Rússkoie Bogatstvo* publicó en 1894 un libro titulado *¿Quiénes son los 'amigos del pueblo' y cómo luchan contra los socialdemócratas?* En él definió a los enemigos y a los amigos, estableciendo un estatuto marcadamente diferente para unos y otros ²¹⁷. Asimismo, el controvertido SCHMITT (1932) también se refirió a la antinomia amigo-enemigo: *La oposición o el antagonismo constituye la más intensa y extrema de todas las oposiciones, y cualquier antagonismo concreto se aproximará tanto o más a lo político cuanto mayor sea su cercanía al punto extremo, esto es, a la distinción entre amigo y enemigo* ²¹⁸. Hace referencia a que el enemigo, en algunas lenguas y culturas, es el *no-amigo*, a diferencia del *hostis* (hostil: *ánimus hostilis*) que es quien agrede y lucha ²¹⁹, pero la intensidad de la confrontación, para SCHMITT, hace que *los conceptos de 'amigo y enemigo' se transformen de nuevo y por sí mismos en políticos y que, incluso allí donde su carácter político había palidecido por completo, se aparten de la esfera de las expresiones privadas y psicológicas* ²²⁰. Afirma que ante la presencia de la guerra y hostilidad, todo lo que no es guerra es *eo ipso* paz y entonces el que no es enemigo es *eo ipso* amigo, pero cuando hay paz y amistad, todo lo que no sea paz es considerado guerra y lo que no sea amistad puede ser enemistad. Por tanto, en el primer supuesto, *el amigo es el no enemigo, mientras que en el segundo el enemigo es el no amigo* ²²¹. Cabe señalar que JAKOBS en su tesis sobre el Derecho penal del enemigo no citó a LENIN ni a SCHMITT ²²², pero parece

²¹⁶ Alessandro Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, AA. VV., trad. Mauricio Martínez Sánchez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 48.

²¹⁷ Vladimir Lenin, "¿Quiénes son los 'amigos del pueblo' y cómo luchan contra los socialdemócratas?", en *V. Lenin. Obras escogidas*, t. I, Buenos Aires, Editorial Problemas, 1946, pp. 31 y ss.

²¹⁸ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editores, 1999, p. 59.

²¹⁹ *Idem*, p. 134.

²²⁰ *Idem*, p. 139.

²²¹ *Idem*, p. 134.

²²² Cornelius Prittwitz, "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", en *La insostenible situación del Derecho penal*, AA. VV., trad. María Teresa Castiñeira Palou, Granada, Comares, 2000, p. 114.

evidente que si hay enemigos hay amigos y, en conclusión, no debe construirse un *Derecho de amigos* ni uno de *enemigos*.

En 1993 Cornelius PRITTWITZ publicó una muy completa y extensa monografía en la que, a partir de la obra de BECK, expone la discusión acerca de la sociedad del riesgo y su relación con el Derecho penal ²²³. Más concretamente, trata la conveniencia de la instauración de una correlativa teoría del Derecho penal del riesgo (*Straftheorien in der Risikogesellschaft*) ²²⁴, analiza la criminalidad y el proceso de criminalización en la sociedad del riesgo (*'Kriminalität' und 'Kriminalisierung' in der Risikogesellschaft*) ²²⁵, así como una política criminal (*Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*) ²²⁶, una dogmática del riesgo (*Risikodogmatik*) ²²⁷ y realiza una valoración crítica al respecto ²²⁸. Para PRITTWITZ el concepto de peligro y riesgo de BECK es vago y ambiguo, además de relacionarse más con lo político que lo sociológico, aunque afirma PRITTWITZ que el miedo y la inseguridad se han convertido en el tema del siglo XX ²²⁹, aplicable perfectamente a lo que va del XXI. Destaca que los hechos de carácter negativo son más fácilmente asumibles cuando se responsabiliza de ellos a un tercero, incluso cambiando antojadizamente al carácter de injusto (*Unrecht*) lo que, en realidad, es meramente accidental, desgraciado o fortuito (*Unglück*) ²³⁰. En este sentido, se tiende a buscar un autor hasta en casos claros y clásicos de sucesos desgraciados provenientes de catástrofes naturales ²³¹. El nuevo Derecho penal es preventivo y ejerce un control global, protegiendo más bienes, distintos y los tutela antes, es decir, en el estadio previo a la lesión ²³². PRITTWITZ expone que ya VON BAR (1907) y BINDING (1919) habían destacado que exigir la adopción de medidas de seguridad pecuniarias excesivamente elevadas tendría como consecuencia que las empresas no resultarían rentables y ello afectaría el mercado de capital e industrial ²³³, así como asocia el riesgo permitido con la Industria en la sociedad del riesgo ²³⁴. En definitiva, describe que se ha producido una reconsideración de los principios sobre los cuales se entabla el trato social con los riesgos ²³⁵. Eso implica una mayor flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos, y restricción de principios garantistas propios del Derecho penal del Estado de Derecho. En efecto, siguiendo a BARATTA, el Estado preventivo de la seguridad *es la forma*

²²³ Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993, pp. 49 y ss.

²²⁴ *Idem*, pp. 199 y ss.

²²⁵ *Idem*, pp. 172 y ss.

²²⁶ *Idem*, pp. 236 y ss.

²²⁷ *Idem*, pp. 320 y ss.

²²⁸ *Idem*, pp. 364 y ss.

²²⁹ *Idem*, p. 73. *Angst und Unsicherheit (sind) zum Thema des 20. Jahrhunderts geworden.*

²³⁰ *Idem*, pp. 109, 113 y 378.

²³¹ *Idem*, p. 379.

²³² Cfr. Blanca Mendoza Buergo, *op. cit.*, pp. 44-45.

²³³ Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* [1919], t. IV, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991, p. 445. También, Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, p. 307.

²³⁴ *Idem*, p. 301. *Die gesellschaftliche und ideengeschichtliche Perspektive – Das, erlaubte Risiko ' in Industrie – und Risikogesellschaft.*

²³⁵ *Idem*, p. 310. *Risiken – in der Industrie – und in der Risikogesellschaft.*

política que asume la 'sociedad del riesgo' tal como BECK ha definido nuestra sociedad. El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de 'emergencia estructural'²³⁶. Sostiene PRITTWITZ que, si bien el Derecho penal del riesgo sirve para fines legítimos, necesarios y justos, también pone de manifiesto que existen una serie de exigencias que lo desbordan, porque los problemas de ecología y economía se le traspasan generosamente al Derecho penal y quedarán allí sin una respuesta que los resuelva²³⁷. También LUHMANN manifiesta algo similar en cuanto a que la Dogmática tradicional es incompatible con el fenómeno del riesgo²³⁸. No obstante, afirma PRITTWITZ que *no debería dejarse de prestar atención a los conceptos de riesgo, Derecho penal del riesgo y sociedad del riesgo; pues por encima de cualquier discrepancia, con el Derecho penal del riesgo nos referimos a la 'preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho penal', o al Derecho penal de una sociedad en la que la definición de riesgos se ha convertido en uno de los aspectos centrales del conflicto social*²³⁹.

Por otra parte, KINDHÄUSER acepta el discurso de la sociedad del riesgo, porque para él el hombre es el primer factor de inseguridad para tal tipo de sociedad. En definitiva, estima que un Derecho penal de la seguridad es una de las condiciones de estabilidad de la sociedad²⁴⁰. Asimismo, HILGENDORF señala que el Derecho penal puede ser un medio adecuado o necesario para contrarrestar y preservarse de los nuevos riesgos²⁴¹. Mientras que HERZOG, desde muy diferente concepción, concluye que el Derecho penal del peligro es una respuesta muy limitada —y a limitar— de las situaciones de peligro de la vida moderna²⁴². Este integrante de la Escuela de Frankfurt explica que el Derecho penal cada vez se impregna más de aspectos de política interna y lo ejemplifica con el Derecho ecológico; todo lo cual conlleva que el Derecho penal se desplace hacia lo político y flexibilice sus elementos típicos para así obtener *un amplio espectro de formas de reacción* que le permitan responder rápidamente a las exigencias del mercado político²⁴³. Su valoración sobre la construcción de un Derecho penal de estas características es contundente: *Entre los recursos para manejar tales riesgos y crisis se cuenta cada vez más con el Derecho penal del cual se exige una intervención más intensiva atendiendo al grado de dramatización y a la correspondiente exigencia de actuación, una mayor severidad o una ampliación de los*

²³⁶ Alessandro Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, p. 45.

²³⁷ Cornelius Prittwitz, "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología – Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, pp. 152-153.

²³⁸ Niklas Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 229.

²³⁹ Cornelius Prittwitz, "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología – Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, p. 154.

²⁴⁰ Cfr. Blanca Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 127.

²⁴¹ *Idem*, p. 34.

²⁴² Félix Herzog, *op. cit.*, p. 304. También, Blanca Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 87.

²⁴³ Félix Herzog, *op. cit.*, pp. 306-307.

tipos de peligro. La ampliación del Derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos de presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema. Y culmina HERZOG anunciando que *ante tal instrumentación, el Derecho penal sale perjudicado*²⁴⁴. Sobre lo concerniente a la seguridad y el riesgo como su contrapartida, parece acertado el pensamiento de DAHRENDORF: *la respuesta al problema de la ley y el orden puede resumirse en una expresión: construcción de instituciones*²⁴⁵. A partir de esto, se regresa a la discusión acerca del rasgo simbólico del Derecho penal tratado por HASSEMER y que, como se ha dicho, acarrea un Derecho penal simbólico positivo y otro negativo. En suma, para HASSEMER hay un particular interés en controlar el riesgo, que aparece como un rasgo distintivo de la moderna sociedad del riesgo que no acepta sus propios peligros (riesgos de la modernización), sino que requiere de un vínculo causal que implique una responsabilidad jurídica y social²⁴⁶.

A su vez, sin perjuicio del alegato de Günter STRATENWERTH (*Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, 1993), tanto Lothar KUHLEN (*Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, 1994) como Bernd SCHÜNEMANN (*Kritische Ammerkungen zur geistigen Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1995) son enfáticos al negar el plano conceptual del discurso de la sociedad del riesgo. Ambos coinciden en que en ella hay una falta de consistencia y de unidad de su concepción y su entidad para tener una visión crítica del Derecho penal moderno²⁴⁷, que también KÖHLER la rechaza²⁴⁸. SCHÜNEMANN afirma que el Derecho penal debe seguir utilizando el modelo delictivo del peligro (a partir de los *puntos de conexión colectivos*) a la vista de las *condiciones de actuación de la sociedad moderna*, para poder así seguir cumpliendo con su misión de proteger bienes jurídicos y no ser mero Derecho simbólico. Por su parte, PALIERO relata que la Ciencia penal va perdiendo su *connotación cultural 'humanista'* y *yendo cada vez más hacia un saber 'tecnocrático' mediante el que un grupo de técnicos autoalimenta su 'propio' sistema de reglas para legitimar la función social del sistema*²⁴⁹, y así se canaliza la llamada *sociedad del riesgo* hacia el circuito penal²⁵⁰. Y, en este aspecto, resulta elocuente DONNA al manifestar que en dicha sociedad *en consecuencia y debido a la exigencia de esos grandes riesgos se exige que el Derecho penal renuncie a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tiene que relación con la garantía de futuro*²⁵¹.

²⁴⁴ *Idem*, p. 311.

²⁴⁵ Ralf Dahrendorf, *Ley y orden*, trad. Luis María Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1998, p. 153.

²⁴⁶ Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", p. 33.

²⁴⁷ Cfr. Blanca Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 145.

²⁴⁸ *Idem*, p. 115.

²⁴⁹ Carlo Enrico Paliero, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA., VV., trad. María José Pifarré, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 91.

²⁵⁰ *Idem*, p. 95.

²⁵¹ Edgardo Alberto Donna, "¿Es posible el Derecho penal liberal?", en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, AA., VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 211.

DÍEZ RIPOLLÉS destaca la existencia de una rica polémica entorno a la extensión del Derecho penal a ámbitos nuevos de lesividad social que no han sido abarcados por el Derecho penal. Ello se debe a la generalización de nuevos riesgos, las dificultades para atribuir la responsabilidad por los mismos y la exagerada difusión del sentimiento de inseguridad ²⁵². La respuesta de un Derecho penal del riesgo se realiza mediante la instauración de tipos penales de peligro abstracto, responsabilidad penal objetiva, tipos penales abiertos y en blanco, cargas de vigilancia, sustitución de normas sociales débiles por fuertes leyes penales (Derecho penal simbólico negativo), abatimiento de garantías, flexibilización y desformalización (dogmática) del Derecho penal material y procesal, funcionalización del Derecho penal ²⁵³ y creación de bienes jurídicos difusos, universales o supraindividuales ²⁵⁴. Por tanto, se tiende a incrementar la criminalización de conductas creando bienes jurídicos colectivos, a hacer prevalecer las estructuras típicas de pura actividad, a la anticipación de la intervención penal ²⁵⁵ y a la expansión del Derecho penal en lo referido especialmente a la seguridad ²⁵⁶. Como expresa MENDOZA BUERGO: *Desde planteamientos como los de HASSEMER, PRITTWITZ, HERZOG, ALBRECHT o CALLIES – aun con importantes diferencias entre ellos – supone, en conclusión, que la creciente interpretación y aplicación del Derecho penal como instrumento preferente de resolución de conflictos sociales resultaría, precisamente, la principal ‘causa’ de la ‘crisis’ del moderno Derecho penal, crisis que se manifiesta de modo más evidente en el Derecho penal del peligro y en el control de los nuevos riesgos, por lo que ante la función en gran medida ‘simbólica’ que desempeña aquí el Derecho penal, se afirma la escasa utilidad de la reacción penal en estos terrenos* ²⁵⁷. La percepción de los riesgos y la actitud frente a ellos tienen un fuerte componente cultural, lo que hace que unos riesgos se destaquen y otros se dejen de lado mediante normas penales que se manifiestan en la admisión de *riesgos permitidos*, pero encontrando su contracara en el *principio de precaución* ²⁵⁸, el cual cumple la función de anticiparse a los posibles peligros mediante la gestión de prevención ²⁵⁹. El principio de precaución se justifica ante la inminencia de la afectación grave e irreversible a bienes jurídicos de máxima jerarquía, como la salud y la vida (infracción de prohibición) ²⁶⁰, obviamente vinculándose a los conceptos de

²⁵² José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005, p. 245.

²⁵³ Blanca Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 92.

²⁵⁴ *Idem*, pp. 156-157.

²⁵⁵ José Luis Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 247.

²⁵⁶ *Idem*, p. 256.

²⁵⁷ *Idem*, p. 112.

²⁵⁸ Roger Campione, “El que algo quiere algo le cuesta: Notas sobre la ‘Kollateralschädengesellschaft’”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AA. VV., Barcelona, Atelier, 2003, p. 20. El principio de precaución surgió en Alemania en la década de los setenta para abordar los riesgos ambientales.

²⁵⁹ Blanca Mendoza Buergo, “El Derecho penal ante la globalización: el principio de precaución”, en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 326-328.

²⁶⁰ *Idem*, p. 329.

previsibilidad y su evitabilidad ²⁶¹. Asimismo –citando a ZIELINSKI– merced al generalmente aceptado *principio de confianza*, el ciudadano parte de que los demás partícipes de su ámbito de relación se ajustarán a las reglas o deberes de cuidado concernientes a su responsabilidad, dejando al hombre en libertad de actuación en tanto sujeto responsable que actúa motivado en la norma, porque el principio de confianza deriva de la auto-responsabilidad de cada uno ²⁶². Esto implica que la participación de terceros involucra creación e incremento de riesgos eventualmente no susceptibles de ser dominio del ciudadano que puede llegar a verse inmiscuido en un resultado lesivo cuya acción penalmente desvalorada no dimana de su dominio del hecho. MENDOZA BUERGO afirma la conveniencia de *destacar que el Derecho penal del riesgo que se va conformando en nuestras sociedades avanzadas a través de la Política criminal infiltrada por la idea de riesgo y dominada por la persecución de mayores cotas de seguridad, no es sólo el que pretende prevenir o reaccionar frente a los nuevos riesgos tecnológicos, sino también aquel que aspira a controlar e incluso conjurar antes de su surgimiento todo riesgo en los más variados terrenos, incluidos los que poco o nada tienen que ver con aquellos, como el caso de la llamada ‘seguridad pública’* ²⁶³. Esto lleva a pensar como NELLES en cuanto que la globalización conduce a la *disolución de las fronteras de la Ciencia del Derecho penal* ²⁶⁴.

4. REFLEXIONES FINALES

En el mundo ha habido un gran avance científico y tecnológico, lo que obliga a los Estados a invertir en educación y conocimiento para lograr sociedades de *inclusión* en vez de *exclusión* ²⁶⁵, si fuere posible apuntando a un pacto social con tal fin ²⁶⁶. Esta idea pudo verse ya adelantada en KANT al proponer una *federación de naciones* y mencionar el *derecho de ciudadanía mundial*, dado que las democracias no son posibles en forma aislada, como sociedades únicas, sino en sociedad civil mundial ²⁶⁷. Asimismo, KANT rechazó la guerra penal: *Entre los Estados no es concebible una guerra penal – ‘bellum punitivum’ –, porque no hay entre ellos la relación de superior a inferior. De donde resulta que una*

²⁶¹ *Idem*, p. 336.

²⁶² Diethart Zielinski, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 115-116.

²⁶³ Blanca Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AA. VV., Barcelona, Atelier, 2003, p. 81.

²⁶⁴ Úrsula Nelles, “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., trad. María José Pifarré, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 456-457.

²⁶⁵ Jock Young, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 9 y ss. También, Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 191. Cornelius Prittwitz, “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, p. 111.

²⁶⁶ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 208.

²⁶⁷ Immanuel Kant, *La Paz perpetua*, Buenos Aires, Bureau Editor, 2000, p. 87. Asimismo, Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 129.

guerra de exterminio, que llevaría en sí el aniquilamiento de las dos partes y la anulación de todo derecho, haría absolutamente imposible una paz perpetua, como no fuese la paz del cementerio de toda la humanidad ²⁶⁸. Pero también vivimos en una sociedad en y de riesgos que se han globalizado: guerras nucleares, la proliferación y trasiego clandestino de armamento, la radiación, la afectación del ambiente natural, el narcotráfico, el terrorismo internacional, la experimentación con virus y genes, las toxinas, el ciberespacio financiero y muchas otras expresiones de la interacción humana que pueden poner en serio riesgo a millones de personas y sus bienes ²⁶⁹. Frente a esto, se percibe que el Derecho penal está de moda, pero no su faz académica, científica y de discusión acerca de su mejora —que lamentablemente se relega a los claustros y seminarios universitarios, a pesar de los ingentes esfuerzos por difundir los progresos de la Ciencia penal—, sino un Derecho penal de *prima ratio* o a veces de única *ratio*, meramente sancionador y simbólico en su peor sentido posible: ofrece una seguridad que no obtiene y, en cambio, afecta la seguridad jurídica ²⁷⁰. Concluyentemente, los juristas no están de moda y vamos rumbo hacia un Derecho penal como marco decorativo de la solución global de un problema, sin ser radicales en cuanto al sentido etimológico: ir a las raíces de la cuestión, sino que el Derecho penal en ciernes se parece más al *del enemigo* que al clásico de VON FEUERBACH (1801) ²⁷¹ o CARRARA (1859) ²⁷². Esto nos hace reflexionar acerca de la dirección que lleva el Derecho penal y nos permite —desgraciadamente— comprobar que hay dos líneas definidas: la científica, más allá del posicionamiento ideológico que se siga, y la legislativa, de corte pragmático y sin esperar del Derecho penal más que un superficial valor como producto de *marketing*. Como toda generalización, ésta quizá peque de injusta y a lo dicho seguramente haya algunas tan honrosas como escasas excepciones, pero como indica DAHRENDORF, la delincuencia permite identificar aspectos del conflicto social y frente a ella es lógico que muchos se dejen, sin más, seducir por las fórmulas más burdas: más policías, juicios más severos y penas más duras ²⁷³.

²⁶⁸ Immanuel Kant, *La Paz perpetua*, p. 21.

²⁶⁹ Al respecto, Germán Aller, “Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad”, en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo*, AA. VV., Lima, Ara, 2003, pp. 831-832. También publicado en *Criminología y Derecho penal*, t. II, pp. 104-107.

²⁷⁰ Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 2002, p. 30. En este sentido, expresa: *En nuestro concreto ámbito, esta función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a una resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.*

²⁷¹ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen*, 10.^a ed., Giesen, Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1828. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. de la 14.^a ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

²⁷² Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

²⁷³ Ralf Dahrendorf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, pp. 49 y 99.

Hecha esta salvedad, si bien es conveniente lograr predicciones de riesgo, dominio del peligro e intervención antes de que se produzca la lesión, el medio para ello parece ser la disolución del concepto de bien jurídico (o de algún otro concepto que eventualmente lo supla) y con ello la Política criminal queda *huérfana*, porque se legisla en aras de un progreso manuscrito y en el papel, pero sin contenido social. Tal afirmación lleva a la impostergable negación de toda manifestación de *Derecho penal del enemigo*, inclusive aunque se cambie la semántica. Es plenamente compartible propugnar un Derecho penal de seguridad y prevención, como realzan SCHÜNEMANN, HILGENDORF y KUHLEN ²⁷⁴, pero en la medida de mantener los contenidos ético-valorativos, por ejemplo, de HARTMANN (ética material de los valores) ²⁷⁵, y anclados en la Ciencia penal, ya que, según especificaba WELZEL, la función ético-social del Derecho penal es *proteger los valores elementales de la vida de la comunidad* ²⁷⁶ y BETTIOL sostenía que *el Derecho penal, íntimamente vinculado con los valores de una época determinada, encuentra en estos valores su razón de ser en cuanto organismo de tutela* ²⁷⁷ [...] *La norma penal tutela bienes, valores o – si se desea emplear por razones de comodidad una expresión de relaciones – intereses* ²⁷⁸, y postulaba un Derecho penal valorativo, porque el bien jurídico *constituye un reclamo a los intereses y valores de la vida social* ²⁷⁹. De lo dicho parece resurgir la vieja discusión por un Derecho penal de corte ético-social o uno protector de la seguridad y la paz ²⁸⁰, pero es posible dotar de una dirección dogmática a dicha tutela sin renunciar al afianzamiento ético-social.

El hombre ha convivido siempre –y lo hace actualmente– con peligros y riesgos de todo orden. El Estado de Derecho se obtuvo merced al sacrificio de miles de vidas y se mantiene por la lucha en procura de retirar manifestaciones

²⁷⁴ Cfr. Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 119.

²⁷⁵ Nicolai Hartmann, *Ethik*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1935, p. 106.

²⁷⁶ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 7.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1960, p. 1. *Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftsleben zu schützen*. Versiones en español: *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 1; y *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de la 11.^a ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 11. Al respecto, Miguel Langon, “Misión del Derecho penal y fines de la pena en Welzel”, en *Criminología y Derecho penal*, t. I, p. 197. También, Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 300. Refiriéndose a las funciones del Derecho penal, afirma: *Si hay algo que no parece posible negar, esto es que, en el plano de la realidad (fáctico), ejerce sobre la sociedad una ‘función ético-social’, que también se ha dado en llamar ‘función configuradora de las costumbres’.*

²⁷⁷ Giuseppe Bettioli, *Diritto penale*, 2.^a ed., Palermo, G. Priulla Editore, 1950, p. 126. *Il Diritto penale, intimamente legato ai valori di una data epoca, trova in questi valori la sua ragione di essere in quanto organismo di tutela*. Versión en español, *Derecho penal*, trad. José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965, p. 149.

²⁷⁸ Giuseppe Bettioli, *Diritto penale*, p. 127. *La norma penale tutela quindi dei beni, dei valori, o – qualora si voglia usare per comodità una espressione di relazione – degli interessi*. Versión en español, *Derecho penal*, p. 151.

²⁷⁹ Giuseppe Bettioli, “Bene giuridico e reato”, en *Scritti Giuridici*, t. I, Padua, Cedam, 1966, p. 322. *Il bene giuridico de per sè stesso rappresenta un superamento di una concezione formale dell’antigiuridicità, in quanto costituisce un richiamo agli interessi e valori della vita sociale*.

²⁸⁰ Gonzalo D. Fernández, “El proceso hacia la Reconstrucción Democrática de la Culpabilidad Penal”, en *Ensayos sobre Culpabilidad*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1994, p. 30.

incorrectas (negación del Derecho: no-Derecho). Sin perjuicio de las observaciones críticas que pudiera merecer, VON JHERING en su *Der Kampf ums Recht* ("La lucha por el Derecho", 1872) ha dejado en evidencia que la paz y abundancia de muchos se debe a la lucha y el trabajo de otros por consagrar el Derecho ²⁸¹: *todas esas grandes conquistas que en la historia del Derecho pueden registrarse; la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado varios siglos, y muchas veces han costado torrentes de sangre* ²⁸². Empero, a pesar de la fuerza de las citadas palabras de VON JHERING, Erich FROMM describe otra cara del asunto al indicar que el hombre ha pasado mucho de su historia luchando por obtener la libertad, rompiendo las cadenas de la esclavitud, del sometimiento y la dominación, y al haber logrado desatarse de los vínculos que le sujetaban se observa a sí mismo como una entidad separada y suele entonces evadirse de la libertad esclavizándose en su trabajo, hobbies, asumir responsabilidades innecesarias, autocensurarse y abatir su identidad para así olvidar que está solo, prefiriendo perder el *yo* porque no soporta su soledad ²⁸³. El hombre, para FROMM, debe quitarse el miedo y aprender a ser libre sin hallarse solo, ser independiente sin dejar de formar parte de la humanidad, liberarse realizando su *yo*, ser lo que realmente *es* y desarrollar *su* personalidad ²⁸⁴; por ello, el título del libro: *El miedo a la libertad* (1947). Es también una forma de, como he señalado antes, comprender que la globalización no es un fenómeno nuevo ni creativo, sino una expresión de vida en sociedad a la que hay que dotarla de un sentido positivo en cuanto al avance del Derecho en procura de aproximarse al logro metafísico de un ideal de justicia sin perder de vista la función social ²⁸⁵. Indica CALLIES que las normas penales se corresponden con los procesos sociales de interacción ²⁸⁶; por consiguiente, no cabe duda que un estado fuerte, absorbente y de gran dimensión no propenderá a un Derecho penal de mínima expresión, sino de máxima (Derecho penal del riesgo), en donde se perdería el carácter fragmentario, de subsidiariedad y de *ultima ratio legis* que destaca PRITTWITZ como distintivos del Derecho penal liberal ²⁸⁷; en cambio, como puntualiza SILVA SÁNCHEZ, un Derecho penal mínimo sólo sería

²⁸¹ Rudolf von Jhering, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, Madrid, Victoriano Suárez, 1881, p. 5.

²⁸² *Idem*, p. 12.

²⁸³ Erich Fromm, *Die Furcht vor der Freiheit*, Zürich, Steinberg Verlag Zürich, 1945, pp. 249-250. Versión en español, *El miedo a la libertad*, trad. Gino Germani, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 246.

²⁸⁴ *Idem*, p. 247.

²⁸⁵ Enrique Bacigalupo Zapater, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Madrid, Akal, 1998, p. 7. *De una manera simplificada en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el Derecho penal tiene una 'función metafísica', consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el Derecho penal tiene una 'función social', caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos).*

²⁸⁶ Rolf-Peter Callies, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1974, p. 176.

²⁸⁷ Cornelius Prittwitz, "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", pp. 427-434.

factible en el contexto de un Estado mínimo ²⁸⁸. Por tanto, teniendo presente lo planteado por SARTRE en cuanto que *el hombre está condenado a ser libre* y también *a cada instante a inventar al hombre* ²⁸⁹, antes de construirse una Política criminal debe definirse el Estado que se pretende para esa Nación y recién después trazar las líneas político-criminales racionales para asegurar al ciudadano su reconocimiento individual y colectivo, aún globalización y riesgos mediante.

²⁸⁸ Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª ed., nota 55, p. 40.

²⁸⁹ Jean-Paul Sartre, *El Existencialismo es un Humanismo*, trad. Manuel Lamana, Buenos Aires, Losada, 1999, p. 20.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALLER, Germán, "Peligrosidad y Derecho penal", en *Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy*, AA. VV., Montevideo, Rosgal S.A., 2002.
- "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad", en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo*, AA. VV., Lima, Ara, 2003.
 - "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Miguel Langon, Montevideo, Del Foro, 2006.
 - "Responsabilidad penal médica", en *Criminología y Derecho penal*, t. I, libro en coautoría con Miguel Langon, Montevideo, Del Foro, 2005.
 - "Medios masivos de comunicación", en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Miguel Langon, Montevideo, Del Foro, 2006.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, Akal, 1998.
- BACON, Francis, *Teoría del cielo. Descripción del globo intelectual*, trad. Alberto Elena y María José Pascual, Madrid, Tecnos, 1989.
- BARATTA, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, AA. VV., trad. Mauricio Martínez Sánchez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.
- *Hacia una nueva Criminología. Discusión del libro 'Criminología crítica y crítica del Derecho penal'*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997.
 - *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2004.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joachin Ibarra, 1774.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001.
- *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Roberto Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000.
 - *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.
 - "Teoría de la sociedad del riesgo", en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996.
 - "De la sociedad industrial a la del riesgo", en *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV., trad. Alejandro del Río Herrmann, Madrid, Revista de Occidente, n.º 150, 1993.
 - "La reivindicación de la política: hacia una Teoría de la modernización reflexiva", en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden moderno*, AA. VV., reimp., trad. Jesús Alborés, Madrid, Alianza Universidad, 2001.
 - *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Paidós, 2005.

- BECKER, Howard Saul, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Nueva York, Free Press, 1963.
- *The other side. Perspectives of Deviance*, Londres, The Free Press of Glencoe, 1964.
 - *Los 'otros' entre nosotros. Perspectiva sobre la aberración*, trad. Antonio Ribera Jordá, Barcelona, Sagitario S.A., 1965.
- BECKER, Werner, "Significados opuestos del concepto de consenso", en *Derecho y Filosofía*, AA. VV., compilador Ernesto Garzón Valdés, trad. Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, 2.^a ed., Palermo, G. Priulla Editore, 1950.
- *Derecho penal*, trad. José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965.
 - "Bene giuridico e reato", en *Scritti Giuridici*, t. I, Padua, Cedam, 1966.
- BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts* [1885], Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991.
- *Die Normen und ihre Übertretung* [1872], t. I, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991.
 - *Die Normen und ihre Übertretung* [1919], t. IV, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991.
- BLUMER, Herbert, *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1969.
- CAIROLI, Milton, *La Cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
- CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1974.
- CAMPIONE, Roger, "El que algo quiere algo le cuesta: Notas sobre la 'Kollateralschäddengesellschaft'", en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AA. VV., Barcelona, Atelier, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿Derecho penal del enemigo?", en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- CERVINI, Raúl y GOMES, Luiz Flávio, *Crimen Organizado*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- "La Cooperación Judicial Penal Internacional", en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, AA. VV., Montevideo, Carlos Álvarez, 1994.
- CHOMSKY, Noam y DIETRICH, Heinz, *La Aldea global*, 5.^a ed., Tafalla, Txalparta, 2000.
- CLOWARD, Richard A. y OHLIN, Lloyd E., *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, Illinois, The Free Press of Glencoe, 1960.
- COHEN, Albert Kircidel, *Delinquent boys. The Subculture of the Gang*, Nueva York, The Free Press of Glencoe, 1955.

- COSER, Lewis A., *Las funciones del conflicto social*, trad. Bertha Bass, Ruby Betancourt y Félix Ibarra, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- CRESSEY, Donald R., *Criminal Organization: Its Elementary Forms*, Londres, Heinemann Educational Books, 1972.
- DAHRENDORF, Ralf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, trad. Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2005.
- *La cuadratura del círculo. Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. Francisco Ortiz, Madrid, Mondadori, 1990.
 - *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, trad. Manuel Troyano de los Ríos, Madrid, Rialp S.A., 1962.
 - *Ley y orden*, trad. Luis María Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005.
- “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, AA. VV., Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- DONNA, Edgardo Alberto, “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, trad. Antonio Ferrer y Robert, Madrid, Daniel Jorro, 1912.
- *La división del trabajo social*, 3.^a ed., trad. Carlos G. Posada, Madrid, Akal, 1995.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., “El proceso hacia la Reconstrucción Democrática de la Culpabilidad Penal”, en *Ensayos sobre Culpabilidad*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi, “Prefacio”, en *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*, AA. VV., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.
- FERRI, Enrico, *Principios de Derecho criminal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* [1801], Giessen, Druck und Verlag, 1828.
- *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- FROMM, Erich, *Die Furcht vor der Freiheit*, Zürich, Steinberg Verlag Zürich, 1945.
- *El miedo a la libertad*, trad. Gino Germani, Buenos Aires, Paidós, 2000.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988.
- *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.
- GAROFALO, Raffaele, *Criminologia*, Turín, Fratelli Bocca, 1885.
- *La Criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1893.

- GIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. Pedro Cifuentes Huertas, Buenos Aires, Taurus, 2000.
- *La tercera vía y sus críticos*, trad. Pedro Cifuentes, Madrid, Taurus, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio, "Globalización y Derecho penal", en *El Derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, AA. VV., Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*, trad. Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999.
- HARTMANN, Nicolai, *Ethik*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1935.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y M.^a del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, AA. VV., trad. Elena Larrauri, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.
 - *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HERZOG, Félix, "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 53, AA. VV., trad. Elena Larrauri, Bogotá, Temis, 1991.
- HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano [De Cive] (1642)*, trad. Joaquín Rodríguez Feo, Valladolid, Trotta, 1999.
- *Diálogos entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. Miguel Ángel Rodilla, reimp., Madrid, Tecnos, 2002.
 - *Leviatán [1651]*, 8.^a reimp., trad. Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997.
- "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.
 - *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoó, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
 - "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., trad. Teresa Manso Porto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
 - *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, Madrid, Victoriano Suárez, 1881.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Curso de Dogmática penal*, Caracas, Andrés Bello, 1945.
- *Manual de Derecho penal*, t. I, Madrid, Reus, 1933.
 - *Tratado de Derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Losada, 1950.
 - *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed., Buenos Aires, Losada S. A., 1950.

- KANT, Immanuel, *La Paz perpetua*, Buenos Aires, Bureau Editor, 2000.
- *Principios metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Americalee, 1943.
- KELLING, George L., y COLE, CATHERINE M., *Fixing broken windows. Restoring Order and reducing Crime in Our Communities*, Nueva York, Touchstone, 1997.
- KINSEY, Richard, LEA, John y YOUNG, Jock, *Losing the fight against the crime*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1986.
- LANGON CUÑARRO, Miguel, *Código Penal*, t. II, vol. 2, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005.
- *Curso de Derecho penal y procesal penal*, Montevideo, Del Foro, 2003.
- *Manual de Derecho penal uruguayo*, Montevideo, Del Foro, 2006.
- “Teorías de la subcultura criminal (con especial referencia a la obra de Albert Kircidel Cohen”, en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006.
- “La Política criminal en el Uruguay”, en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006.
- “Misión del Derecho penal y fines de la pena en Welzel”, en *Criminología y Derecho penal*, t. I, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2005.
- LASH, Scott, “La reflexividad y sus dobles: estructura, estética y comunidad”, en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden moderno*, AA. VV., reimp., trad. Jesús Alborés, Madrid, Alianza Universidad, 2001.
- LEA, John, *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la Criminología realista de izquierda*, trad. Alejandro Piombo, México, Coyacán, 2006.
- y YOUNG, Jock, *What is to be done about Law & Order?*, Londres, Pluto Press, 1993.
- y YOUNG, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2001.
- LEMERT, Edwin Marvin, *Social Pathology*, Nueva York, McGraw-Hill, 1951.
- *Human Deviance, Social Problems & Social Control*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1967.
- LENIN, Vladimir, “¿Quiénes son los ‘amigos del pueblo’ y cómo luchan contra los socialdemócratas?”, en *V. Lenin. Obras escogidas*, t. I, Buenos Aires, Editorial Problemas, 1946.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. de la 18.^a ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña, Madrid, Hijos de Reus, 1914.
- *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, Madrid, Hijos de Reus, 1916.
- *La idea de fin en el Derecho penal*, trad. Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, Edeval, 1984.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, 1998.
- “El concepto de riesgo”, en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. VV., trad. Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996.
- *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

- MARX, Karl, *Historia crítica de la Teoría de la plusvalía*, t. I, trad. W. Roses, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.
- MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura* [1903], trad. José Luis Guzmán Dálbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- MCINTOSH, Mary, *La Organización del crimen*, 3.^a ed., trad. Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 1977.
- MERCADO, Pedro, “El proceso de globalización, el Estado y el Derecho”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, AA. VV., coord. Guillermo Portilla Contreras, Madrid, Akal, 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- “El Derecho penal ante la globalización: el principio de precaución”, en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005.
- “Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AA. VV., Barcelona, Atelier, 2003.
- MERTON, Robert King, *Social Theory and Social Structure*, 2.^a ed., Illinois, The Free Press of Glencoe, 1959.
- *Teoría y Estructura sociales*, trad. Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- MIR PUIG, Santiago, “Constitución, Derecho penal y globalización”, en *Nuevas tendencias en Política criminal*, AA. VV., Buenos Aires, B de F-Reus, 2006.
- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.^a ed., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la Política criminal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- NELLES, Úrsula, “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., trad. María José Pifarré, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- NOYA MIRANDA, Javier, “Riesgo o sociedad: ¿es esa (toda) la cuestión?”, en *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV., Madrid, Revista de Occidente, n.º 150, 1993.
- PALIERO, Carlo Enrico, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, AA. VV., trad. María José Pifarré, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- PARK, Robert Ezra, BURGESS, Ernest W. y MCKENZIE, Roderick D., *The City*, Chicago, University of Chicago, 1967.
- PERCIBALLE, Ricardo, *Sistema de garantías constitucionales en todo proceso adscriptivo de responsabilidad penal*, Montevideo, Carlos Álvarez, 2006.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Estudios de Filosofía política y del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- PÉREZ OTERMIN, Jorge, *Introducción a la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2002.

- PINATEL, Jean, *La sociedad criminógena*, trad. Luis Rodríguez Ramos, Madrid, Aguilar, 1979.
- PLAUTO, “La comedia de los asnos” [*Asinaria*], en *Comedias*, t. I, trad. Mercedes González-Haba, Madrid, Gredos, 1992.
- PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.
- “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, AA. VV., trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
 - “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en *La Política criminal en Europa*, AA. VV., trad. Juan Carlos Hortal Ibarra, Barcelona, Atelier, 2004.
 - “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, AA. VV., trad. María Teresa Castiñeira Palou, Granada, Comares, 2000.
- QUÉTELET, Lambert Adolphe Jaques, *Du Système Social et des Lois qui le régissent*, París, Guillaumin et Cie., 1848.
- QUINNEY, Richard, *The Social Reality of Crime*, Boston, Little, Brown and Company, 1970.
- *Critique of Legal Order. Crime Control in Capitalist Society*, Boston, Little, Brown and Company, 1973.
- RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel de, *Elementos de Criminología*, Valparaíso, Edeval, 1982.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier del Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2000.
- SARTRE, Jean-Paul, *El Existencialismo es un Humanismo*, trad. Manuel Lamana, Buenos Aires, Losada, 1999.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, trad. Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editores, 1999.
- SHAW, Clifford R., *Delinquency Areas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1929.
- y MCKAY, Henry D., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, 2.^a ed., Chicago, University of Chicago Press, 1971.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.^a ed., Madrid, Civitas, 1999.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2001.
 - *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 2002.
- SOLER, Sebastián, *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

- SUTHERLAND, Edwin Hardin, *El delito de cuello blanco*, trad. Rosa del Olmo, Madrid, La Piqueta, 1999.
- *Ladrones profesionales*, 2.^a ed., trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1993.
- *Principles of Criminology*, 4.^a ed., Chicago, J. B. Lippincott Co., 1947.
- TARDE, Gabriel, *Las leyes de la imitación*, trad. Alejo García Góngora, Madrid, Daniel Jorro, 1907.
- TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *The New Criminology. For a Social Theory of deviance*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973.
- TEUBNER, Günther, "Globalización y constitucionalismo social. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado", en *Derecho penal y política transnacional*, AA. VV., coords. Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Barcelona, Atelier, 2005.
- THOMAS, William Isaac, *The Unadjusted Girl*, Londres, George Routledge & Sons, 1924.
- TURK, Austin T., *The Deviance and Defense of Authority*, Beverly Hills, Sage Publications, 1982.
- VIEIRA, Manuel A., *Derecho penal internacional y Derecho internacional penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969.
- VOLD, George B., *Theoretical Criminology*, Nueva York, Oxford University, 1958.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1967.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 7.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1960.
- *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de la 11.^a ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WERLE, Gehrard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- WOLFGANG, Marvin E. y FERRACUTI, Franco, *La subcultura de la violencia: hacia una Teoría criminológica* [1967], 1.^a reimp., trad. Antonio Garza y Garza, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- WOLTER, Jürgen, "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la 'aberratio ictus'", en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, AA. VV., Madrid, Tecnos, 1991.
- WILSON, James Q., *Thinking about Crime*, Nueva York, Vintage Books, 1977.
- YOUNG, Jock, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- y MATTHEW, Roger, *Confronting Crime*, Londres, Sage Publications, 1986.
- ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.