



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA LEGITIMACION DE LOS
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL MARCO DEL
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención Derecho Procesal y Administración de Justicia

TOLENTINO DIESTRA JUAN JESÚS

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: TOLENTINO DIESTRA JUAN JESUS

Código de alumno: 2014.2846.8.AC Teléfono: 945388448

E-mail: jujetodi@gmail.com D.N.I. n°: 42674983

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:



Tesis



Trabajo Académico



Trabajo de Investigación

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

MAESTRO

4. Título del trabajo de Investigación:

LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA LEGITIMACION DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

5. Escuela:

6. Programas:

7. Asesor:

Apellidos y nombres ROBLES TREJO LUIS WILFREDO D.N.I n°: 31658643

E-mail: lroblest@unasam.edu.pe ID ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4897-1709

8. Referencia bibliográfica:

9. Tipo de acceso al Documento:



Acceso público* al contenido completo. Acceso



restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

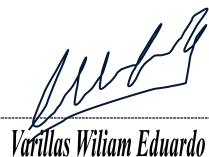
Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:

Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas

- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA LEGITIMACION DE LOS
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL MARCO DEL
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención Derecho Procesal y Administración de Justicia

JUAN JESÚS TOLENTINO DIESTRA

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: **T0782**

MIEMBROS DEL JURADO

Magister

Florentino Obregón Obregón

Presidente

Magister

Pepe Zenobio Melgarejo Barreto

Secretario

Doctor

Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios por permitirme cumplir sus mandatos con lealtad y vocación.
- A los docentes de la EPG de la UNASAM de quienes aprendí una nueva forma de entender el derecho.
- A mi asesor de Tesis, por sus aportes y consejos en la culminación de la presente investigación.

DEDICATORIA

A mi abuela Margarita, mi esposa Hilda, mi hija Eysel y toda mi familia, por todo sus consejos, apoyo y comprensión en esta nueva experiencia de mi vida profesional.

ÍNDICE

| | Página |
|--|---------------|
| Resumen..... | x |
| Abstract..... | xi |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1-7 |
| Objetivos..... | 6 |
| Hipótesis..... | 6 |
| Variables..... | 7 |
| II. MARCO TEÓRICO..... | 8-51 |
| 2.1. Antecedentes..... | 8 |
| 2.2. Bases teóricas..... | 12 |
| 2.2.1. La sociedad del riesgo..... | 12 |
| 2.2.2. El derecho penal del enemigo y el derecho penal de riesgo.... | 27 |
| 2.2.3. Los tipos de delito de peligro..... | 37 |
| 2.2.4. Derecho penal moderno..... | 48 |
| 2.3. Definición de términos..... | 50 |
| III. METODOLOGÍA..... | 52-56 |
| 3.1. Tipo y diseño de investigación..... | 52 |
| 3.2. Plan de recolección de la información de la investigación..... | 53 |
| - Población..... | 53 |
| - Muestra..... | 54 |
| 3.3. Instrumento(s) de recolección de datos..... | 54 |
| 3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información..... | 55 |
| IV. RESULTADOS..... | 57-76 |
| V. DISCUSIÓN..... | 77-108 |

| | |
|--|---------|
| VI. CONCLUSIONES..... | 109-110 |
| VII. RECOMENDACIONES | 111 |
| VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 112-121 |
| ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA | 122 |

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue analizar la problemática que se presenta entre la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo. Para ello, se realizó una investigación jurídica, por su finalidad de tipo dogmático, por su naturaleza es cualitativa. Dentro de los resultados se encontró que la creación de la denominada categoría «delitos de peligro hipotético» obedece a un criterio expansionista del derecho penal que, pese a las objeciones que puedan formularse, encuentra plena aceptación en la tendencia moderna e incluso aumenta cada día. Esto obedece a que ya no se trata tanto de la sola protección del bien jurídico individual sino de la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor, con lo que el efecto preventivo llega con mayor facilidad en el momento que la protección del ordenamiento es más institucional que individual. La investigación, ha demostrado que, en la sociedad actual, el legislador tiende a ampliar ilimitadamente, mediante el recurso a las técnicas de los delitos de peligro, entre otras, el campo de aplicación del derecho penal, dándole una elasticidad vulneradora de sus principios fundamentales con el fin de responder la demanda social de mayor represión frente a conductas no toleradas. La mayoría de las veces, la norma penal lejos de solucionar el conflicto lo agrava y ello se debe fundamentalmente al uso inadecuado de este recurso.

Palabras clave: Delitos de peligro abstracto, Protección penal, Bienes jurídicos colectivos, Legitimidad, Legalidad, Principios y garantías del derecho penal del enemigo.

ABSTRACT

The objective of the present investigation was to analyze the problems that arise between the need for criminal protection afforded to collective legal assets and the legitimacy of crimes of abstract danger based on the criminal law approaches of the enemy. For this, a legal investigation was carried out, due to its dogmatic nature, due to its qualitative nature. Among the results, it was found that the creation of the so-called “hypothetical dangerous crimes” category obeys an expansionist criterion of criminal law that, despite the objections that may be raised, finds full acceptance in the modern trend and even increases every day. This is due to the fact that it is no longer so much the sole protection of the individual legal asset, but rather the protection of social institutions or functional units of value, with which the preventive effect comes more easily at the time that the protection of the legal system is more institutional than individual. Research has shown that, in today's society, the legislator tends to expand unlimitedly, by resorting to the techniques of dangerous crimes, among others, the field of application of criminal law, giving it an elasticity that violates its fundamental principles. in order to respond to the social demand for greater repression against non-tolerated behavior. Most of the time, the penal norm far from solving the conflict aggravates it and this is mainly due to the inappropriate use of this resource.

Key Words: Abstract dangerous crimes, Criminal protection, Collective legal assets, Legitimacy, Legality, Principles and guarantees of the enemy's criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

El debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo parte de la constatación de un conjunto de realidades sociales que se podrían, quizás, sintetizar en tres grandes bloques: Por un lado, la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.

Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas: A la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad.

Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva

una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.

En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socio estatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal.

A su vez, la política criminal que pretendería dar respuesta a esa sociedad del riesgo podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos: En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético, el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráfico ilícitos de drogas.

En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas y que hasta entonces difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; a tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales – asociaciones de consumidores, ecologistas...- con la decidida inserción en los programas de la izquierda política de

propuestas de criminalización de esas actividades lesivas de los poderosos y, sobre todo, con el apoyo de unas mayorías sociales que se identificaban con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados.

En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: La contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado.

Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad: A las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de responsabilidades se ha de contraponer una actualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad político criminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales.

El derecho penal resultante de esa política criminal renovadora podría corresponderse con las siguientes notas esenciales:

1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; los componentes

materiales de esos bienes jurídicos marcarían diferencias respecto a buena parte de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales.

2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento.

3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: Se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación.

4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: Se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco.

En ese sentido, se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado; etc.

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar la problemática que se presenta sobre la necesidad de protección penal a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo.

Objetivos específicos

- a) Describir los fundamentos político-criminales sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo.
- b) Explicar la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos mediante los tipos penales de peligro abstracto en la sociedad de riesgo.
- c) Justificar si existe legitimidad de los tipos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo.
- d) Determinar los caracteres que permiten afirmar la legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto y su relación con el derecho penal del enemigo.

HIPÓTESIS

La creación de la denominada categoría delitos de peligro abstracto obedece a un criterio expansionista del derecho penal sustentado en el derecho penal del enemigo, en consecuencia, a partir de ello, el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad.

VARIABLES

Variable Independiente (X): Sociedad de riesgo

Variable Dependiente: Protección y legitimidad de los delitos de peligro abstracto

Variable Independiente (X): Sociedad de riesgo

Indicadores

- Derecho penal de riesgo
- Derecho penal del enemigo
- Peligrosidad
- Seguridad y orden publico
- Expansionismo penal

Variable Dependiente (Y): Protección y legitimidad de los delitos de peligro abstracto

Indicadores:

- Posiciones dogmáticas
- Protección penal del bien jurídico colectivo
- Protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor
- Política de seguridad
- Control social
- Nuevos comportamientos delictivos
- Técnicas de los delitos de peligro
- Demanda social

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra medio y de otros ámbitos-Regional, Nacional y Mundial; se ha podido encontrar los siguientes trabajos de investigación relacionados al problema de investigación planteado, entre los que podemos destacar:

Regalado Matías, Alfonso Federico (2017). “La inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto en el sistema penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad nacional Santiago Antúnez de Mayolo. El objetivo de la investigación fue determinar los principios y garantías constitucionales penales y procesales que son afectados con la creación de los delitos de peligro abstracto en el sistema penal peruano a fin de establecer su inconstitucionalidad; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, descriptiva, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al dogmático, exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que los delitos de peligro abstracto constituyen una respuesta del expansionismo penal, y que viene generado una retórica punitiva, fruto de un discurso incendiario instalado en nuestra sociedad, cuya consecuencia inmediata se evidencia en la desmedida injerencia del poder

sancionador en la vida particular de los individuos, contraria a los postulados del Derecho penal liberal, donde el legislador y gobierno viene creando tipos penales ignorando los principios y garantías penales y procesales minando y restringiendo sus libertades, por lo que los delitos abstractos no encuentra amparo en nuestra Constitución.

Shari Sherly Caruajulca Arce (2018). “Exigencias político criminales que impone una sociedad de riesgo en el derecho penal postmoderno”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Chiclayo. La expresión “sociedad del riesgo”, vio la luz en 1986, año en el que ocurriría el accidente nuclear de Chernobyl, considerado como el más grave en la escala internacional de accidentes nucleares y que además se constituyó en uno de los mayores desastres medioambientales de la historia. Este acontecimiento respaldó la tesis del sociólogo alemán Ulrich Beck, quien en su libro “La sociedad el riesgo: Hacia una nueva modernidad”, da cuenta del paso que ha dado nuestra sociedad industrial al transformarse en una sociedad proliferadora de riesgos. Esto, a consecuencia del progreso científico tecnológico que ha traído consigo la modernidad. Partiendo de esta premisa, el plano normativo, ha tratado de adaptarse a la actual situación canalizando a través de la política criminal las necesidades que urgen ser atendidas en los nuevos ámbitos alcanzados por la modernidad donde la criminalidad se hace presente; a decir, en el plano ambiental, orden socioeconómico, tecnológico y demás. Siendo los riesgos el producto de acciones humanas que si bien es cierto buscan el progreso y el desarrollo, amenazan con la destrucción del entorno medio ambiental, la seguridad económica, el correcto ejercicio de la función pública; es que la doctrina ha concertado en su respuesta a

esta problemática, en el sentido de expandir el ámbito de aplicación del derecho penal que ahora actuaría también dentro de la esfera de la moderna criminalidad. Sin embargo, en el intento de brindar mayor seguridad, se ha hecho mal uso de la expansión del derecho penal, aplicándolo dentro de ámbitos que ya estaban regulados, dando origen a movimientos como el de “ley y orden”; que no son más que el resultado de lo que aquí llamaremos la “expansión intensiva”.

Lara Ontaneda Iglesias (2017). “Los delitos de peligro: Tratamiento doctrinal y jurisprudencial”. Trabajo de fin de grado. Universidad de Cantabria. España. Contiene un estudio profundizado de la categoría los delitos de peligro, su estructura, sus distintas clasificaciones y el tratamiento jurisprudencial que han recibido. En primer lugar, se estudia la evolución que esta categoría ha sufrido hasta adoptar la forma que tienen hoy en día en el Código Penal Español, mencionando la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que ha modificado el Código Penal y cómo ha afectado a determinados artículos, configurados como delitos de peligro. Además, se analizan sus características, el bien jurídico protegido y el concepto de “acción peligrosa” y “peligro”, esencial en su estructura. A continuación, se analiza la clasificación de los delitos de peligro, ya que durante su evolución han ido siendo catalogados de distintas maneras y han recibido múltiples nombres, hasta llegar a la actualidad, donde existe cierta unanimidad al respecto. En este sentido, este trabajo se detiene en los delitos de peligro abstracto y peligro concreto, por ser las dos categorías más importantes en esta materia. No obstante, también se abordan los delitos de idoneidad lesiva, denominados en ocasiones “de peligro hipotético” o incluso “de peligro abstracto-concreto” -en donde encuentran su origen-, categoría relativamente nueva, que supone una mezcla entre las dos

primeras. Por último, aún en el estudio de la clasificación de los delitos de peligro, se estudia la cuestión del resultado típico como elemento para diferenciar las distintas categorías de delitos de peligro, teniendo en cuenta la importancia que implica el “resultado” a efectos del juicio ex post que han de realizar los jueces.

Ricardo Antonio Cita Triana (2010). “Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica”. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho, línea de profundización en Derecho Penal. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. En el presente trabajo se analiza la problemática de los delitos de peligro abstracto y su empleo en el derecho penal. En primer lugar, se realiza una presentación de aspectos generales, como el concepto y la clasificación tradicionales. En segundo lugar, se presentan los esquemas dogmáticos que justifican y legitiman el empleo de tales delitos. Luego se analizan las fundamentaciones a la luz de la teoría del bien jurídico, para afirmar con ello la impertinencia de los delitos de peligro abstracto en las legislaciones penales democráticas, con lo cual se reconoce que tales delitos son criminalizaciones de la desobediencia, delitos de peligrosidad. Por tanto, sólo se admite la existencia de delitos de puesta en peligro, en la cual ha de ser demostrada la relación negativa con el bien jurídico. En último lugar, se presenta un análisis de algunos puntos de la legislación penal colombiana a propósito de las dificultades derivadas de la parte general del código penal vigente. Termina el trabajo con un excursus sobre la importancia de la relación entre la política criminal y la dogmática jurídico penal.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La sociedad del riesgo

Como es de total conocimiento, nuestra actual sociedad se caracteriza fundamentalmente por sus acelerados cambios científicos y tecnológicos; prueba de ello es que, hoy por hoy, podemos realizar diferentes actividades que no necesitan de mayor esfuerzo; como, por ejemplo, transacciones económicas a través de un computador, comunicaciones a tiempo real con el otro extremo del mundo y sin costo adicional, videoconferencias, etcétera. A causa de ello podemos afirmar que tanto la ciencia y la tecnología se han ido apoderando completamente de la vida social, económica y hasta personal, profesional y familiar del ser humano.

A causa de los avances científicos señalados anteriormente nuestra sociedad ha sido calificada como “sociedad de riesgos”¹ o “sociedad del riesgo”, concepto acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en el año de 1986 en su obra “La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad”², cuyas características se basan en su complejidad y dinamicidad; esto, porque si bien es cierto los cambios producidos en nuestra sociedad permiten su desarrollo, también han incluido con ello actividades generadoras de peligro en el ámbito económico, ambiental, industrial, de justicia; actividades que a la vez producen ciertas conductas

¹ La expresión en alemán incluye el término riesgo en singular, por ello se suele traducir como “sociedad de riesgo” o “sociedad del riesgo”, pero la alusión genérica al riesgo permite también hablar de “sociedad de riesgos”. Al respecto en MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Editora CIVITAS. Primera edición. Madrid, p. 25

² ULRICH, Beck (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Editorial Paidós, Barcelona.

reprochables que antes no se manifestaban y que ahora están íntimamente ligadas o son producto directo del desarrollo científico-tecnológico de nuestra sociedad.

Beck da inicio a su obra analizando la transformación estructural experimentada por el conflicto en las sociedades industrializadas y afirma que en ellas actualmente los conflictos sociales ya no se relacionan con el tema de la distribución de la riqueza, sino con la distribución de los riesgos. Es por ello que afirma que la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social de riesgos³.

Por ejemplo, la sociedad de riesgo mundial conlleva la globalización ecológica como politización involuntaria⁴ y da el poder a las empresas transnacionales⁵, porque, como dijera WEBER, una teoría de la acción es una teoría del 'riesgo' al mismo tiempo que una teoría de la 'causalidad'⁶. 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 humanos⁷.

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

³ Ibid, pp. 25 y ss.

⁴ ULRICH, Beck (2001). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, traducido por Bernardo Moreno y Rosa Borrás, Editorial Paidós, Barcelona, p. 65.

⁵ Ibid., p. 169.

⁶ WEBER, Max (1967). El político y el científico, traducido por Francisco Rubio Llorente, Editorial Alianza, Madrid, p. 11.

⁷ ULRICH, Beck (2005). La mirada cosmopolita o la guerra es la paz, traducido por Bernardo Moreno Carrillo, Editorial Paidós, Barcelona, pp. 194 y ss.

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 transeúntes⁸. 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 Pública⁹. 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”)¹⁰. 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 lo devoran: aquellos extraños que arrasan sin compasión la obra del hombre. Los riesgos

⁸ ULRICH, Beck. “La sociedad del riesgo...”. Ob. Cit., pp. 27-28.

⁹ ALLER, Germán (2005). “Responsabilidad penal médica”. En: Criminología y Derecho penal, Tomo I, libro en coautoría con Miguel Langon, Del Foro, Montevideo, pp. 169 y ss.

¹⁰ HOBBS, Thomas (1999). Tratado sobre el ciudadano. Traducido por Joaquín Rodríguez Feo, Editorial Trotta, Valladolid, p. 2.

creados por el hombre crecen y generan conciencia pública del riesgo y, se concreten o no en un daño real, producen consecuencias en lo fáctico¹¹.

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 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 riesgos¹². Así, indica BECK que la percepción del peligro ecológico

¹¹ ALLER, Germán. Ob. Cit., p. 182.

¹² ULRICH, Beck. “La sociedad del riesgo...”. Ob. Cit., p. 29.

global empuja a muchos al fatalismo y por los conflictos que resultan de los riesgos se politizan ámbitos que no estaban politizados¹³.

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 naturaleza¹⁴. 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

¹³ ULRICH, Beck “¿Qué es la globalización?...”. Ob. Cit., p. 141.

¹⁴ HANS, Welzel (1956). “Prólogo del autor para la edición española”, en Derecho penal. Parte General, traducido por Carlos Fontán Balestra, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. VIII.

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 congéneres¹⁵.

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 perseguidos en algunos lugares, en determinados momentos de la historia, en específicas circunstancias¹⁶, como relataba BECKER al referirse a los adictos¹⁷. 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

¹⁵ ULRICH, Beck. "La sociedad del riesgo...". Ob. Cit., p. 11.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ SAUL BECKER, Howard (1964). *The other side. Perspectives of Deviance*, traducido por Antonio Ribera Jordá, Editorial Sagitario, Barcelona, p. 3.

sociedades del riesgo no son sociedades de clases¹⁸. 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 ellos¹⁹, apareciendo un destino adscriptivo de peligro del que no hay aparente manera de escapar²⁰.

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'²¹.

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

¹⁸ ULRICH, Beck. "La sociedad del riesgo...". Ob. Cit., pp. 40-42.

¹⁹ Ibid., p. 43.

²⁰ Ibid., p. 12.

²¹ Ibid., p. 25.

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 evitable²², pero ocurre que la sociedad industrial del riesgo proviene de una fractura de la modernidad post sociedad industrial y la sociedad del riesgo es consecuencia de la obsoleto de la industrial²³, 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 similar²⁴. 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 beneficiarán²⁵; 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, la empresa de seguridad y múltiples otras

²² Ibid., p. 14.

²³ ULRICH, Beck (2001). “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., traducido por Jesús Alborés, Alianza Universidad, Madrid, p. 18.

²⁴ Ibid., p. 44.

²⁵ Ibid., p. 53.

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 alcohol²⁶.

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 consecuencias²⁷, 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 verdad²⁸.

El Interaccionismo simbólico de LEMERT²⁹, BLUMER³⁰, BECKER³¹ y otros (antecedidos por THOMAS y TANNENBAUM), parte de definiciones que son asignadas mediante procesos de estigmatización negativa (desviación primaria)

²⁶ ULRICH, Beck (1993). "De la sociedad industrial a la del riesgo". En: ¿Hacia una sociedad del riesgo?, AA. VV., traducido por Alejandro del Río Herrmann, Revista de Occidente, N.º 150, Madrid, pp. 19-20.

²⁷ ISAAC THOMAS, William (1924). *The Unadjusted Girl*, Londres, traducido por Jesús Alborés, Alianza Universidad, Madrid, p. 81.

²⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁹ MARVIN LEMERT, Edwin (1951). *Social Pathology*. traducido por Carlos Fontán Balestra, Editorial Depalma, Buenos Aires, pp. 75-76.

³⁰ BLUMER, Herbert (1969). *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*. Traducido por Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, pp. 64 y ss.

³¹ SAUL BECKER, Howard. *Ob. Cit.*, pp. 15 y ss.

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 asumir³². 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 desconocido³³. 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 operaciones³⁴.

Pero también las ciencias sociales se han interesado por el análisis del riesgo: antropólogos, politólogos, sociólogos, penalistas y criminólogos como categoría relevante³⁵. 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 medida³⁶. Desde el punto de vista de la sociedad del riesgo, éste se vincula al concepto de seguridad como categoría de contrapunto,

³² LUHMANN, Niklas (1996). "El concepto de riesgo". En: Las consecuencias perversas de la modernidad, AA.VV., traducido por Celo Sánchez Capdequí, Editorial Anthropos, Barcelona, p. 123.

³³ *Ibid.*, pp. 130-131.

³⁴ *Ibid.*, p. 125.

³⁵ *Ibid.*, pp. 126-127.

³⁶ *Ibid.*, p. 129.

aunque éste resulta un concepto vacío, como el de sano en la relación enfermo/sano³⁷.

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)³⁸. Como describe LUHMANN, conjugando riesgo y peligro, la seguridad habría de ser la aversión al riesgo y la evitación del peligro³⁹. Los aviones generan una gran cantidad de riesgos por el obrar humano y sus numerosas posibilidades de error, pero cuanto más control 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.

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 decisiones⁴⁰. 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

³⁷ Ibid., pp. 141-142.

³⁸ Ibid., p. 144.

³⁹ Ibid., p. 146.

⁴⁰ ULRICH, Beck (1996). "Teoría de la sociedad del riesgo". En: Las consecuencias perversas de la modernidad, AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, p. 201.

reflexiva⁴¹, 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 occidental⁴². 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 colectivamente⁴³, 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 decisiones⁴⁴.

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 el acaecimiento de un accidente tras otro y la concreción del peligro en daño⁴⁵. 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 riesgos⁴⁶. Posiblemente, los peligros para la vida que no pueden ser cambiados por el hombre encierran menos riesgos, pero quizá mayor certeza de su realización.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 202 y ss.

⁴² ULRICH, Beck. “La reivindicación de la política...”. *Ob. Cit.*, p. 14.

⁴³ ULRICH, Beck, “Teoría de la sociedad del riesgo”. *Ob. Cit.*, p. 203.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 206.

⁴⁵ ULRICH, Beck. “De la sociedad industrial a la del riesgo”. *Ob. Cit.*, p. 28.

⁴⁶ ULRICH, Beck. “Teoría de la sociedad del riesgo”. *Ob. Cit.*, p. 206.

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 evitación⁴⁷. 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 riesgo⁴⁸.

A mayor abundamiento, conforme a lo descrito por HERZOG, muchos efectos peligrosos o directamente dañinos sólo pueden ser entendidos por el 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, mundial⁴⁹.

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-

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 214.

⁴⁸ ULRICH, Beck. “De la sociedad industrial a la del riesgo”. *Ob. Cit.*, p. 25.

⁴⁹ HERZOG, Félix (1991). “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”. En: *Nuevo Foro Penal*, N.º 53, AA. VV., traducido por Elena Larrauri, Bogotá, Temis, p. 303.

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)⁵⁰.

2.2.1.1. Características de la Sociedad de Riesgo

Siguiendo a Mendoza Buergo⁵¹, quien con más precisión desarrolla un apartado en su obra “El Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo” sobre el tema que nos compete, podemos afirmar que tres son los rasgos más resaltantes de una sociedad de riesgo:

El primero sería el cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de las otras épocas, puesto que, a diferencia de los peligros que amenazaban al hombre con desastres naturales o plagas en otras épocas, los actuales son “artificiales”, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste⁵². Además de ello, los actuales riesgos tienen la característica propia de ser de grandes dimensiones; es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, estos riesgos de la modernización son consecuencias secundarias del progreso tecnológico y se constituyen siempre como efectos indeseados, no previstos y a veces hasta

⁵⁰ NOYA MIRANDA, Javier (1993). “Riesgo o sociedad: ¿es esa (toda) la cuestión?”. En: ¿Hacia una sociedad del riesgo?, AA. VV., Revista de Occidente, N° 150, Madrid, pp. 111-112.

⁵¹ MENDOZA BUERGO, Blanca (1999). “Exigencias de la Moderna Política Criminal y Principios Limitadores del Derecho Penal”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LII. Madrid, p. 25.

⁵² JIMENEZ DIAZ, María José (2014). “Sociedad del riesgo e intervención penal”. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. N° 16-08, 2014. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. p. 3

imprevisibles. Ante esta situación, surge el problema de la imputación y la atribución de responsabilidad por las consecuencias indeseadas, tanto a las personas singulares como a las empresas o las autoridades administrativas implicadas⁵³; ya que, como refiere Beck, en una caracterización de los nuevos riesgos, considera que éstos, no serían imputables según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad, ni serían susceptibles de ser objeto de seguro.

La segunda característica se circunscribiría en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad; es decir, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas⁵⁴, esto a causa de la creciente sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter colectivo, determinando así que la responsabilidad se ramifique cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas.

El presente fenómeno de la interacción o interrelación de distintos procesos y la complejidad de los mismos es de tal magnitud que ha llegado a hablarse a este respecto de una “irresponsabilidad organizada”⁵⁵, en el sentido de que cuanto más

⁵³ Ibidem

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2014). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. Nº 07-01, 2014. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Pág. 3

⁵⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Óp. Cit. p. 29. Adicionalmente, el autor explica que: “El riesgo y la responsabilidad están intrínsecamente relacionados, como el riesgo y la confianza, o el riesgo y la seguridad (seguros y seguridad). ¿A quién puede atribuirse la responsabilidad (y por tanto los costes)? ¿O vivimos en un contexto de “Irresponsabilidad organizada”? Éste es uno de los principales puntos de la mayoría de conflictos de nuestra época. Algunos creen que el riesgo induce control, de modo que cuanto mayor el riesgo mayor la necesidad de controlabilidad. El concepto de “sociedad de riesgo global”, sin embargo, llama la atención sobre la controlabilidad limitada de los peligros que nos hemos creado. La principal cuestión es cómo tomar decisiones en condiciones de incertidumbre fabricada, cuando no sólo es incompleta la base de conocimiento, sino que el disponer de más y mejor conocimiento frecuentemente supone más incertidumbre”.

compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo y menos su sensación de responsabilidad.

Y, por último, el tercer rasgo caracterizador de una “sociedad del riesgo”, que como señala la autora, se desprende de los dos primeros, es la sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, situación que se ve potenciada por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él⁵⁶. Todo ello hace que los ciudadanos reclamen, cada vez y con mayor intensidad, la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.

2.2.2. El derecho penal del enemigo y el derecho penal de riesgo

Mediante la doctrina del “Derecho penal del enemigo” Jakobs se planteaba: si a aquellos individuos definidos como peligrosos en función de su habitualidad y reincidencia delictiva (persistencia criminal), estilo de vida o presumible rechazo al sistema institucional se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartan del rol de ciudadano y por ello se tornan enemigos de la sociedad.⁵⁷

En ese sentido, el Derecho Penal del Enemigo trabaja sobre la base de las normas penales, tiene un fuerte sentido normativista y pretende actuar siempre amparado por un marco jurídico que lo sustente, así lo explicita también Jakobs exponiendo que “un Derecho Penal del enemigo implica un comportamiento

⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Óp. Cit. p. 4

⁵⁷ JAKOBS, Günter (2003). “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: Derecho penal del enemigo, Trad. Cancio Meliá, M. Editorial Civitas, Madrid, p. 47.

desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”.⁵⁸

En tal sentido puede concluirse que el Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe Jakobs⁵⁹: un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que está considerado necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho penal del ciudadano).

La razón de ser de este combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (“personas en derecho”) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad.

Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere de un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en el mundo real. De la mismas se deriva, no solo un derecho a la seguridad, sino un verdadero derecho fundamental a la seguridad.⁶⁰

En tal sentido el jurista alemán, establece que su teoría o doctrina del derecho penal del enemigo no es constitutiva sino descriptiva, y lo que él propone es

⁵⁸ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, p. p. 22.

⁵⁹ POLAINO-ORTS, Miguel (2006). Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Editorial Grijley, Lima, p. 29.

⁶⁰ *Ibidem*

establecer un procedimiento propio o particular, dentro del derecho penal, para los sujetos que denomina “enemigos”.

En consecuencia, 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 prevención⁶¹.

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 alarma⁶².

Esta aseveración puede ser considerada como un antecedente de las actuales respuestas penales relativas a la mentada sociedad del riesgo⁶³. 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, parecería

⁶¹ JAKOBS, Günther (2004). “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., traducido por Teresa Manso Porto, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 57.

⁶² GAROFALO, Raffaele (1885). Criminologia, Editorial Fratelli Bocca, Turín, p. 405.

⁶³ ALLER, Germán (2002). “Peligrosidad y Derecho penal”. En: Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy, AA. VV., Rosgal, Montevideo, p. 13.

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 subordinado⁶⁴.

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 estas 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

⁶⁴ MAURACH, Reinhart (1962). Tratado de Derecho penal. Tomo I, traducido por Juan Córdoba Roda, Editorial Ariel, Barcelona, p. 255.

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 penas⁶⁵. Por tanto, en la sociedad del riesgo habrá un Derecho penal expansivo, con los tipos 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.

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 sociedad⁶⁶. Asimismo, HILGENDORF señala que el Derecho penal puede ser un medio adecuado o necesario para contrarrestar y preservarse de

⁶⁵ PRITTWITZ, Cornelius (2004). “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., traducido por Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 150-151.

⁶⁶ Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Editorial Civitas, Madrid, p. 127.

los nuevos riesgos⁶⁷. 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 moderna⁶⁸.

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 político⁶⁹. 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 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 perjudicado⁷⁰. Sobre lo concerniente a la seguridad y el riesgo como su contrapartida, parece acertado el pensamiento de DAHRENDORF: la respuesta al

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 34.

⁶⁸ HERZOG, Félix. *Ob. Cit.*, p. 304.

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 306-307.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 311.

problema de la ley y el orden puede resumirse en una expresión: construcción de instituciones⁷¹.

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 social⁷².

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 moderno⁷³, que también KÖHLER la rechaza⁷⁴.

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

⁷¹ DAHRENDORF, Ralf (1998). Ley y orden, traducido por Luis María Díez-Picazo, Civitas, Madrid, p. 153.

⁷² HASSEMER, Winfried (1995). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". En: Pena y Estado, AA. VV., traducido por Elena Larrauri, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, p. 33.

⁷³ Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. Cit., p. 145.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 115.

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 simbólico⁷⁵.

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 sistema⁷⁶, y así se canaliza la llamada sociedad del riesgo hacia el circuito penal⁷⁷.

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 futuro⁷⁸.

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 inseguridad⁷⁹.

⁷⁵ Ibid., p. 95.

⁷⁶ ENRICO PALIERO, Carlo (2004). “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., traducido por María José Pifarré, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 91.

⁷⁷ Ibid., p. 95.

⁷⁸ ALBERTO DONNA, Edgardo (2004). “¿Es posible el Derecho penal liberal?”. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo, AA. VV., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 211.

⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”. En: Derecho penal y política transnacional, AA. VV., coordinadores Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Editorial Atelier, Barcelona, p. 245.

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 penal⁸⁰ y creación de bienes jurídicos difusos, universales o supraindividuales⁸¹. 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 penal⁸² y a la expansión del Derecho penal en lo referido especialmente a la seguridad⁸³.

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 terrenos⁸⁴.

⁸⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. Cit., p. 92.

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 156-157.

⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Ob. Cit., p. 247.

⁸³ *Ibíd.*, p. 256.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 112.

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, el cual cumple la función de anticiparse a los posibles peligros mediante la gestión de prevención⁸⁵. 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)⁸⁶, obviamente vinculándose a los conceptos de previsibilidad y su evitabilidad⁸⁷.

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 uno⁸⁸. 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.

⁸⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca (2005). “El Derecho penal ante la globalización: el principio de precaución”. En: Derecho penal y política transnacional, AA. VV., coordinadores Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá, Editorial Atelier, Barcelona, pp. 326 y ss.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 329.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 336.

⁸⁸ ZIELINSKI, Diethart (2004). Dolo e imprudencia. Traducido por Marcelo A. Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 115-116.

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’⁸⁹. Esto lleva a pensar como NELLES en cuanto que la globalización conduce a la disolución de las fronteras de la Ciencia del Derecho penal⁹⁰.

2.2.3. Los tipos de delito de peligro

2.2.3.1. Concepto y clases

Se trata de un concepto caracterizado por la concurrencia de dos elementos: es, en primer lugar, una posibilidad lesiva inminente, no una lesión contrastada; además la eventualidad lo es de un mal que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico⁹¹.

⁸⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca (2003). “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., Editorial Atelier, Barcelona, p. 81.

⁹⁰ NELLES, Úrsula (2004). “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”. En: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, AA. VV., traducido por María José Pifarré, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 456-457.

⁹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan (1999). “Peligro abstracto y garantías penales” en: Nuevo Foro Penal, N° 62, p. 69. Disponible: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>.

A) Probabilidad⁹²

Que la posibilidad sea más o menos intensa, de modo que quede en mera posibilidad, o que se transforme en probabilidad, ha sido cuestión discutida en la doctrina, pero en términos que hoy deben estimarse superados. Rechazada la utilización determinante de criterios matemáticos o estadísticos -la crítica a los cuales terminó por alcanzar al propio concepto de probabilidad- y aceptada la necesidad de manejar criterios normativos, parece obvio que la mera posibilidad de que se produzca un resultado no autoriza a hablar de peligro; este supone un "grado apreciable de posibilidad", "posibilidad relevante" o, lo que es lo mismo, "probabilidad".

Lo que no requiere la constatación de un coeficiente matemático exacto. La acción ha de ser peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido con carácter general por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre la idoneidad lesiva, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Y el juez ha de decidir si esa acción está jurídico-penalmente prohibida, decisión que no es posible adoptar en el plano del ser, sino en el del deber ser.

B) El peligro para un bien jurídico como resultado⁹³

La prohibición penal se basa, precisamente, en la eventualidad de lesión. Lo penalmente prohibido es la creación de riesgo para un bien jurídico. En este sentido,

⁹² *Ibíd.*, p. 70

⁹³ *Ibíd.*, p. 70.

los delitos de lesión, o de resultado lesivo, y los de peligro, presentan un objeto jurídico de protección idéntico. Lo que, por otra parte, parece requisito condicionante de legitimación: el sistema penal se dirige a la protección de bienes jurídicos, y esa característica ha de acompañar, también, a los tipos de peligro.

La conmoción para el bien jurídico, que no es distintiva de los delitos de peligro puesto que la lesividad es nota predicable de todas las manifestaciones de delincuencia, ha de manifestarse mediante un resultado concebido en sentido fáctico, es decir, mediante una modificación del entorno exterior al comportamiento excluido y separable de él espacial o temporalmente.

El peligro se afirma en referencia a un bien jurídico. De otro modo no estaría justificada la intervención penal. Y según la naturaleza de la relación del comportamiento peligroso con ese bien jurídico se habla de peligro concreto y de peligro abstracto.

A) Peligro concreto⁹⁴

Los delitos de peligro concreto implican, ya en la terminología de BINDING, una "conmoción" para el bien jurídico, probablemente afectado por haber estado en relación espacial y temporal inmediata con la fuente de peligro⁹⁵. Suponen, pues, la probabilidad de lesión de un bien jurídico que se produce por la puesta en peligro de un objeto material o jurídico determinado (p. ej., vida).

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 72.

⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. (1994). *Manual de derecho penal, Parte general*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 264.

Por eso las definiciones que consideran como delitos de peligro concreto a aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, no pueden estimarse suficientes. No puede bastar para fundamentar tal calificación con que en la tipificación se haya establecido expresamente la necesidad de provocación probada de una situación de riesgo, que, por tanto, no puede presumirse como necesariamente derivada de ciertas conductas", pues con ello no se hace sino definir el peligro. Pero para que este merezca la consideración de concreto es preciso exigir algo más: la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo para un objeto material o jurídico determinado.

La constatación de que se afectó a las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a este en situación próxima a la lesión, requiere de un análisis ex post no solo sobre la entidad del peligro creado, sino también sobre su proximidad al bien jurídico.

B) Peligro abstracto⁹⁶

Cuando no es necesario comprobar la puesta en peligro de una parcela o manifestación concreta del bien jurídico, el delito será de peligro abstracto. Lo que no implica que la conducta carezca de lesividad: que el peligro sea real y la conducta peligrosa, aunque no se requiera la constatación en el caso concreto de que lo sea para un objeto (material o jurídico) individualizado".

Es en este sentido en el que GALLAS entendía que los denominados delitos de peligro abstracto-concreto son una modalidad de los de peligro abstracto, que se

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 73.

distinguen por no exigir la puesta en peligro de un bien jurídico determinado, sino por implicar la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de un tipo determinado.⁹⁷

Desde ese punto de partida, la doctrina se ha diversificado entre las tesis que se conforman con una peligrosidad que se da por regla general en la acción típica y las más representativas, que, requieren la verificación en todo caso de la peligrosidad de la acción. La confirmación de presencia de efectiva peligrosidad requiere, por ejemplo, de un juicio ex ante.

En efecto, los tipos de peligro abstracto se conforman con la constatación de la peligrosidad de la conducta, y no requieren una comprobación de afectación, potencial, a un objeto en que se materialice el bien jurídico o a una manifestación concreta del mismo. Por tanto, advenir ese extremo, a efectos de la subsunción de la conducta en un tipo de peligro abstracto, sería "absolutamente irrelevante".

Pero debemos insistir en que el juicio ex ante no se identifica con una valoración estadística efectuada por el legislador, en cuyo caso el peligro sería solo presunto ---que dejaría ayuna de legitimidad a la intervención punitiva- sino en una valoración de la peligrosidad del comportamiento, realizada por el juzgador.

Lo que implica que se requiere un juicio que verse tanto sobre las características que, a priori, reúne el comportamiento como sobre sus efectos. En este sentido ha de concurrir, también, un juicio ex post que advierte que la conducta fue peligrosa porque generó peligro, pero que no es un juicio elaborado a partir del

⁹⁷ WILHELM GALLAS, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en AA. W., en Festschrift für Ernst Heilmann z. 11111 70 Gaburgstag, Berlin-New York, 1972, págs. 175 y 176. Citado por Juan TERRADILLOS BASOCO, ob. Cit., p. 73.

objeto material o jurídico específicamente sometido a situación de riesgo como ocurría en los delitos de peligro concreto⁹⁸.

2.2.3.2. Delitos de peligro. Importancia de la cuestión

Los tipos penales pueden clasificarse en tipos de pura actividad y tipos de resultado. Dicha clasificación obedece a la suficiencia o no de la conducta prohibida para la consumación del tipo penal. Dentro de los tipos de resultado, podemos distinguir los tipos de lesión y los tipos de peligro. Tal clasificación depende de la intensidad de ataque al bien jurídico; esto es, si la ofensa al bien jurídico de que se trate consiste en una lesión en sentido estricto (daño o modificación del objeto material sobre el cual recae la conducta prohibida) o en un peligro o riesgo de lesión.

A su vez, tradicionalmente los tipos de peligro se han sistematizado en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto según si el tipo penal se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico protegido, o cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico. Además de esta clásica distinción, alguna parte de la doctrina ha incluido los delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial o de aptitud y delitos de peligro abstracto-concreto, entre otros. Estas divisiones obedecen, en la gran mayoría de las veces, a peculiaridades de los bienes jurídicos afectados, más que a categorías determinadas.

El objeto de este apartado del proyecto de nuestro proyecto de investigación se ciñe al estudio de los delitos de aptitud, de peligro potencial o hipotético como

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 74

categoría dentro de los delitos de peligro o bien como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto. Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez⁹⁹. Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento “idóneo” para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha “idoneidad” un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente.

Esta categoría de delitos tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto¹⁰⁰ para poder así tutelar los bienes jurídicos colectivos. Ello motivó que la jurisprudencia española dejara de considerar a los delitos contra el medio ambiente como tipos de peligro concreto, reinterpretando que la conducta proscripta por dicha norma exigía un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico y no un resultado concreto de peligro.

Entonces, podemos decir que la contribución de esta categoría radica en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo “idoneidad del comportamiento”, apto para producir peligro para el bien jurídico, solucionándose de esta manera los problemas probatorios de los tipos de peligro concreto. No obstante, ello, no debemos dejar de expresar que esta novedosa categoría ha sido

⁹⁹ MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos (1998). Derecho Penal Económico, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p.111.

¹⁰⁰ Los cuales requieren la comprobación de una real o efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

objetada por parte de la doctrina por no adecuarse a los principios del derecho penal -legalidad, lesividad u ofensividad, culpabilidad-.

En esta sociedad de riesgo¹⁰¹ que habitamos, los avances tecnológicos se insertan en todos los aspectos de nuestras vidas, y tienen como contrapartida la generación de nuevos riesgos, lo cual impulsa una intervención penal en ámbitos ajenos a los tradicionales, planteándose problemas dogmáticos aún no resueltos. En este sentido, los delitos de peligro han adquirido una importancia transcendental en los últimos tiempos. Así, la mayoría de las legislaciones¹⁰² que contienen delitos económicos recurren a la técnica de los delitos de peligro a los fines de tipificar comportamientos arriesgados o peligrosos propios de la actual sociedad.

2.2.3.3. Bienes jurídicos colectivos en la criminalidad económica

Como consecuencia de lo anterior, se crean los denominados bienes jurídicos macrosociales o colectivos, los cuales justificarían la actuación del Derecho Penal con antelación a la lesión de los bienes jurídicos personales, produciéndose como resultado una expansión del ámbito de actuación clásica del Derecho Penal, estando estrechamente vinculados la creación de estos nuevos bienes jurídicos con la creación y proliferación de los delitos de peligro.

Así, "...puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro

¹⁰¹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz (2007). "Tipificación del riesgo y delitos de peligro". En: Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro. Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 126).

¹⁰² Es común la utilización de los tipos de peligro en los delitos relativos al medio ambiente, delitos contra la seguridad pública, delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, delitos contra la salud pública, delitos contra el orden público, delitos contra la fe pública, blanqueo de capitales y entre otros.

abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada.”¹⁰³

Ahora bien, corresponde aproximarnos a un concepto de bien jurídico colectivo, entendiendo por tal a aquellos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad-. Más precisamente, puede predicarse el carácter colectivo de un bien cuando éste sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a cada individuo¹⁰⁴. Además, este tipo de bienes se caracteriza porque no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que sí está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales.

En este sentido, podemos afirmar que la validez “material” de un bien jurídico-penal de carácter colectivo viene dada por diversos factores, entre los que se resalta su no distribuibilidad (no corresponde a una “suma de intereses individuales” sino a “un” solo interés colectivo, no excluyente). Así, por ejemplo en el caso de la seguridad colectiva, lo puede disfrutar cualquier vecino de una localidad. En consecuencia, cualquier atentado a estos bienes repercuten en la integridad física, la libertad y la vida misma.

Por su parte, Francisco Maldonado Fuentes¹⁰⁵, agrega como carácter de este tipo de bienes su transitividad a intereses individuales como reflejo de protección

¹⁰³ HEFENDEHL, Roland (2002). “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos, RECPC 04-14. Disponible en sitio web: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf, p. 10. Consultado el 10 de Marzo del 2015.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ MALDONADO FUENTES, Francisco (2006). “Reflexiones sobre la técnica de tipificación en los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”. Disponible en sitio web: www.derecho.uchile.cl/cej/Recej/recej%207/reflexiones%20sobre%20las%20tecnicas%20de%20ti

de intereses en definitiva individuales. Este último carácter es discutible. El mencionado autor sostiene que dicho carácter no obsta a que puedan adquirir relevancia en su naturaleza “colectiva” y por ello ser valorados independientemente a la lesión de los intereses individuales que representan, como de hecho ha sucedido desde antiguo (la fe pública, la probidad administrativa, etc.).

Y agrega dos órdenes de explicaciones a su teoría. En primer término, entiende que la naturaleza de los nuevos bienes jurídicos (abstracta y etérea) precisamente admite como única forma idónea de afectación al peligro, por las dificultades propias de determinación de una lesión a su respecto. La segunda explicación radica en el hecho de corresponder a intereses intermedios que, en este caso, buscan mediatizar la puesta en peligro para intereses individuales; es decir, cobran relevancia como forma de dar cabida al peligro para un interés individual, cuando éste aparece muy distanciado de determinadas conductas.

En contraposición, RONALD HEFENDEHL¹⁰⁶ sostiene que no debe confundirse la suma de bienes jurídicos individuales con el bien jurídico colectivo. Así, por ejemplo, en el ámbito de las drogas lo que se protege es la salud pública, un bien colectivo de carácter aparente, en tanto que lo que verdaderamente se protege es la salud de todos los miembros de la sociedad (una suma de bienes jurídicos individuales), lo cual tiene efectos decisivos porque sobre el bien individual el propio titular del mismo puede disponer y decidir.

[pificación%20de%20los%20llamados%20delitos%20de%20peligro%20en%20el%20moderno%20derecho%20penal.pdf](#), p. 29. Consultado el 14 de febrero del 2018.

¹⁰⁶ HEFENDEHL, Roland. Ob. Cit., p. 07

Al respecto, lo que el citado autor sostiene es, por un lado, que se debe intentar erradicar del ordenamiento penal los bienes jurídicos aparentes; y por el otro, que cada uno de los tipos que protejan bienes jurídicos colectivos deben analizarse desde la idea de acumulación¹⁰⁷, la cual nos sirve de equivalencia material a la relación que en el seno de la causalidad lesiva ha de darse entre acción y bien jurídico, lo cual también es controvertido en virtud de que se intenta justificar la afectación de un bien jurídico autónomo mediante la suma de conductas individuales que por sí mismas no son lesivas ni ponen en riesgo un determinado interés¹⁰⁸.

Como podrá apreciarse, pese a la discusión acerca de los caracteres que justifican la existencia de este tipo de bienes, no cabe duda que los bienes jurídicos colectivos están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra¹⁰⁹.

¹⁰⁷ La idea de la acumulación puede, a su vez, aplicarse fácilmente en el ámbito de los delitos medioambientales, puesto que los bienes ecológicos o recursos naturales representan bienes jurídicos y nos es problemático imaginar, a mayor o menor plazo, la existencia de un riesgo por acumulación de conductas. Veamos un ejemplo: si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en el cauce de un río, no sufrirá el agua en su función referida al hombre lesión alguna, tampoco podremos hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad. ¿Cuál podría ser aquí la causalidad? Sólo nos quedaría comprobar la idoneidad de la estructura del delito de peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa en la idea de acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en un gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas. (Cfr.: *Ibíd.*, p. 11).

¹⁰⁸ Al respecto SILVA SÁNCHEZ sostiene que “es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado...no hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en virtud de un juicio ex ante. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o – todavía mejor- peligro global”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1998). “¿Político criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”. En: AP, N° 23, Madrid, p. 443.

¹⁰⁹ Como por ejemplo: medio ambiente, libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico.

Si bien el auge de los mismos constituyó nuevas formas de protección en el campo del Derecho Penal, ante las modalidades cada vez más sofisticadas de ataque, estos no constituyen una categoría que se halle “por encima” o “más allá” del individuo, sino que están en función de todos los miembros de la colectividad por lo mismo que son complementarios de los bienes jurídicos individuales.

2.2.4. Derecho penal moderno

En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto¹¹⁰.

Así, el legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la Parte Especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. La consecuencia es que “en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. “Crítica al Derecho penal de hoy”. Ob. Cit., p. 140.

algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas”¹¹¹.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con Muñoz Conde¹¹², ese Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”.

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. Y la actuación de ese Derecho penal moderno ha generado problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. En: *Revista Penal*, N° 139, Barcelona, p. 48.

2.3. Definición De Términos¹¹³

- a. **Sociedad del riesgo.** - El concepto sociedad del riesgo, ampliamente definido por Beck, se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante elevada de estos «riesgos» está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos. La contaminación química, la modificación genética de organismos o los efectos del cambio climático son algunos ejemplos de nuevos riesgos ambientales que se vienen a sumar a las terribles consecuencias provocadas por la contaminación industrial en las últimas décadas del siglo XX.

- b. **Delitos de peligro.** - Se trata de delitos en los que el sujeto no requiere la lesión del bien jurídico, sino que basta con que la conducta sea la puesta en peligro del mismo, la amenaza a éste.

- c. **Delitos hipotéticos.** - Son aquellos delitos que carecen de eficacia práctica en una determinada sociedad, convirtiendo a las sanciones penales en meras conjeturas simbólicas.

¹¹³ Cfr.: LUJAN TÚPEZ; Manuel (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; BASTOS PINTO, Manuel (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; FLORES POLO, Pedro (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, Editorial Grijley, Lima. Así mismo Enciclopedia Jurídica Omeba, versión online, En: www.omeba.com.

- d. Derecho penal de riesgo.** - El Derecho Penal del riesgo se caracteriza por un síntoma de decadencia del Derecho Penal desde la perspectiva de un concepto kantiano del injusto y del Derecho Penal.
- e. Dogmática penal.** - La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente.
- f. Dogmática.** - La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor. La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema, aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación **Dogmática – Teórica**¹¹⁴, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio sobre la problemática que se presenta entre la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro hipotético sobre la base de los principios y garantías del derecho penal mínimo.
- **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**¹¹⁵, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño **Transversal**¹¹⁶, cuya finalidad es recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**¹¹⁷, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas

¹¹⁴ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Editorial Fecat, Lima.

¹¹⁵ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica, Editorial Fecat, Lima, p. 34.

¹¹⁶ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la Investigación, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

¹¹⁷ Ibid. p. 155

dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre la problemática que se presenta entre la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro hipotético sobre la base de los principios y garantías del derecho penal mínimo.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico¹¹⁸

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento; cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información y categorías que fue estudiada;
- b) selección de las unidades de análisis, y
- d) selección del sistema de análisis de la información
- e) Discusión, interpretación y sistematización de la información

3.2.1. Población¹¹⁹

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a la jurisprudencia existente sobre el problema de investigación.

¹¹⁸ ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251- 258.

¹¹⁹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 251- 258.

- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2018.

3.2.2. Muestra¹²⁰

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad, compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental y Personal en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información¹²¹.

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos

¹²⁰ *Ibíd.*, pp. 251- 258.

¹²¹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Ob. Cit.*, pp. 127-132.

fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo¹²², toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge recopila, analiza e interpreta la información, con la finalidad de comprender el problema planteado y buscar soluciones.

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica, por considerar que el derecho es una ciencia argumentativa¹²³. En consecuencia, partiendo que los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo, fue empelando para justificar los fundamentos de la sociedad de riesgo y la legitimación de los delitos de peligro hipotético en el marco del derecho penal mínimo.

¹²² BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Editorial Trillas, p. 43.

¹²³ Cfr. ATIENZA, Manuel (2006). El derecho como argumentación. Editorial Ariel, Barcelona.

Por lo que, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse, lo que permitió validar la hipótesis.¹²⁴

¹²⁴ ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Ffecaat, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss.

IV. RESULTADOS

4.1. Política Criminal en la Sociedad del Riesgo

Como lo hemos señalado, tanto los procesos de desarrollo económico, político, social, cultural y tecnológico, así como sus correspondientes crisis y conflictos, se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados y de las comunidades en los que se originan¹²⁵.

Dichas repercusiones, afectan también al ámbito de la criminalidad, que se propaga como un fenómeno más de la mundialización económica. En ese sentido, es necesario adentrarse en un tema más polémico aún; y es que, dentro de los sectores doctrinales que abordan la discusión sobre la Política criminal actual y el Derecho penal, se ha asentado la idea de que éstos responderían a un modelo concreto de sociedad.

Este modelo de sociedad al que se refieren, encuentra una explicación sociológica en la teoría de la sociedad del riesgo del profesor Beck, cuyos rasgos explicarían y determinarían la política criminal actual.

En consecuencia, se debe tener en cuenta que, si aceptamos el término caracterizador de “riesgo” para nuestra actual sociedad, se acepta consigo también determinadas consecuencias dentro de las concepciones, caracteres de una política criminal que haga frente a esos “riesgos” y posteriormente también un Derecho Penal que intervenga para responder a las nuevas demandas de protección que

¹²⁵ Ver en: BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Óp. Cit. pp. 7 y 8

requieran o impliquen ciertas transformaciones o adaptaciones de elementos estructurales y procesales. Es más, hasta pareciera necesario identificar también los cambios acordes con los principios básicos sobre los que se asienta el propio sistema¹²⁶. En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socio estatales que permitan controlar los riesgos, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, una nueva configuración de la política criminal.

La política criminal que pretendería dar respuesta a la sociedad del riesgo antes descrita, parte de cuatro grandes rasgos:

En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal¹²⁷, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales que surgen a raíz de la transformación de la sociedad misma; aparecen entonces nuevos valores, nuevas necesidades de tutela que antes no se conocían¹²⁸ cuya vulnerabilidad se habría potenciado. En consecuencia, la acentuación de la tutela penal se acrecienta sobre los nuevos o relativamente novedosos ámbitos, como la regulación en materia de recursos naturales, territorio y medio ambiente, ordenación de la economía¹²⁹.

En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de

¹²⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. Exigencias de la Moderna Política Criminal y Principios Limitadores del Derecho Penal. Óp. Cit. p. 280

¹²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. Óp. Cit. p. 4.

¹²⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Curso de Política Criminal. Óp. Cit. p. 156

¹²⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Óp. Cit. p. 47

“los poderosos”, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas.

El protagonismo adquirido por los intereses y demandas de las víctimas en el diseño de la reciente política criminal intervencionista se presenta como una reacción emancipadora de las clases sociales más desfavorecidas frente a la criminalidad de los poderosos, sujetos que se encontrarían detrás del conjunto de comportamientos que trata de atajar la actual política criminal expansiva¹³⁰. A tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales.

En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social. Se considera mucho más efectiva la prevención de tales conductas por medio del control social formal; en ese sentido se anticiparía el momento en que va a tener lugar la intervención penal, ya tipificando comportamientos que, con anterioridad, sólo eran considerados ilícitos administrativos, civiles o mercantiles¹³¹.

Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad. Dado el origen de los nuevos riesgos, su dificultad para atribuir su control y la amplia intervención de colectivos, el nuevo Derecho penal sufriría

¹³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. Óp. Cit. p. 11

¹³¹ JIMENEZ DIAZ. María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. Óp. Cit. p. 5

modificaciones en el sistema de imputación de la responsabilidad¹³² especialmente las atinentes a la relación de causalidad, el dolo y la imprudencia, la autoría y la participación¹³³, lo que se ha de hacer en función de la necesidad político criminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales.

4.2. Expansión del derecho penal como respuesta a las exigencias político criminales actuales

4.2.1. La Efectiva aparición de los nuevos intereses

En un mundo globalizado como el descrito, que nos brinda comodidad, desarrollo y un notable incremento en el bienestar individual, no conviene ignorar sus consecuencias negativas; puesto que a la par estamos viviendo en un mundo que ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el riesgo como medio natural de desarrollo¹³⁴

De acuerdo, al profesor Silva Sánchez cuando refiere que la aparición de nuevos intereses concretizados, en un primer término, en la aparición de nuevos bienes jurídicos y al aumento de valor experimentado por algunos que ya existían con anterioridad¹³⁵, se debe sin duda alguna a consecuencia de las nuevas realidades que antes no existían en la proporción actual. Por ejemplo, en el ámbito de las

¹³² Ibidem

¹³³ MENDOZA BUERGO, Blanca. Exigencias de la Moderna Política Crimina y Principios Limitadores del Derecho Penal. Óp. Cit. p. 287

¹³⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2003). Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. En Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo- El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Editores de la Universidad de Castilla- La Mancha. Primera edición. Cuenca, p. 241

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editora CIVITAS. Segunda edición. Madrid, p. 25.

realidades inherentes al desarrollo tecnológico y económico, surgen nuevos intereses de carácter supraindividual, los llamados intereses colectivos¹³⁶; así ocurre en materia de protección del medio ambiente, del orden socioeconómico, etc. Se trata de intereses que se consideran dignos de protección jurídica, entre otras razones, porque por detrás de ellos, subyacentes a ellos, existen intereses individuales¹³⁷.

Ahora, la noción de acudir al derecho penal para contrarrestar los nuevos riesgos, propios de nuestra actual sociedad, a fin de evitar la lesión o puesta en peligro de intereses vitales para ella, se basa también en el entendimiento de que el desarrollo científico y tecnológico, el afianzamiento de los medios de comunicación y la integración de los mercados, dan origen a nuevas formas de criminalidad, más sofisticada, “ajustada”.

En palabras de Pariona Arana¹³⁸, a estos nuevos tiempos, una criminalidad que hace uso de la tecnología, conocimientos científicos y modernas formas de organización. Así tenemos una criminalidad organizada, una criminalidad informática, una criminalidad cometida al amparo del ejercicio del poder, una criminalidad económica, entre otras formas de manifestación¹³⁹.

¹³⁶ FELLER SCHLEYER, Claudio (2005). El derecho penal en la sociedad actual: Un riesgo para las garantías penales. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Núm. XXVI. Valparaíso, p. 43.

¹³⁷ Ibidem

¹³⁸ PARIONA ARANA, Raúl (2005). Aproximaciones al derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica, en Reyna Alfaro, Luis M. (coord.), “Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa”. Ara Editores. Lima, p. 259.

¹³⁹ Ibid. p. 260.

4.2.2. La nueva criminalidad y nuevos bienes jurídicos

La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades¹⁴⁰.

En ese sentido, podemos distinguir tres formas de criminalidad del poder, teniendo en común su carácter de criminalidad organizada: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos¹⁴¹; cada una de ellas afectando bienes jurídicos que hasta hace algunos años no gozaban de protección penal.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los poderes criminales, es el crimen organizado manifestado en el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias. La criminalidad organizada ha existido siempre, pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes¹⁴² a tal punto

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi (2006). Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. En: Garantismo Penal. En: Colección de lecturas jurídicas. Núm. 34. Primera edición. México, p. 31.

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi (2006). Criminalidad y globalización. En Garantismo Penal. En: Colección de lecturas jurídicas. Núm. 34. Primera edición. México, p. 71.

¹⁴² Ibid. p. 72.

que han logrado transformar un mercado de ingresos ilegales organizados de forma artesanal en un mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente¹⁴³.

Ahora, tal como lo manifiesta Luigi Ferrajoli, el crecimiento de este tipo de criminalidad se da a consecuencia del beneficio que se obtiene paradójicamente de la explotación y reclutamiento de personas que pertenecen al grupo de los más pobres. Piénsese por ejemplo en los pequeños distribuidores; en el caso del tráfico ilícito de drogas; o quizá en los fanáticos que son reclutados por grupos terroristas. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ella¹⁴⁴.

La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Este es el tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización; a decir, la máxima explotación de la pobreza. Y es que, en ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte¹⁴⁵.

No son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus

¹⁴³ CALLEGARI, André Luis. Crimen organizado y su tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal. Revista de derecho. En:

<https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/viewFile/1005/828>

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Óp. Cit. p. 71

¹⁴⁵ Ibid.

elites dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental¹⁴⁶.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando de manera organizada, se pone en acción por los poderes públicos. Este tipo de criminalidad se hace palpable a través de la corrupción y de la apropiación de bienes públicos y se encuentra íntimamente ligada a la criminalidad de los poderes económicos; llevándose a cabo incluso de manera sistemática o transnacional.

La corrupción es sinónimo de la causa del daño económico del patrimonio del Estado, atenta contra la integridad y el funcionamiento eficiente de la administración pública, frustra la confianza pública en los órganos del estado, tuerce la leal competencia económica e impide el desarrollo económico.¹⁴⁷

En conclusión, lo que hace verdaderamente peligroso a este tipo de criminalidad es su carácter organizado y el hecho de que sean practicadas por poderes fuertes, no por sujetos débiles y marginados. Las verdaderas “clases peligrosas”, como solía llamarse a los grupos marginados no son ya las clases pobres, sino sobre todo las elites dirigentes¹⁴⁸, tanto económicas como políticas.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ GASPAR CHIRINOS, Ángel (2016). Curso: Principales aspectos de los delitos de corrupción de funcionarios. Academia de la Magistratura. Cecilia Cedrón Delgado y Bruno Novoa Campos (coords.) Lima, p. 12

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. Óp. Cit. p. 34

La tradicional delincuencia de subsistencia de los marginados es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que directa o indirectamente la alimenta o por lo menos la instrumentaliza y explota¹⁴⁹.

Lo descrito en las líneas precedentes ha dado lugar a la llamada “expansión del derecho penal”, es decir, aquel fenómeno por el cual el derecho penal ha pasado, a intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal, o bien a ampliar los supuestos típicos en aquellas esferas donde ya intervenía con anterioridad¹²⁴. Esta expansión ha generado un intenso debate, sobre lo razonable e irrazonable de la misma, y por ende sobre la legitimidad o no del moderno derecho penal.

4.2.3. La Expansión irrazonable del Derecho Penal

Junto al concepto de “riesgo”, el concepto de “expansión” ha venido cumpliendo una suerte de posible respuesta frente al debate sobre la manera en cómo la Política Criminal a través del Derecho Penal debería actuar eficientemente en una sociedad cada día más globalizada; sin embargo, muchos de nuestros juristas han confundido el discurso de la seguridad ciudadana¹⁵⁰ con el de la sociedad del riesgo; tratando como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos.

La expansión del Derecho penal se hace irrazonable al momento que esta deja de ser extensiva para convertirse en intensiva; es decir, cuando se abre el

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista electrónica de Ciencia penal y criminología. Núm. 06-03, 2004. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. p. 3

camino a la justificación “moderna” de las cada vez más frecuentes decisiones político criminales que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales¹⁵¹.

De esta manera muchos autores han incluido dentro del ámbito del debate sobre las demandas de una sociedad del riesgo a cuestiones que nada tienen que ver con los riesgos que ha traído consigo la modernidad, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, delitos contra el patrimonio u otros sectores delincuenciales ya tradicionales.

En consecuencia, se ha venido afirmando que la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo¹⁵², de tal manera que la anticipación de la tutela penal con estructuras de peligro aplicadas a las nuevas formas de criminalidad es justificada por la urgencia de actuar contra la delincuencia callejera. Asimismo, se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso de la modernidad, y el sentimiento de inseguridad callejera¹⁵³.

Ahora, los peligros que trae consigo este aspecto de lo que aquí llamamos expansión irracional del Derecho Penal devendría en la implementación de doctrinas que concentran los rasgos que debería poseer ese derecho penal cuyo

¹⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. Óp. Cit. p. 13.

¹⁵² Ibid. p. 10

¹⁵³ Ibídem

objetivo primordial habría de residir en la satisfacción de las demandas sociales de seguridad ciudadana¹⁵⁴; esto es: el derecho penal del enemigo¹⁵⁵, el derecho penal de la tercera velocidad¹⁵⁶ y el derecho penal de la peligrosidad¹⁵⁷.

4.2.4. El Populismo penal

El populismo penal; se define por dos elementos; a decir, el uso excesivo del derecho penal por parte de los gobernantes¹⁵⁸, amparados en tres premisas: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar consenso moral existente en la sociedad; y que además, produce ganancias electorales; y el hecho de tomar en cuenta el sentido común antes que las sugerencias de los expertos, pues se acude a la opinión del “pueblo” para definir y resolver los problemas sociales.¹⁵⁹

El uso excesivo del derecho penal se inicia evaluando la utilización del concepto de “seguridad” como herramienta de debate político justificando una mayor intervención del sistema penal como instrumento indispensable para luchar contra cualquier forma de violencia¹⁶⁰. Exigir o aceptar mayores penas, la petición de pena de muerte, cadena perpetua, disminución de la edad penal, cuando estas no van a contribuir a disminuir las dimensiones del problema, se convierten en simples discursos expuestos por los profesionales de la política.

¹⁵⁴ Ibid. pág. 23.

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). Derecho penal del enemigo. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid, p. 25 y siguientes.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Óp. Cit. Pág. 163 y siguientes

¹⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. Óp. Cit. pp. 26 y 27

¹⁵⁸ Ibid. p. 13.

¹⁵⁹ Ibídem

¹⁶⁰ Ibidem

Por otro lado, la percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales por parte del pueblo han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y muchas veces influye también en la aplicación de las mismas. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores.¹⁶¹

Sin embargo, lo realmente preocupante no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática¹⁶², sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios; es decir, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva.

El afán por satisfacer antes y más las más superficiales demandas populares ha incitado, como lo menciona Mendoza Buergo, la presencia de una Política Criminal simbólica¹⁶³; ya que, muchas de las nuevas criminalizaciones se presentan como una aparente solución al conflicto (...) sin una suficiente constancia de la necesidad y la adecuación de la intervención penal o de su capacidad real para posibilitar la solución efectiva al conflicto¹⁶⁴.

4.3. El derecho penal de riesgo y la protección de bienes jurídicos colectivos

Ciertamente uno de los nuevos ámbitos donde la expansión del Derecho penal ha colocado significativa importancia, es el referido a los bienes jurídicos de

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Óp. Cit. p. 22.

¹⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Óp. Cit. p. 11.

¹⁶³ MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Óp. Cit. p. 55.

¹⁶⁴ *Ibíd*em

la colectividad¹⁶⁵, de modo que en la doctrina penal se viene discutiendo intensamente sobre la legalidad de los mismos, toda vez que cierto sector doctrinario considera que estos intereses constituyen una clara muestra del carácter expansionista injustificado del Derecho penal, lo que provoca un abandono del núcleo del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de mínima intervención y ultima ratio¹⁶⁶.

En ese sentido la incursión de los bienes jurídicos colectivos en el territorio del Derecho penal se convertido, afirman los expertos, en una amenaza para los principios garantistas que caracterizaban al Derecho penal liberal.

El planteamiento crítico respecto de la protección de bienes jurídicos colectivos, sostiene que el moderno Derecho penal se ha ido alejando de un modelo tendente a la protección exclusiva de bienes altamente personales como la vida, la integridad física, la libertad, etc. para convertirse en un Derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano¹⁶⁷, que se manifiesta en el aumento de las conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que no son más que objetos ficticios de tutela¹⁶⁸, carentes de materialización; ya que, son excesivamente amplios e indeterminados, es decir

¹⁶⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2010). “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales”. Editorial Astrea. Extraído de la revista electrónica “Derecho Penal”, Université de Fribourg. Encontrado en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal, p. 3.

¹⁶⁶ Ibid. p. 7.

¹⁶⁷ Cfr. HASSEMER, Wilfred (1992). Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Traducido por E. Larrauri. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Tomo XLV, fasc. I Madrid. Págs. 241 y 242

¹⁶⁸ MOCCIA, Sergio (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Traducido por Ramón Raguès y Vallès. En SILVA SANCHEZ, José María (edit.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Editorial J.M. Boch. Barcelona, p. 116

serían intereses de vaga configuración¹⁶⁹, razón por lo cual para su protección penal, específicamente para determinar su injusto, se emplea, recurrentemente, la técnica de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto¹⁷⁰.

Sin embargo, si bien es cierto el Derecho penal liberal fue estructurado de tal manera que sirviera como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales¹⁷¹, este no se circunscribió a la tutela de aquellos, sino que, también brindó protección a bienes colectivos (fe pública, administración de justicia, seguridad del Estado)¹⁷², en tal sentido estos no son nuevos en la teoría del delito, pues están ligados al nacimiento mismo del concepto de bien jurídico¹⁷³ y su reconocimiento ha sido permanente dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal.

Y esto se demuestra a través de la obra de Feuerbach que constituye el antecedente más importante de la noción de bien jurídico. Para este autor el objeto de protección del Derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado¹⁷⁴, dentro de estos últimos incluyó algunas infracciones contra la colectividad, como los crímenes contra la personalidad moral del Estado y los crímenes contra el Estado en particular¹⁷⁵.

¹⁶⁹ HASSEMER, Wilfred (1998). Perspectivas del derecho penal del futuro. Traducido por Enrique Anarte Borrillo. En: Revista Penal N° 1. Barcelona, p. 280

¹⁷⁰ HASSEMER, Wilfred. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Óp. Cit. p. 242

¹⁷¹ RAMIREZ, Juan (2004). Bienes jurídicos colectivos. Ara Editores. En: Obras completas, Tomo II – Control social y otros estudios. Lima, pp. 182 y siguientes.

¹⁷² SÁNCHEZ, James (2006). La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales. Jurista Editores. Lima, p. 60

¹⁷³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Óp. Cit. p. 9

¹⁷⁴ Ibidem

¹⁷⁵ Ibidem

Además de ello, tenemos la noción de bien jurídico introducida por Birbaum; quien clasificó los delitos en “delitos en contra del individuo”, si la conducta agresora afectaba a un bien de una persona determinada y en “delitos en contra del ser colectivo”¹⁷⁶, si el bien afectaba a un bien de la colectividad.

Por el contrario, en el positivismo jurídico de Binding, únicamente la colectividad puede ser titular de un bien jurídico, asumiendo una tesis monista colectivista que postula la prevalencia de los bienes jurídicos de la colectividad¹⁷⁷. Para este autor el bien jurídico es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal¹⁷⁸, es decir los bienes jurídicos son una creación del legislador.

Esto cambio cuando Franz von Liszt, negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien se trataban de intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas, es decir aquellos intereses no los crea el Derecho sino la vida, empero el Derecho eleva ese interés vital a bien jurídico¹⁷⁹.

Y por último, Mezger, plantea que los intereses que abarcan el bien jurídico no solo se limitan al del individuo sino también debe perfilarse a la sociedad, razón

¹⁷⁶ *Ibíd*em

¹⁷⁷ CASTRO CUENCA, Carlos (2006). Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. En: *Dikaion*, N° 15, año 20, Universidad de la Sabana Chía, p. 204.

¹⁷⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *Óp. Cit.* p. 10

¹⁷⁹ *Ibíd*em

por la que prefiere hablar de un “bien del Derecho”¹⁸⁰. En ese sentido, podemos concluir que la existencia de los bienes colectivos no es algo nuevo para el Derecho penal, por lo cual no puede considerarse que su tutela sea un síntoma de la expansión del Derecho penal¹⁸¹. Se puede sostener, por el contrario que lo que ocurre ahora es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto de las transformaciones económico institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas pena¹⁸².

Por su parte, Tarrillos Basoco, quien defiende la conveniencia de la intervención penal en ciertos ámbitos como el económico, el medio ambiente, etc., pero sin que ello signifique una relativización de garantías¹⁸³. En efecto, expone el autor que frente a la criminalidad grave no se puede prescindir de la pena de prisión, siempre y cuando los programas políticos sean elaborados dentro del margen de las garantías propias del Estado de Derecho¹⁸⁴. Dentro de la misma línea Muñoz Conde responde afirmativamente a las preguntas sobre si se deben proteger penalmente bienes jurídicos colectivos, autónomamente, es decir, desligados de la vida y de la salud personal, pero siempre que en la intervención del Derecho penal en esta materia se cumplan determinadas exigencias características del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho¹⁸⁵.

¹⁸⁰ MEZGER, Edmund (1958). Derecho penal. Parte General. Traducido por Conrado Finzi. Editorial Bibliográfica argentina. Sexta edición. Buenos Aires, pp. 155 y siguientes.

¹⁸¹ CASTRO CUENCA, Carlos (2006). Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. En: *Díkaion*, N° 15, año 20, Universidad de la Sabana Chía, p. 205.

¹⁸² VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *Óp. Cit.* p. 11.

¹⁸³ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia (2006). A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo. Grupo de Estudios Penales, Universidad Eafit, ISSN 1692-0694. Medellín, p. 18

¹⁸⁴ *Ibidem*

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 19.

Y es que, el Derecho penal liberal, a pesar de reconocer la existencia de los bienes colectivos, se articuló, como ya se dijo, en base a los bienes jurídicos individuales, ya que, el momento histórico social lo demandaba así, y no se visualizaba la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, en tal sentido sus criterios de atribución, que ahora proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre ese fundamento y para esa función, de ahí pues la falta de idoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas para hacer frente a los nuevos riesgos que afectan a los bienes jurídicos colectivos¹⁸⁶, que merecen y necesitan una adecuada protección penal.

4.4. Tratamiento de la doctrina. ubicación dogmática de los delitos de peligro

Los delitos de peligro abstracto resultan problemáticos para la dogmática penal:¹⁸⁷ dado que la consumación del tipo no exigiría comprobar ni la lesión ni la exposición a dicho riesgo (un peligro concreto) por el bien jurídico, resultaría ilegítima la imposición de una pena en el caso concreto; o bien se debería optar por una interpretación restrictiva por sobre una lectura declarativa de la disposición.

Esta constatación atraviesa planos diversos¹⁸⁸: una crítica desde la (meta) teoría de la criminalización, en el primer caso; la adopción forzada de un determinado contenido de injusto (o antijuridicidad material), desde el nivel de la

¹⁸⁶ HEINE, Günther (1993). Accesoriadad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, fasc. I, Ministerio de Justicia. Madrid, p. 809.

¹⁸⁷ MALDONADO FUENTES, Francisco (2006), "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal", En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, pp. 30 y ss. Disponible: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/issue/view/1399>.

¹⁸⁸ KISS, Alejandro (2011). El delito de peligro abstracto, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 235-242.

aplicación del derecho, en el segundo. En lo medular, el nudo problemático radica en el relativamente indeterminado contenido de significación delictiva de estas figuras, lo cual explicaría la multiplicidad de propuestas de interpretación existentes.

Por su parte, dentro de la doctrina española, ANGEL TORIO LÓPEZ, diferencia los delitos de peligro hipotético de los de peligro concreto y abstracto, en tanto concibe los primeros como aquellos en los que el tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una “acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del delito”, con lo cual, se distinguen de los delitos de peligro abstracto basados en presunciones o en meras desobediencias.

A su vez, Francisco Maldonado¹⁸⁹, considera a los delitos de aptitud, como aquellos “en los que se exige la acreditación de la potencialidad peligrosa de la conducta (la peligrosidad), sin que sea necesario acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico, (...) se exige la concurrencia de “peligrosidad” más no de peligro”¹⁹⁰.

Considerando este autor, que la mencionada peligrosidad debe valorarse, mediante un juicio realizado ex ante por un observador imparcial, que posea el conocimiento objetivo y subjetivo del autor. Por otra parte, entiende que la denominación de este tipo de delitos no resulta acertada, por cuanto establece que

¹⁸⁹ Para quien los delitos de peligro abstracto o delitos de peligro presunto –como prefiere llamarlos– son inconstitucionales, violatorios de garantías básicas, por encontrarse asentados sobre una presunción iure et de iure o iuris tantum del peligro.

¹⁹⁰ MALDONADO FUENTES, Francisco, Ob. Cit. pp. 24 y ss.

si analizamos su contenido material, se advierte que la descripción de la conducta, en esta categoría, no se caracteriza por crear un riesgo hipotético o probable para el bien jurídico. Opina, que de lo que se trata: “es de sancionar la ejecución de una conducta que en el caso concreto suponía para el actor, y para cualquiera en su lugar, una puesta en peligro para el bien jurídico, con independencia del resultado que derive de un juicio ex–post y aún cuando se acredite que este no concurría”¹⁹¹.

Por otra parte, PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO¹⁹², -siguiendo a TORIO LÓPEZ distingue dentro de los “delitos de peligro abstracto”, entre los delitos de peligro hipotético o de idoneidad, a los cuales considera auténticos delitos dotados de lesividad material para el bien jurídico y los delitos de peligro abstracto tradicionales, categoría que concibe como residual, dentro de la cual se agrupan el resto de los delitos meramente formales de desobediencia o consistentes en la violación de normas ético-sociales o ético-religiosas y sobre los que reclama su inconstitucionalidad. Esta autora, postula que la categoría de delitos de peligro hipotético vendría a ser una “categoría intermedia” entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, cuya existencia estaría justificada para atender a ciertas conductas que generalmente entrañan un grave riesgo para importantes bienes jurídicos y que son de difícil constatación.

Mientras que, FERMÍN MORALES PRATS entiende que “los delitos de peligro hipotético o de idoneidad constituyen una “subespecie de los delitos de peligro” en lo que la idoneidad es un elemento de la acción, por lo que no son delitos

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 29.

¹⁹² DE LA CUESTA AGUADO, Paz (1998). *Tipicidad e Imputación objetiva*, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 88.

de resultado, sino de mera actividad, y por tanto, no han de ser sometidos al tamiz de la relación de causalidad”¹⁹³; opinión, que DE LA CUESTA AGUADO no comparte ya que postula que la idoneidad de la acción exige la producción de determinado “efecto” en el mundo externo y a partir de allí califica a este tipo de delitos como de resultado.

En conclusión, después de una exposición acabada sobre la postura doctrinaria exclusivamente extranjera acerca de este tipo de delitos, podemos afirmar la orfandad de su estudio por parte de nuestra doctrina nacional. Sólo hemos encontrado pocos comentarios acerca de algunas figuras penales que se hallan tipificadas en este sentido¹⁹⁴. Nos resta decir, que aún no se ha instalado la discusión en la doctrina nacional acerca de esta categoría y los problemas dogmáticos que la misma puede acarrear, siendo incipiente su tratamiento en nuestro país.

¹⁹³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. Cit., p. 95.

¹⁹⁴ BALCARCE, Fabián (2003). Derecho Penal Económico, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, p. 133.

V. DISCUSION

5.1. Sociedad de riesgo y derecho penal de riesgo: Dogmática penal; política criminal; riesgo; garantías penales; expansión del derecho penal; derecho penal del enemigo.

En la moderna Ciencia del Derecho penal alemana ha hallado un gran eco la concepción del sociólogo Beck, de que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, la sociedad del riesgo. Esta evolución habría tenido una gran repercusión en el Derecho penal, en el que se apreciaría un menoscabo de los principios básicos del derecho penal liberal, en aras de la función preventiva frente a los nuevos riesgos (en el empleo de la energía nuclear, en la industria química, para el medio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética), Se habla, en este sentido, de un Derecho penal del riesgo.¹⁹⁵

Rasgos esenciales de la misma serían la protección en medida creciente de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, de contornos imprecisos (orden público, seguridad, salud pública, el medio ambiente, el sistema de crédito, las subvenciones, en el Derecho penal económico, etc.), así como la proliferación de los delitos de peligro abstracto. Éstos permitirían una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho penal, pues al no formar parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto de un bien jurídico, no sería precisa la prueba de la producción del resultado, ni de la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo.

¹⁹⁵ Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Editorial Civitas, Madrid, 2.001

Esta reducción de los presupuestos de la punibilidad supondría una disminución de las posibilidades de defensa, así como una mayor libertad de acción del juez. El peligro del bien jurídico sería sólo la ratio legis de la creación de las figuras delictivas; el juez no tendría que probar siquiera la peligrosidad de la acción desde un punto de vista ex ante.

En el Derecho penal del riesgo se observa, además, una difuminación o flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales del derecho penal liberal, de los criterios de imputación objetiva y subjetiva (por ejemplo, de la concepción de la relación de causalidad), así como de las distinciones entre consumación y formas imperfectas de ejecución, entre autoría y participación.

En ese contexto, Como es sabido, los teóricos jurídico-penales vienen manteniendo una prolongada discusión acerca del concepto de derecho penal del riesgo (*Risikostrafrecht*). Concepto que, para muchos, permitiría enmarcar y expresar adecuadamente los rasgos más peculiares de la evolución del derecho penal de las sociedades occidentales desarrolladas.

En tal sentido, es un hecho incontrovertible el que, cuando hoy se intenta abordar el problema de la ubicación del sistema penal en su contexto social, el concepto de derecho penal del riesgo o derecho penal de la sociedad del riesgo irrumpe —al menos, en la teoría jurídico-penal alemana y en su órbita de influencia teórica— tanto en el plano descriptivo de la sociología jurídico-penal (cómo está reaccionando el sistema penal ante la percepción de —lo que se ha dado en llamar— “nuevos riesgos”) como en el prescriptivo de la política criminal (cómo debe enfrentarse el derecho penal a las nuevas formas de delincuencia), y también en ese

territorio intermedio constituido por la dogmática (papel del concepto de riesgo en las categorías de la imputación jurídico-penal).

Hasta aquí el (casi total) consenso. A partir de este punto, sin embargo, las opiniones de los teóricos se dividen a la hora de valorar, positiva o negativamente, dicha evolución.

De manera que hay quien entiende que es esta una tendencia perversa del derecho penal contemporáneo, que puede llegar a poner en peligro los principios más básicos que siempre se ha querido que limiten el poder punitivo, así como las garantías en su aplicación.

Y, por el contrario, otros piensan, bien que la transformación del derecho penal (de las regulaciones positivas y de los criterios para la aplicación de las mismas) es inevitable, debido a los cambios sociales que se vienen produciendo; o bien, si no lo es, que resulta, pese a todo deseable, por cuanto permite enfrentarse con unos medios más idóneos a fenómenos novedosos de desviación social que es ineludible combatir, y combatir a través de la intervención penal.

Sin embargo, una postura intermedia busca explicar dicho fenómeno a partir de la aproximación global al concepto de derecho penal del riesgo obliga al penalista reflexivo a cuestionarse si realmente dicho concepto posee capacidad explicativa o si, por el contrario, es tan sólo una etiqueta conveniente, un banderín de enganche para una determinada corriente teórica o escuela científica.

Por otro lado, la realidad nos muestra que los problemas que se configuran en el derecho penal de riesgo se vienen discutiendo estas cuestiones al modo estándar

(el que han impuesto en la discusión jurídico-penal alemana quienes se mueven en torno al Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Frankfurt, modo aceptado casi siempre, incluso por quienes le rebaten), por ello la importancia de evaluar sus planteamientos.

Y es que la irrupción del concepto de derecho penal del riesgo se explica por, al menos, dos razones diferentes, y no por una sola: por la elaboración de la teoría de la sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*) como forma de teorizar (una faceta de) la realidad social por parte de Ulrich Beck; pero también por la acogida que la misma —o ciertas versiones deformadas de la misma— han tenido entre algunos de los teóricos que se ocupan de la evolución contemporánea del sistema penal, como forma de expresar sintética y gráficamente una cierta tendencia que ellos atisban en dicha evolución y que les parece, por muchos motivos, criticable.

Precisamente, es probable como lo refieren algunos especialistas que sea un error mayúsculo (o, en el mejor de los casos, una petición de principio, que requeriría de una justificación que no suele aportarse) mezclar en un único discurso que se pretende coherente dos grupos de problemas que, al menos en principio, son claramente diferentes.

Así, de una parte, la elaboración teórica de Beck acerca de la sociedad del riesgo hace referencia específicamente al problema del tratamiento de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico (cualitativo y cuantitativo). De manera que, si se deseara trasladar dicha elaboración teórica al ámbito de la política criminal o al de la dogmática jurídico-penal, ello debería hacerse preservando su ámbito de aplicación: limitando, pues, las eventuales potencialidades de la construcción —

sobre las que volveré— al caso de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos frente a riesgos procedentes de acciones tecnológicamente mediadas.

Por otra parte, sin embargo, en el segundo grupo de problemas que suele aparecer entremezclado en los discursos críticos acerca del derecho penal del riesgo la cuestión no es ya (al menos, no necesariamente) el tratamiento de los riesgos tecnológicos. Por el contrario, lo que se pretende es extender el concepto de riesgo, en tanto que instrumento heurístico, a la discusión del conjunto de tendencias evolutivas de la “expansión del derecho penal”, desarrolladas por Silva Sánchez.¹⁹⁶

Expansión que se produce también fuera del ámbito del desarrollo tecnológico, pues tiene más que ver con la pretensión de emplear el derecho penal como instrumento de regulación de realidades sociales complejas (más complejas que las tradicionalmente enfrentadas con el instrumental penal), tecnológicas o no: la problemática medioambiental o los riesgos para la salud pública derivados del uso de ciertas tecnologías industriales; pero también los comportamientos fraudulentos en la actividad económica empresarial o el tratamiento del racismo.

Si esto es así, si los problemas son varios y diferentes, entonces un discurso único en torno a los mismos solamente tendría sentido si se pudiera demostrar la existencia de una profunda interrelación entre ellos, de manera que la respuesta a uno —el de los riesgos de la tecnología— significara necesariamente también una

¹⁹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José María. (2001). La expansión del Derecho Penal. 2ª edición. Editorial Civitas, Madrid.

respuesta al otro (el de la regulación jurídico-penal de conductas sociales de base compleja), o viceversa.

Sin embargo, esto es lo que falta por probar, a saber, que el discurso crítico acerca del derecho penal del riesgo se refiere a un único grupo de problemas, o a dos absolutamente interrelacionados. Y que no ocurre, como es mi opinión, que en dicho discurso se estén entremezclando, para constituir un único objeto ad hoc de ataque y de rechazo, fenómenos distintos, harto complejos cada uno de ellos, con sus propias causas y consecuencias, que merecen una valoración autónoma, por lo que en una discusión racional conviene más bien deslindarlos con cuidado.

Fenómenos cuyo único núcleo común viene constituido por el hecho de estar afectando al derecho penal de los países más desarrollados de Occidente más o menos al mismo tiempo (aunque con diferencias significativas de ritmo y de contenido); y, naturalmente, porque todos ellos reflejan de uno u otro modo —pero es que aquí el modo es muy importante— tendencias evolutivas de esas mismas sociedades occidentales desarrolladas.

Otro punto de análisis, parte por reconocer, que sería más conveniente distinguir grupos de problemas —de problemas sociales y de respuestas penales a los mismos— y examinarlos por separado, mostrando sus interrelaciones cuando existan, pero sin concentrarse tanto en el cuadro global. Y, en este sentido, acaso sería también oportuno comenzar por algunas matizaciones genéricas, en la misma línea de precisión conceptual que estoy reclamando.

La primera matización es que habría que distinguir con nitidez lo que constituye una característica de la praxis legislativa (aunque, lógicamente, ello tenga reflejo también en la aplicación de lo legislativamente estipulado) y lo que tiene que ver más bien con los usos y construcciones elaboradas por la jurisprudencia (respaldadas o no por cierta doctrina), así, por ejemplo, la flexibilización de garantías en el plano probatorio —en materia de causalidad, por ejemplo— pertenece, desde luego, a este segundo caso, por lo que tengo mis dudas de que pueda ser puesto en el mismo cajón que los fenómenos de naturaleza legislativa, ya que parece obedecer a otra dinámica diferente, por lo demás ya antigua (castigar cuando la opinión pública o los poderosos lo reclaman, aun sin pruebas suficientes).

Precisamente, la segunda advertencia general es que sería necesario relativizar bastante la distinción entre el “derecho penal clásico” y el nuevo derecho penal o derecho penal del riesgo. Pues no debería olvidarse que varias de las críticas que se hacen a este último (pérdida de garantías probatorias, ineficacia preventiva, vaguedad de la redacción legal de los tipos, penas desproporcionadas, demandas irracionales de incriminación, delitos puramente formales, tipos en los que se difuminan diferencias que se suelen considerar básicas en cuanto a la forma de la imputación) vienen realizándose desde siempre —muchas veces, con mayor motivo— a figuras propias del derecho penal más clásico.

Por ello, respectivamente, en los delitos de sospecha que han existido tradicionalmente en materia de robo o de detenciones ilegales o —en el ámbito de la jurisprudencia— la frecuente forma de razonar sobre la identidad del delincuente

o su dolo a partir de los antecedentes penales del reo, o las frecuentes inversiones, en contra del reo, de la carga de la prueba (pérdida de garantías probatorias); en la incriminación del aborto consentido (tipos ineficaces); en el delito de escándalo público o en el de corrupción de menores (tipos vagos); en la pena que les puede corresponder en nuestro CP al delito de violación o al robo con fuerza en las cosas (penas desproporcionadas); en la tradicional tipificación de conductas relativas a la prostitución consentida de adultos (incriminación de finalidad básicamente simbólica); en la falta, existente en el código anterior, de ejercer profesiones sin la preceptiva inscripción colegial (delitos puramente formales); o, en fin, en la tradicional regulación del robo violento en nuestro derecho, hoy reformada, en la que se quebraban tanto las reglas acerca de la consumación del delito como las relativas al concurso.

Naturalmente, con ello no quiero decir que estos problemas no existan también, y a veces con mayor intensidad, en los “nuevos frentes” del derecho penal. Sin embargo, la descripción —y la consiguiente valoración— no puede resultar ajustada si no se toma en consideración cuánto hay de continuidad con la tradición en ciertas características o vicios del nuevo derecho penal.

Un tercer punto de análisis o reflexión, parte del hecho que como es sabido que defensores y críticos de esta evolución se han reprochado mutuamente el conservadurismo de sus posiciones. Y, sin embargo, en este aspecto de la discusión subyace un equívoco, derivado de la ambigüedad que la propia dicotomía conservador/progresista posee en el discurso político.

En efecto, frente a la esquemática distinción conservador/progresista, me parece que, al menos en política criminal (y tal vez en todos los ámbitos de la política), deben ser dos los criterios de valoración política de una medida; y consiguientemente dos también —y no una— las dicotomías: de una parte, hay que considerar qué grado de intervencionismo del poder estatal en la libertad individual conlleva la medida, distinguiéndose así entre medidas (más o menos) liberales e intervencionistas; de otra, debe examinarse a qué sectores sociales beneficia y perjudica, distinguiéndose entre medidas de interés general, en interés de las mujeres, de los trabajadores, de los empresarios, etc..

De este modo, una política criminal debería recibir valoración política desde dos puntos de vista diferentes: por su grado de intervencionismo y, por otro lado, en atención a qué sectores sociales principalmente protege y aquellos otros cuya libertad restringe. De manera que una medida puede ser intervencionista y pro trabajadores, liberal y pro trabajadores, intervencionista y pro empresarios, y liberal y pro empresarios (y lo mismo vale para otros casos, sustituyendo “empresario” y “trabajador” por cualquier otra categoría social).

Todas las combinaciones son, pues, posibles. Esto es especialmente claro en el caso del : desde el primer punto de vista, parece evidente que prácticamente en su totalidad significa un incremento notable del intervencionismo estatal en ámbitos antes libres de intervención (o de intervención coercitiva, o de intervención penal); ahora bien, desde el otro punto de vista, cada caso —cada bien jurídico, cada figura delictiva— tiene implicaciones en términos de protección de derechos y de restricción de libertades de diferentes grupos sociales.

Por ello, la valoración política que cada una de las medidas político-criminales novedosas merezca depende de cuánto se valora la libertad frente a la intervención estatal; y de cuánto, por otra parte, se valora la protección específica del derecho penal hacia ciertos sectores sociales (los más desprotegidos, los más frecuentemente atacados, etc.); y, en fin, de qué se considera más importante, si la libertad (negativa: ausencia de intervención estatal) o la protección de intereses (en pro de la libertad positiva). Y si no se hacen explícitos los puntos de partida en estos dos aspectos, cualquier valoración política —sea para alabar o para criticar— resultará un ejercicio retórico antes que uno de discusión racional.

5.2. Fundamentos que permiten afirmar u objetar la legitimidad o justificación de esta categoría de delitos

Existe en la doctrina una discusión en torno a la legitimidad de los delitos de peligro hipotético, analizada desde los principios fundantes del derecho penal y de las funciones que el mismo está llamado a cumplir en la sociedad contemporánea, debatiéndose, en consecuencia, si se encuentra justificado el uso del derecho penal como herramienta para punir las conductas agrupadas bajo tal categoría de delitos.

Básicamente existen dos posturas radicales al respecto. Por un lado, contamos con un grupo de autores, que, con diversos argumentos, objetan la legitimidad de estos tipos de peligro. Principalmente, se sostiene que los delitos de peligro abstracto en general, y dentro de ellos los de peligro hipotético, son violatorios del

principio de ofensividad o lesividad y de máxima taxatividad legal e interpretativa, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier prohibición¹⁹⁷.

En similar sentido, Maldonado Fuentes, considera que uno de los mayores obstáculos que presentan los delitos de peligro abstracto genéricamente considerados (ya que considera que los tipos de peligro hipotético se encuentran abarcados por esta categoría) es el estar fundados sobre una presunción de derecho acerca del peligro de lesión, prevista de antemano por el legislador en la norma. En consecuencia, opina que “la técnica legislativa de la presunción, tanto “iure et de iure” como “iuris tantum”, no son aceptables en derecho penal, por vulnerar garantías consideradas básicas (...) No puede fundarse ninguna imputación penal sobre la base de juicios de probabilidad, sea que recaigan sobre el “peligro” o sobre la “peligrosidad” de la conducta, por cuanto las consecuencias de este procedimiento vulneran los principios de lesividad y de culpabilidad”¹⁹⁸.

Asimismo, este autor considera que este tipo de delitos vulneran el principio de culpabilidad, por cuanto al presumirse iure et de iure un elemento de imputación, implícitamente también se está presumiendo la responsabilidad del agente; y que tampoco resulta acertado sustentar tales delitos sobre una presunción iuris tantum, por cuanto se vulnera el principio procesal de la carga de la prueba, al invertirla y ponerla en cabeza del sujeto, a la vez que viola el principio in dubio pro reo y con esto el principio de legalidad.¹⁹⁹

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio y otros. (2007). Manual de Derecho Penal - Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 375.

¹⁹⁸ MALDONADO FUENTES, Francisco, Ob. Cit. p. 58.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 31.

En definitiva, este grupo de autores considera que a través de este tipo de técnicas legislativas se desnaturaliza la esencia del derecho penal, esto es, se deja de concebir al mismo como instrumento de ultima ratio atribuyéndosele funciones que deberían ser asumidas por otras ramas del derecho (derecho civil, administrativo, etc.) con igual o mayor eficacia.

En tal sentido, el adelantamiento de la intervención penal a etapas anteriores a la acción típica, como sucede mediante la creación de tipos de peligro hipotético, ocasiona una sobrevaloración de las funciones preventivas del Derecho Penal, a la vez que se avasallan los principios y garantías que justifican, en un estado de derecho, el recurso al derecho penal.

Por otro lado, existen autores que consideran a la utilización del derecho penal, a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto, como una opción de política criminal, que se justifica en la sociedad actual caracterizada como sociedad de riesgo, aumentando así la importancia del derecho penal como medio de control social. En tal sentido, defienden el adelantamiento de la intervención penal en ámbitos de protección colectivos, como por ejemplo la protección del medioambiente, atento a que la producción de la lesión en tales ámbitos, puede llegar a ser de difícil o imposible reparación.

En base a esta idea, se postula como legítima la intervención temprana del derecho penal, mediante la penalización de conductas peligrosas individual o globalmente consideradas, sin dejar de contemplar que: “este progresivo adelantamiento de la intervención penal, y consecuente distanciamiento de los bienes jurídicos protegidos por el tipo, origina importantes problemas técnicos tanto

en el momento de la creación como en el de aplicación de los tipos penales, así como mayor inseguridad jurídica y, en muchos casos, posibilita una mayor intervención punitiva del poder estatal con un menor control por parte del legislador”²⁰⁰.

A su vez, otros autores legitiman la existencia de los delitos de peligro en general, en cuanto consideran que hay bienes jurídicos que no pueden ser suficientemente protegidos a través del tradicional esquema penal, cuyo núcleo central está dado por el concepto de lesión. Así, se ha expresado que: “no todos los bienes jurídicos se pueden proteger de acuerdo con el simple esquema del paradigma de la agresión, (...) hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente, (...) esos bienes, (...) no pueden ser protegidos con sentido-o, por lo menos, no solamente- frente a lesiones”²⁰¹.

En síntesis, la doctrina que justifica la existencia de esta categoría, lo hace basándose en fundamentos de corte ideológicos, que se traducen en la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos socialmente relevantes, utilizando así estos tipos penales como eficaces instrumentos para prevenir comportamientos ilícitos que tiendan a lesionar dichos bienes.

²⁰⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. Cit., p. 85.

²⁰¹ KINDHÄUSER, Urs Konrad (). “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”. En: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España. Febrero 2009. Disponible en sitio web: <http://www.indret.com/es/>, p.16. (Consultado el 10 de marzo del 2015).

5.3. Sobre los delitos de peligro abstracto

Quedando entonces sentada la necesidad de la intervención penal respecto de la protección de bienes jurídicos colectivos, correspondería ahora responder a la pregunta referente a la técnica de tipificación que mejor se adapte con el fin de que la intervención antes mencionada sea eficaz. Para ello es necesario, desde una perspectiva sociológica, dejar de interpretar a estos bienes jurídicos como entes ideales, carentes de materialidad, y, por lo mismo, no susceptibles de lesión o, al menos, no por acciones individuales²⁰²; lo que aboca a la creación de delitos de peligro.

En el caso de los delitos contra bienes jurídicos individuales el individuo coincide sustancialmente con el objeto de la acción o, cuando menos, sirve para identificarlo por la vinculación subjetiva del objeto de la acción con el individuo. El delito de homicidio; por ejemplo, no tutela la vida humana como especie, sino por medio de sus concretos portadores, de modo que para afirmar una lesión a la vida no es preciso que desaparezca la vida humana como tal, sino que basta con que se prive de ella a un concreto individuo²⁰³, o en el delito de hurto, cuyo objeto material son las cosas muebles que integran el patrimonio de cada persona concreta, bastando con que se sustraiga una sola de ellas de la esfera de dominio de su titular para entender producida la lesión del patrimonio.

²⁰² SOTO NAVARRO, Susana (2005). Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LVIII. Málaga, p. 903

²⁰³ *Ibíd.* p. 905

Obviamente, con los bienes jurídicos colectivos el criterio del sujeto pasivo individual no funciona para determinar su afectación; es por ello que, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa²⁰⁴; es decir, a fin de tutelar aquellos bienes jurídicos “inmateriales” que se consideren dignos de protección penal es necesaria la construcción de una figura típica sobre la base de un bien intermedio "representante" o con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o, en su caso, puesto en concreto peligro, por el comportamiento típico individual, y sin que, por su parte, sea preciso acreditar esa efectiva lesividad para el bien inmaterial mediatamente protegido.²⁰⁵

Mediante estos objetos representantes se trata de tutelar el bien jurídico colectivo, es decir el resultado afecta a un objeto que representa al bien a un nivel menos abstracto²⁰⁶. Por ejemplo, en el caso de los delitos contra el orden constitucional y los poderes del estado, que contiene, entre otros, el delito de rebelión, se trata de un bien jurídico colectivo, pero este bien necesita de determinados objetos materiales que hagan evidente y corpóreo el bien jurídico colectivo e institucional poderes del Estado y el orden constitucional.

Entonces los objetos materiales que cumplen con una función representativa son las siguientes: Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República y de las

²⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos (1994). “El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria”, En: Proyecto de investigaciones sobre “Delitos económicos”, PB93-1168, Universidad de La Coruña. España, p. 165 y siguientes.

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 170.

²⁰⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *Óp. Cit.* p. 26.

asambleas regionales, que su interacción dinámica permite conservar la soberanía del estado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico penal protegido como agrupado o colectivo.

Ahora, esta construcción surge a fin de ser aplicada de acuerdo con la configuración de los delitos de peligro abstracto, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conductas²⁰⁷; de ahí que desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo la acción individual carezca de la necesaria lesividad. Precisamente, la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa²⁰⁸.

En lo que atañe a las exigencias de la imputación subjetiva, se destaca que es suficiente con que el dolo o la imprudencia del sujeto abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, bastando con que se conozca la vulneración del bien representante inmediatamente protegido y sin que sea necesario acreditar el conocimiento del bien mediato representado²⁰⁹.

En síntesis, el menoscabo del bien jurídico mediato o representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo.²¹⁰ Sin embargo, la técnica de los objetos que cumplen función representativa y consecuentemente la del delito de peligro en general es estimable; ya que, una protección penal que se

²⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Óp. Cit. p. 169.

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 170.

²⁰⁹ *Ibíd.* p. 170.

²¹⁰ *Ibíd.* p. 171.

base exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos no sirve en nada para captar o lo hace demasiado tarde a las nuevas fuentes de peligro²¹¹, más todavía cuando la relación causa efecto entre los perjuicios al ambiente y lesión de vidas, salud humana no han sido investigadas suficientemente.

Una reacción penal retrasada, que se limita a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos del pasado que lesionaron causalmente bienes jurídicos, carecería tanto de utilidad como de legitimidad, es decir no estaría justificada la necesidad y el merecimiento de pena respectivamente²¹². En tal orden de ideas, desde una perspectiva preventiva, es inevitable reconocer la necesidad de instrumentar, en la tutela de los bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro, pero asociados siempre al respeto de los principios político criminales propios de un Estado constitucional.

5.4. Análisis normativo sobre el estudio de los delitos de peligro abstracto²¹³

En la mayoría de las legislaciones existen, y en número no escaso, delitos de peligro. Algunos de ellos tienen en el ámbito penal una gran raigambre, v. gr ., determinadas figuras de incendios. Otros, la mayoría, se han introducido en fecha reciente, al estimar necesario el legislador anticipar la consumación del delito al estadio en que se produce el peligro de lesión do ciertos bienes jurídicos, sea con el

²¹¹ HEINE, Günther (1993). “Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio Ambiente”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, fasc. I, Ministerio de Justicia. Madrid, p. 292.

²¹² CARO CORIA, Dino Carlos (1999). Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Editorial Gráfica Horizonte. Lima, p. 406.

²¹³ BARBERO SANTOS, Marino (1981). “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”. En: Ponencia en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por la Universidad de Belgrano para conmemorar el Cincuentenario del Código penal argentino, celebradas en Buenos Aires del 9 al 13 de octubre.

fin de evitar que esta llegue a originarse, con todas las graves consecuencias que derivan de la utilización de los medios que ofrece el actual progreso técnico, sea porque se considere que así lo exige el presente desarrollo del sentido de solidaridad entre los hombres o por otras causas.

Este solo hecho justificaría que la doctrina se ocupase de los delitos de peligro. Pero ocurre además -y nos referimos ya a los delitos de peligro abstracto- que estos delitos: 1) despiertan grandes recelos respecto a su compatibilidad con los postulados hoy imperantes en el campo penal e incluso en algunos países -v. gr., Italia, España, Alemania-, con los mismos preceptos constitucionales ; 2) plantean dificultades dogmáticas casi insolubles, como lo muestra las encontradas opiniones, algunas difícilmente conciliables, tanto en lo que respecta a la determinación de la punibilidad de su tentativa, como a la eficacia del arrepentimiento activo, existencia y prueba. del dolo, posibilidad de comisión por culpa, su distinción de los delitos preterintencionales, admisión de la prueba de la inexistencia del peligro en el caso a juzgar, etcétera, llegándose incluso, por algunos autores a rechazar su misma existencia desde un punto de vista técnico.

Se observa, por otra parte, en la generalidad de las legislaciones -como acabamos de exponer una evidente tendencia a aumentar el número de esta clase de delitos²¹⁴. Todo ello ha motivado que la doctrina se ocupe en los últimos años de su análisis, siendo numerosas y estimables las más recientes contribuciones al esclarecimiento del dificultoso tema.

²¹⁴ En relación con las figuras culposas, Wetzel escribe que las leyes más recientes se satisfacen "in zunehmendem Masse" con la simple puesta en peligro de un bien jurídico, sin exigir su lesión (Das deutsche Strafrecht, Berlin, 1969, p. 137) Citado por BARBERO SANTOS, Marino, Ob. cit. p. 488.

Por otro lado, preocupa a la dogmática moderna la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad. La incongruencia puede producirse, no cabe duda, si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de este.

Si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse ciertamente de conducta peligrosa. Nos hallaremos en este caso, escribe SANTAMARIA, frente a un sujeto peligroso, par haber infringido un mero deber de obediencia al Estado, pero al que no puede considerarse autor de una infracción de puesta en peligro. Ahora bien, la peligrosidad se combate con medidas de seguridad, mientras las penas suponen la culpabilidad, pero cómo es posible hablar de culpabilidad en relación a un peligro inexistente- y como se puede imponer pena a un sujeto que no puede ser culpable²¹⁵.

Solamente una concepción meramente formal del delito, que pusiese como fundamento de la ley penal la infracción de un puro deber de obediencia a las normas del Estado, salvaría, sin dificultad esta grave contradicción. Mas esta tesis, que tuvo gran auge hace unos decenios, puede considerarse por fortuna de nuevo superada, ya que, se opone a las exigencias de un derecho penal liberal. A esta tesis que tuvo en BELING uno de sus más apasionados defensores, dedicó HIPPEL una dura pero justa frase: “constituiría un disparate por parte del legislador el castigar

²¹⁵ Cfr. SANTAMARIA, loc . cit ., pp. 315-316. Es, por otra parte, discutible que por la simple violación de un mero deber de obediencia al Estado haya de considerarse automáticamente a un sujeto como peligroso. Citado por BARBERO SANTOS, Marino, Ob. cit. p. 493.

una "pura" desobediencia que no produjese en absoluto un peligro para un determinado bien jurídico".²¹⁶

A ello, también se debe agregar que la tendencia expansiva de los tipos de peligro incrementa la posibilidad de colisión no solo con el principio de legalidad como lo hemos visto precedentemente, sino también con los principios de lesividad y aun con la presunción de inocencia. Aunque generalmente se advierte que esa posibilidad es menor en los delitos de peligro concreto, se sigue denunciando que el distanciamiento entre comportamiento y bien jurídico es insalvable en los de peligro abstracto, que, en consecuencia, han recibido la más decidida oposición.

Así, en opinión de HASSEMER, "encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio, sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión, no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma ... Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del comportamiento) y facilitan, por ende, la atribución. Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible".²¹⁷

²¹⁶ HIPPEL : Deutsches Strafrecht, Berlin, 1930, II, p. 101. Citado por BARBERO SANTOS, Marino, Ob. cit. p. 494.

²¹⁷ HASSEMER, Winfried (1995), "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en VVAA. Pena y Estado, Editorial Jurídica Conosur, Santiago: 1995, p. 35.

Buena parte de estas críticas queda relativizada si se exige que el peligro abstracto sea, como ya se propuso, peligro probado. Pero además parece necesario evitar juicios globalizadores, y tener presentes las características específicas de las diferentes modalidades de bienes jurídicos en la formulación de tipos penales con vocación de eficacia.

5.5. Cuestionamientos de la sistemática de los delitos de “peligro abstracto”: La teoría del bien jurídico un criterio de limitación para la criminalización efectuada por el legislador

En Derecho y Razón FERRAJOLI, al formular su teoría garantista, expresó su reconocimiento a que la fundamentación del derecho penal ha de ser la protección de bienes jurídicos: la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende.²¹⁸

Parece que esta consideración, sostenida desde distintos puntos de vista teóricos, no es en la actualidad la postura que domina el panorama dogmático. Bajo el argumento de actualización del derecho a nuevas exigencias de las sociedades contemporáneas se ha ido desplazando la atención hacia la protección de intereses no reconducibles a las realidades materiales de los individuos o la misma vigencia normativa del sistema social, con el propósito de asegurar determinados ámbitos de

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (1ª Ed.). Editorial Trotta, Madrid, p. 467.

organización social, como lo son, por ejemplo, la economía y la administración de justicia de un estado.

Estos nuevos intereses han generado como consecuencia importante las siguientes opciones: la elaboración conceptual de nuevos objetos de protección del derecho penal, conocidos como bienes jurídicos colectivos –que se suman a los bienes jurídicos individuales– y, por otra parte, el abandono completo de la teoría del bien jurídico.

Los que asumen una posición escéptica hacia la teoría del bien jurídico afirman que ésta se ha mostrado como un elemento que no puede cumplir su cometido de ofrecer al legislador un criterio de criminalización adecuado y un elemento para la comprobación de la justicia de las decisiones judiciales. A partir de ahí se empieza a revisar si merece la pena una reelaboración teórica (WOHLERS)²¹⁹ o dejar de lado el bien jurídico y afirmar que el derecho protege la vigencia normativa (JAKOBS).²²⁰

Por ello, se considera necesario mantener la teoría del bien jurídico, como una posibilidad de acercar el derecho penal a la realidad social a partir de la tendencia a resolver algunos problemas o conflictos sociales a través del derecho penal, es

²¹⁹ En ese sentido véase WOHLERS, Wolfgang (2007). “Las jornadas desde una perspectiva de un escéptico del bien jurídico”. En: HEFENDEHL, Roland (2007). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons, Barcelona, pp. 403-408.

²²⁰ JAKOBS, Günther (1995). Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 51-52. También en: JAKOBS, Günther (2004). Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, pp. 75-76.

decir, que la acción del derecho penal esté basada en la posibilidad de garantía para los seres humanos al acceso y disfrute de los bienes jurídicos penalmente relevantes.

Así, el centro gravitacional de la protección es el ser humano como fin, ya que la defensa de sus necesidades derivadas de su propia naturaleza humana permite su realización. Esto lleva a considerar entonces que el derecho penal es una herramienta que cuyo uso debe estar marcado por un extremo cuidado, sus ámbitos de intervención deben estar claramente justificados y delimitados.

La justificación de la intervención, entonces, se puede encontrar en que los bienes jurídicos protegidos penalmente deben estar en estrecha relación con las necesidades vitales de los seres humanos, directa (la vida, la libertad, la integridad sexual, etc.) o indirectamente (mediación de la que dependen algunos intereses vitales).

Con esto, se afirma que la adherencia a una teoría –que se puede denominar material– del bien jurídico es algo necesario para analizar críticamente la admisibilidad de los llamados delitos de peligro abstracto en la legislación penal. Con lo cual, además, se pone de presente la cuestión de cómo hacer compatibles con esta idea a los denominados bienes jurídicos colectivos y a una noción de lo injusto penal.

Finalmente, la pregunta sobre el fin y la legitimación de los delitos de peligro abstracto. Su contribución a la expansión del Derecho penal ha sido criticada y expuesta, entre otros, por el profesor Jesús María Silva Sánchez. En Alemania, la opinión se halla dividida entre aquellos que los rechazan, como la escuela de

Frankfurt representada por Hassemer²²¹, y otros que los consideran necesarios como Berd Shunemann²²² y fundamentan su legitimación como Urs Kindhauser²²³ y Günter Jakobs²²⁴.

5.6. Legitimidad de los delitos de peligro abstracto según el derecho penal del enemigo

Jakobs²²⁵, afirma que, en los delitos de peligro abstracto, su justificación está en el mantenimiento de la vigencia de la norma y no del mantenimiento de determinados objetos y por ende la elevación de rango de los supuestos que afectan la seguridad, es decir los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad entendida esta en el sentido normativo.

Jakobs parte de la máxima de Ulpiano “*cogitationis poenan nemo patitur*” (el pensamiento no delinque), y establece que un legislador juicioso no regula nunca procesos que están fuera de sus posibilidades de control. Sostiene también que para el Derecho penal está el ámbito interno y el ámbito privado es decir la esfera civil interna, por ejemplo, las relaciones sociales íntimas o comunidades religiosas y por otra parte está la esfera externa a la que pertenecen los contactos sociales no reservados, los derechos a la utilización de bienes de uso común, etc. Sonevidentes

²²¹ Al respecto es importante el trabajo de: HASEMMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco (1995). La Responsabilidad por el Producto. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

²²² Una argumentación a favor puede verse en: SCHUNEMANN, Berd (2006). Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Editorial IDEMSA Lima, pp. 63 y ss.

²²³ KINDHAUSER, Urs (2009). “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”. En: InDret Revista para el análisis del Derecho, N° 1, Barcelona. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/219137>

²²⁴ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ Manuel (2005). Derecho penal del enemigo. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

²²⁵ Cfr. JAKOBS, Günter (2002). Moderna dogmática penal, Editorial Porrúa, México.

las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho de que ámbito interno del sujeto delincente, no solo abarque sus pensamientos, sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada en la medida en que la esfera privada no concurra con la de otra persona y deje entonces de ser privada.

Si por ejemplo en la tentativa de participación se definen acuerdos previos como delitos incluso, si se realizan en condiciones de privacidad, por personas entre las que media la amistad, se priva a los intervinientes en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se concede el estatus de ciudadano.

El derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Pertenecen al ámbito del primero algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas. Para comprender con cierta exactitud el pensamiento de Jakobs, es necesario citar textualmente sus conclusiones:

“En relación con la tentativa de participación y con la constitución de asociaciones criminales y terroristas puede parecer que no es evidente una inclusión, como la efectuada aquí en el principio, en el ámbito interno de un sujeto. ¿Así cabría preguntar si la constitución de bandas un asunto privado? En la medida en que con esta pregunta se insinúe que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino la concepción en su conjunto. Toda preparación de un delito se puede definir como

una conducta que es no privada, pero entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamiento. Por esta vía todo Derecho penal se convierte en un Derecho penal de enemigos²²⁶.

5.7. Validación de la hipótesis.

La hipótesis planteada en la investigación fue que: “La creación de la denominada categoría delitos de peligro abstracto obedece a un criterio expansionista del derecho penal sustentado en el derecho penal del enemigo, en consecuencia, a partir de ello, el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad”, ha quedado confirmada en merito a los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero: La sociedad actual ha sido calificada como sociedad del riesgo, concepto acuñado por el sociólogo alemán ULRICH BECK (1986) en su obra “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado (ej. los derivados del uso de la energía nuclear, la nueva criminalidad, atentado con el orden y la seguridad).

²²⁶ Ibid. p. 393.

Todo ello, ha llevado a una creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, que existe incluso cuando dichos peligros no sean reales. Ello hace que los ciudadanos reclamen cada vez más del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.

Como consecuencia de su aparición, se ha instalado en la sociedad un sentimiento de inseguridad exagerado. Sentimiento de inseguridad que, además, se ve potenciado sobre todo por dos factores: de un lado, las dificultades con las que tropieza el ciudadano normal para comprender el acelerado cambio tecnológico y para adaptarse a él; y, de otro, la desmesurada cobertura mediática que los medios de información llevan a cabo sobre ellos. Este conjunto de factores hace que se demande la intervención estatal tanto para tratar de controlar los nuevos riesgos, como para intentar destruir los temores que siente el ciudadano medio ante los mismos.

Segundo: Ante tales coordenadas se afirma que el Derecho penal actual es un Derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad del riesgo, de manera que lo que viene en calificarse como expansión del Derecho penal se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era postindustrial.

Los nuevos peligros o riesgos respecto de los que deben tenerse en cuenta dos extremos: uno, que aunque ciertamente comportan efectos negativos, resultan altamente beneficiosos tanto para las personas individualmente consideradas como para la colectividad en su conjunto; y otro, que los mismos acechan, de una parte, a bienes jurídicos de carácter supraindividual (que han nacido en el seno de esta

moderna sociedad y que, por tanto, también son de nueva señal, como por: ej.: mercado, competencia y protección de los consumidores -delitos relativos al mercado y a los consumidores) y, de otra, a algunos bienes jurídicos individuales tradicionales (ej.: patrimonio –estafa por medios informáticos).

El surgimiento de la “sociedad del riesgo”, trae como consecuencia la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada. Y es precisamente en este elemento en el que encuentra el fundamento de la utilización de los delitos de peligro abstracto, pues afirma que si se proyecta la misión del Derecho penal de garantizar la protección de bienes jurídicos sobre este cambio en las relaciones de intercambio sociales, y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico-penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas, de modo que hay que admirar con qué intuición el legislador supo desarrollar sin indicación alguna por parte de la ciencia del Derecho penal los delitos de peligro abstracto.

Tercero: Bajo dicho contexto, resulta adecuada la expansión del Derecho penal para cubrir la nueva criminalidad vinculada a la sociedad del riesgo, por ello, la citada expansión del Derecho penal, está dirigida a proteger a la sociedad moderna ante los nuevos peligros. En consecuencia, parece existir cierto acuerdo en considerar que el Derecho penal que puede hacer frente a los nuevos riesgos sería portador de las siguientes características:

a) La intervención del Derecho penal tendría lugar en ámbitos diferentes de lo que ha sido su espacio tradicional, ampliándose generosamente el número de comportamientos penalmente relevantes.

b) Se trataría de un Derecho penal que ofrece su tutela a un alto número de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o colectiva.

c) Predominarían los tipos de peligro y dentro de esta categoría, primarían los delitos de peligro abstracto.

d) Se anticiparía el momento en que va a tener lugar la intervención penal, ya tipificando comportamientos que, con anterioridad, sólo eran considerados ilícitos administrativos, civiles o mercantiles; ya aumentando la represión penal de determinados actos preparatorios.

e) Dado el origen de los nuevos riesgos, su dificultad para atribuir su control y la amplia intervención de colectivos, el nuevo Derecho penal sufriría modificaciones en el sistema de imputación de la responsabilidad, lo que para sus detractores supondría una flexibilización inaceptable de sus estructuras tradicionales.

f) Asimismo se producirían modificaciones en el conjunto de garantías penales y procesales, lo que para dichos sectores contrarios a su aceptación, implicaría una flexibilización, cuando no una infracción, de principios esenciales del Derecho penal clásico, tales como el principio de intervención mínima (por ejemplo, al emplear el Derecho penal en detrimento de otros sectores que podrían hacer frente a los nuevos problemas) o el principio de legalidad en su manifestación

concreta de taxatividad (debido, por ejemplo, a la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y el uso frecuente de los delitos de peligro abstracto y de la técnica de las leyes penales en blanco).

Cuarto: En cuanto a los bienes jurídicos colectivos, se ha dicho desde diferentes ópticas teóricas que éstos han llegado para quedarse en la medida en que en las sociedades contemporáneas han emergido nuevas relaciones sociales que, como consecuencia, han creado nuevos conflictos que necesitan ser gestionados a través del derecho penal. Principalmente, estos nuevos problemas sociales son la seguridad (en sus múltiples dimensiones: estatal, ciudadana, técnica, tecnológica, económica), la protección a la economía, la lucha contra el tráfico de drogas, la protección del ambiente y la lucha contra el terrorismo.

Como se puede notar, en este movimiento expansivo (o modernizador) emergen nuevos intereses que serán protegidos a través del derecho penal. La cuestión importante ahora es reconocer si es posible proteger tales intereses colectivos de manera tal que no se convierta en una cuestión de protección de intereses que no tienen posibilidad de concreción en la realidad como posibilidad de expresión de una manera de solucionar conflictos sociales.

En suma, la necesidad se dirige a determinar si estos nuevos intereses son realmente bienes jurídicos dignos de protección penal o son sólo protecciones de ámbitos funcionales que el estado quiere que permanezcan tal como se han configurado.

Por lo que, los bienes jurídicos colectivos son principalmente elementos para la protección de un determinado funcionamiento del sistema social y, en esa medida, resultan tener un carácter masivo y universal. Pero la cuestión en la que hay que hacer énfasis se halla en que éstos tienen además un carácter complementario, en virtud a que resulta inadmisibile con la idea de bien jurídico, que cualquier función o ámbito sea considerado como un bien jurídico que merezca ser protegido penalmente.

En tanto se conciba el bien jurídico colectivo como un concepto supraindividual, se podrá establecer la conexión entre éste y los intereses de los individuos, es decir, éstos están al servicio de los ciudadanos como una vía para garantizar las relaciones sociales dirigidas a la satisfacción de las necesidades básicas.

Quinto: El derecho penal del enemigo como fundamentos del derecho penal de riesgo y de los delitos de peligro abstracto, nos lleva a plantear las siguientes ideas desarrolladas por Jakobs. Según Jakobs la diversidad de enemigos, foráneos e internos, no le dejan al Estado más alternativa que reaccionar con un “Derecho (penal) del enemigo”.

Este concepto caracteriza un Derecho penal con el cual el Estado no confronta a sus ciudadanos, sino a sus enemigos. ¿Cómo se le puede reconocer? Primero, en sus normas. El Derecho penal del enemigo castiga sus enemigos más, más duramente y con mayor rapidez. En el ámbito del Derecho penal material la esfera de libertad de acción y (en parte) también de pensamiento de los ciudadanos

es más limitada. Al mismo tiempo, una vez que un ciudadano es considerado (transformado) en enemigo carece de derechos procesales.

El Derecho penal del riesgo describe un cambio importante, un cambio estructural e irreversible y, tal vez, representa hasta una revolución en las acciones y las ideas del Derecho penal. Se trata también de un cambio que, en el fondo, es adecuado y necesario, describiéndose al Derecho penal del riesgo como un “derecho penal del enemigo ya existente”, -como lo hizo, a manera de advertencia, Günther Jakobs en 1985-, o de que uno defienda que el derecho penal del enemigo debe ser un modelo de derecho penal, como lo ha hecho últimamente este mismo profesor Jakobs.

VI. CONCLUSIONES

1. En el contexto actual, pretender que el Derecho penal se muestre insensible a la evolución social es de todo punto impensable. El orden punitivo, como el resto del Ordenamiento jurídico, debe constituirse en un instrumento al servicio de la sociedad y de sus ciudadanos y, como tal, debe adaptarse a los tiempos en los que debe ser aplicado; por lo que el Derecho penal no puede ni debe acorazarse en torno al núcleo tradicional, convirtiéndose en un cuerpo normativo obsoleto, incapaz de afrontar las nuevas demandas sociales muy al contrario, debe evolucionar y hacer frente, junto a los peligros clásicos, a los nuevos riesgos que vayan apareciendo.
2. El movimiento expansivo (o modernizador) del derecho penal justifica el surgimiento nuevos intereses surgidos de la sociedad de riesgo que trae como consecuencia la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada; que serán protegidos a través del derecho penal.
3. Los bienes jurídicos colectivos son principalmente elementos para la protección de un determinado funcionamiento del sistema social y, en esa medida, resultan tener un carácter masivo y universal; concibiéndose como un concepto supraindividual, se podrá establecer la conexión entre éste y los intereses de los individuos, es decir, éstos están al servicio de los ciudadanos como una vía para garantizar las relaciones sociales dirigidas a la satisfacción de las necesidades básicas.

4. La expansión del derecho penal concretizada en la protección bienes jurídicos colectivos deben cumplir siempre y en suficiente medida con ciertos criterios; a decir, que estos bienes por su importancia merezcan protección penal y que además necesiten de la misma. De esta manera se garantiza la presencia de una política criminal que actúa de manera efectiva frente a la nueva criminalidad.

5. Al extender su intervención a nuevos sectores de la actividad social y al ampliar el ámbito de protección más allá del círculo de los bienes jurídicos individuales, el Derecho penal se convertiría en un instrumento de política social, por lo que el Derecho penal dejaría de ser la última ratio para convertirse en la primera o única ratio en la protección de los nuevos bienes jurídicos.

VII. RECOMENDACIONES

1. Al Poder Ejecutivo diseñar un conjunto de estrategias y directrices del derecho penal en base del contexto social actual y la realidad político criminal de nuestra sociedad; a fin de que esta pueda ser efectiva en la lucha contra los nuevos riesgos surgidos de la sociedad moderna y enfrentar de forma eficaz la nueva criminalidad.
2. A los magistrados tomar en consideración que la expansión del Derecho penal para tratar de garantizar la seguridad de la sociedad moderna ante los nuevos riesgos supone una merma de las libertades individuales de los ciudadanos o, contrariamente, redundante en una mayor protección de dichas libertades individuales (conflicto entre libertad y seguridad), este conflicto debe ser resuelto mediante una solución conciliadora que patrocine un Derecho penal que tutele de forma razonable uno y otro, dado que ambos intereses resultan imprescindibles para la convivencia social.
3. A los legisladores, que la respuesta a la demanda de protección de ciertos bienes jurídicos, que la doctrina hoy denomina como bienes colectivos, debe cumplir siempre y en suficiente medida con ciertos criterios; a decir, que por su importancia merezca una protección penal (merecimiento de pena) y que además necesite de esa protección (necesidad de pena). El merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO, E. (2004). “¿Es posible el Derecho penal liberal?”. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALLER, G. (2002). “Peligrosidad y Derecho penal”. En: Violencia y peligrosidad en la sociedad de hoy. Montevideo: Rosgal.
- ALLER, G. (2005). “Responsabilidad penal médica”. En: Criminología y Derecho penal, Tomo I, libro en coautoría con Miguel Langon. Montevideo: .Del Foro.
- ARANZAMENDI, Lino (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Lima: Grijley.
- ARIAS, D. (2006). A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo. Grupo de Estudios Penales. Medellín: Universidad Eafit.
- ATIENZA, M. (2006). El derecho como argumentación. Editorial Ariel, Barcelona.
- BALCARCE, F. (2003). Derecho Penal Económico, Tomo I. Córdoba: Mediterránea.
- BARBERO, M. (1981). “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”. En: Ponencia en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por la Universidad de Belgrano para conmemorar el Cincuentenario del Código penal argentino, celebradas en Buenos Aires.
- BASTOS, M. (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo, Lima: Gaceta Jurídica.
- BLUMER, H. (1969). Symbolic Interactionism. Perspective and Method. Traducido por Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós.

- BRIONES, G. (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Editorial Trillas.
- BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. (1994). Manual de derecho penal, Parte general. Barcelona: Ariel.
- CALLEGARI, A. (s.f.). Crimen organizado y su tipificación frente al contexto de la expansión del derecho penal. Revista de derecho. Disponible en: <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/viewFile/1005/828>
- CARO, D. (1999). Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Lima: Gráfica Horizonte.
- CASTRO, C. (2006). Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. En: Díkaion, N° 15, año 20, Colombia: Universidad de la Sabana Chía.
- DAHRENDORF, R. (1998). Ley y orden, traducido por Luis María Díez-Picazo. Madrid: Civitas,
- DE LA CUESTA, P. (1998). Tipicidad e Imputación objetiva, 1ra. Reimpresión, Mendoza: Jurídicas Cuyo.
- DE LA CUESTA, P. (2007). “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”. En: Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- DÍEZ, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista electrónica de Ciencia penal y criminología. Núm. 06-03, 2004. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

- DÍEZ, J. (2014). “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. N° 07-01, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
- ENRICO, C. (2004). “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., traducido por María José Pifarré. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FELLER, C. (2005). El derecho penal en la sociedad actual: Un riesgo para las garantías penales. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Núm. XXVI, Valparaíso.
- FERRAJOLI, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (1ª Ed.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006). Criminalidad y globalización. En Garantismo Penal. En: Colección de lecturas jurídicas. Núm. 34. México.
- FERRAJOLI, L. (2006). Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. En: Garantismo Penal. En: Colección de lecturas jurídicas. Núm. 34. México.
- FLORES, P. (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, Editorial Grijley, Lima.
- GAROFALO, R. (1885). Criminología. Turín: Fratelli Bocca.
- GASPAR, Á. (2016). Curso: Principales aspectos de los delitos de corrupción de funcionarios. Academia de la Magistratura. Cecilia Cedrón Delgado y Bruno Novoa Campos (coords.) Lima.
- HASEMMER, W. y MUÑOZ, F. (1995). La Responsabilidad por el Producto. Valencia: Tirant lo Blanch.

- HASSEMER, W. (1992). Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Traducido por E. Larrauri. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Tomo XLV, fasc. I Madrid.
- HASSEMER, W. (1998). Perspectivas del derecho penal del futuro. Traducido por Enrique Anarte Borralló. En: Revista Penal N° 1. Barcelona.
- HASSEMER, W. (1995), "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en VVAA. Pena y Estado, Santiago: Conosur,
- HEFENDEHL, R. (2002). "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos, RECPC 04-14. Disponible en sitio web: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf.
- HEFENDEHL, R. (2007). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Barcelona: Marcial Pons.
- HEINE, G. (1993). "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio Ambiente". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, fasc. I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- HERNANDEZ, R. y otros (2010). Metodología de la Investigación. México: McGrawHill,
- HERZOG, F. (1991). "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales". En: Nuevo Foro Penal, N.º 53, AA. VV., traducido por Elena Larrauri. Bogotá: Temis.
- HOBBS, T. (1999). Tratado sobre el ciudadano. Traducido por Joaquín Rodríguez Feo. Valladolid: Trotta.

- ISAAC, W. (1924). *The Unadjusted Girl*, Londres, traducido por Jesús Alborés, Madrid: Alianza Universidad.
- JAKOBS, G.(2002). *Moderna dogmática penal*. México: Porrúa.
- JAKOBS, G. (2003). “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: *Derecho penal del enemigo*, Trad. Cancio Meliá, M. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. y CANCIO, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, G. (2004). “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., traducido por Teresa Manso Porto. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson-Civitas.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- JIMENEZ, M. (2014). “Sociedad del riesgo e intervención penal”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. N° 16-08, 2014. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.
- KINDHAUSER, U. (2009). “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”. En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/219137>.
- KISS, A. (2011). *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires:Ad-Hoc,.

- LUHMANN, N. (1996). “El concepto de riesgo”. En: Las consecuencias perversas de la modernidad, AA.VV., traducido por Celo Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos.
- LUJAN; M. (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica,
- MALDONADO, F. (2006), “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, pp. 30 y ss. Disponible: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/issue/view/1399>.
- MARTÍNEZ, C. (1998). Derecho Penal Económico, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJAN, C. (1994). “El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria”, En: Proyecto de investigaciones sobre “Delitos económicos”, PB93-1168, Universidad de La Coruña. España.
- MARVIN, E. (1951). Social Pathology. traducido por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Depalma.
- MAURACH, R. (1962). Tratado de Derecho penal. Tomo I, traducido por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel.
- MENDOZA, B. (1999). “Exigencias de la Moderna Política Criminal y Principios Limitadores del Derecho Penal”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LII. Madrid.
- MENDOZA, B. (2001). El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Editora Madrid: Civitas,

- MENDOZA, B. (2003). “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.
- MENDOZA, B. (2005). “El Derecho penal ante la globalización: el principio de precaución”. En: Derecho penal y política transnacional, AA. VV., coordinadores Silvina Bacigalupo Saggese y Manuel Cancio Meliá. Barcelona: Atelier.
- MEZGER, E. (1958). Derecho penal. Parte General. Traducido por Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica argentina.
- MUÑOZ, F. (2000). “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”. En: Revista Penal, N° 139, Barcelona.
- NELLES, Ú. (2004). “La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro”. En: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, AA. VV., traducido por María José Pifarré. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOYA, J. (1993). “Riesgo o sociedad: ¿es esa (toda) la cuestión?”. En: ¿Hacia una sociedad del riesgo?, AA. VV., Revista de Occidente, N° 150, Madrid.
- PARIONA, R. (2005). Aproximaciones al derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica, en Reyna Alfaro, Luis M. (coord.), “Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa”. Lima: Ara.
- POLAINO-ORTS, M. (2006). Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Lima: Grijley.
- PRITTWITZ, C. (2004). “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., traducido por Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. Buenos Aires: Hammurabi.

QUINTERO, G. (2003). Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. En Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo- El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Universidad de Castilla- La Mancha.

RAMIREZ, R. (2010). Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis, Lima: UNMSM.

RAMIREZ, J. (2004). Bienes jurídicos colectivos. Lima: Ara.

ROBLES, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Lima: Ffecaat,

ROBLES, L. y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima: Fecaatt,

ROXIN, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. Traducido por Luzón Peña-Díaz y García Conlledo-De Vicente Remesal. Madrid: Civitas.

SÁNCHEZ, J. (2006). La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores.

SAUL, H. (1964). The other side. Perspectives of Deviance, traducido por Antonio Ribera Jordá. Barcelona: Sagitario.

SCHUNEMANN, B. (2006). Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Lima: Idemsa

- SILVA, J. (1998). “¿Político criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”. En: AP, N° 23, Madrid.
- SILVA, J. (2001). La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas.
- SILVA, J. (1997). Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. Boch.
- SOLÍS, A. (2001). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima.
- SOTO, S. (2005). Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LVIII, Málaga.
- TERRADILLOS, J. (1999). “Peligro abstracto y garantías penales” en: Nuevo Foro Penal, N° 62, p. 69. Disponible: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>.
- ULRICH, B. (1993). “De la sociedad industrial a la del riesgo”. En: ¿Hacia una sociedad del riesgo?, AA. VV., traducido por Alejandro del Río Herrmann, Revista de Occidente, N.º 150, Madrid.
- ULRICH, B. (1996). “Teoría de la sociedad del riesgo”. En: Las consecuencias perversas de la modernidad, AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos.
- ULRICH, B. (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.

- ULRICH, B. (2001). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, traducido por Bernardo Moreno y Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.
- ULRICH, B. (2001). “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., traducido por Jesús Alborés. Madrid: Alianza Universidad.
- ULRICH, B. (2005). La mirada cosmopolita o la guerra es la paz, traducido por Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós.
- VILLEGAS, E. (2010). “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales”. Editorial Astrea. Extraído de la revista electrónica “Derecho Penal”, Université de Fribourg. Encontrado en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal.
- WEBER, M. (1967). El político y el científico, traducido por Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza.
- ZAFFARONI, E. y otros. (2007). Manual de Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZELAYARAN, M. (2000). Metodología de la investigación jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas.
- ZIELINSKI, D. (2004). Dolo e imprudencia. Traducido por Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi.

VI. ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA LEGITIMACION DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | VARIABLES | ASPECTOS METODOLÓGICO |
|--|---|---|---|---|
| <p>Problema general ¿Cuál es la problemática presenta sobre la necesidad de protección penal a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo?</p> <p>Problemas específicos a) ¿Cuáles son los fundamentos político-criminales sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo? b) ¿Por qué existe la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos mediante los tipos penales de peligro abstracto en la sociedad de riesgo? c) ¿Qué razones jurídicas existen para justificar la legitimidad de los tipos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo? d) ¿Qué caracteres permiten afirmar la legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto y su relación con el derecho penal del enemigo?</p> | <p>Objetivo general Analizar la problemática que se presenta sobre la necesidad de protección penal a los bienes jurídicos colectivos y la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo.</p> <p>Objetivos específicos a) Describir los fundamentos político-criminales sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo. b) Explicar la necesidad de protección penal brindada a los bienes jurídicos colectivos mediante los tipos penales de peligro abstracto en la sociedad de riesgo. c) Justificar si existe legitimidad de los tipos de peligro abstracto sobre la base de los planteamientos del derecho penal del enemigo. d) Determinar los caracteres que permiten afirmar la legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto y su relación con el derecho penal del enemigo.</p> | <p>La creación de la denominada categoría delitos de peligro abstracto obedece a un criterio expansionista del derecho penal sustentado en el derecho penal del enemigo, en consecuencia, a partir de ello, el derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad.</p> | <p>Variable Independiente (X): Sociedad de riesgo Indicadores <input type="checkbox"/> Derecho penal de riesgo <input type="checkbox"/> Derecho penal del enemigo <input type="checkbox"/> Peligrosidad <input type="checkbox"/> Seguridad y orden publico <input type="checkbox"/> Expansionismo penal</p> <p>Variable Dependiente (Y): Protección y legitimidad de los delitos de peligro abstracto Indicadores: <input type="checkbox"/> Posiciones dogmáticas <input type="checkbox"/> Protección penal del bien jurídico colectivo <input type="checkbox"/> Protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor <input type="checkbox"/> Política de seguridad <input type="checkbox"/> Control social <input type="checkbox"/> Nuevos comportamientos delictivos <input type="checkbox"/> Técnicas de los delitos de peligro <input type="checkbox"/> Demanda social</p> | <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa UNIDAD DE ANALISIS: Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS: Método de la argumentación jurídica.</p> |

