

EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ  
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla

# **SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RIESGO**

Prólogo de  
Alfonso CASTRO SÁENZ  
Decano y Catedrático de Derecho  
de la Universidad de Sevilla

2014

**JIB**  
BOSCH EDITOR

# Sumario

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| PRÓLOGO . . . . .               | 15 |
| ESTADO DE LA CUESTIÓN . . . . . | 21 |
| ABREVIATURAS. . . . .           | 23 |

## **PRIMERA PARTE.** Sociedad del riesgo: Aproximación sociológica

### CAPÍTULO I

#### **Concepto, clasificación y comunicación en la sociedad de riesgo . . . . .** 25

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Diferenciación del riesgo. . . . .                       | 25 |
|    | A) Riesgo / Peligro. . . . .                             | 28 |
|    | B) Riesgo / Seguridad . . . . .                          | 29 |
| 2. | Clasificación del riesgo. . . . .                        | 30 |
|    | A) Positivista / Relativista. . . . .                    | 30 |
|    | B) Sociológica / Metafísica . . . . .                    | 30 |
|    | C) Probabilística / Contextualista . . . . .             | 31 |
| 3. | Concepto del Riesgo . . . . .                            | 31 |
|    | A) Científico . . . . .                                  | 33 |
|    | B) Psicológico . . . . .                                 | 35 |
|    | C) Social . . . . .                                      | 37 |
| 4. | Comunicación del riesgo. . . . .                         | 39 |
|    | A) Comunicación del riesgo en el Derecho penal . . . . . | 43 |

### CAPÍTULO II

#### **Globalización y riesgo en las sociedades postindustriales . . . . .** 49

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Características esenciales de la globalización . . . . . | 49 |
|    | A) Globalización y comunicación. . . . .                 | 50 |

|    |   |    |
|----|---|----|
| B) | Globalización en el ámbito económico . . . . .                | 51 |
| C) | Globalización y Sociología . . . . .                          | 52 |
| a) | Escépticos de la globalización . . . . .                      | 52 |
| b) | Hiperglobalizadores . . . . .                                 | 52 |
| c) | Transformacionistas . . . . .                                 | 53 |
| 2. | Consecuencias objetivas de la globalización: riesgo . . . . . | 54 |
| A) | Riesgos manufacturados . . . . .                              | 54 |
| B) | Riesgos de libre mercado . . . . .                            | 56 |
| 3. | Consecuencias subjetivas de la globalización: miedo . . . . . | 58 |
| 4. | Globalización y Derecho . . . . .                             | 62 |
| A) | Globalización y Estado de Derecho . . . . .                   | 62 |
| B) | Globalización y Derecho penal . . . . .                       | 63 |

### CAPÍTULO III

|    |  |           |
|----|--|-----------|
|    | <b>Modelos de la «Sociedad del riesgo» . . . . .</b> | <b>69</b> |
| 1. | Modelo de Frank Xaver KAUFMANN . . . . .             | 69        |
| 2. | Modelo de Ulrich Beck . . . . .                      | 74        |
| 3. | Modelo de Adalbert Evers / Helga Nowotny . . . . .   | 79        |

## **SEGUNDA PARTE.** Protección jurídico-penal en la Sociedad del riesgo

### CAPÍTULO I

|    |  |           |
|----|--|-----------|
|    | <b>La Política criminal en la Sociedad del riesgo: ¿protección a la incertidumbre? . . . . .</b> | <b>85</b> |
| 1. | Características de la Política criminal en la sociedad del riesgo. . . . .                       | 85        |
| A) | Critica al Derecho penal del riesgo . . . . .  | 87        |
| a) | Hassemer . . . . .   | 88        |
| b) | Albrecht . . . . .   | 90        |
| c) | Herzog . . . . .   | 92        |
| d) | Prittwitz . . . . .  | 92        |
| B) | Toma de postura . . . . .  | 94        |
| 2. | Sociedad del riesgo: ¿Política-criminal intervencionista? . . . . .                              | 101       |
| 3. | El sentido del Derecho penal simbólico . . . . .   | 109       |
| A) | La funcionalidad simbólica en el moderno Derecho penal . . . . .                                 | 109       |
| B) | Estabilización normativa a través del Derecho penal simbólico . . . . .                          | 112       |
| C) | Misión normativa de orientación de conductas . . . . .   | 115       |

### CAPÍTULO II

|    |   |            |
|----|---|------------|
|    | <b>El Derecho penal ante la Sociedad del riesgo . . . . .</b> | <b>119</b> |
| 1. | Legitimación del moderno Derecho penal . . . . .              | 119        |
| A) | Limites internos . . . . .                                    | 121        |
| a) | Daño o mal no trivial (Principio del daño) . . . . .          | 121        |

|   |         |
|---|---------|
| b) Impermisividad (Conductas no permitidas) . . . . .                                   | 124     |
| c) Merecimiento de pena . . . . .   | 126     |
| B) Límites externos . . . . .   | 131     |
| a) Escrutinio estricto . . . . .  | 132     |
| b) Criterio de racionalidad . . . . .   | 134     |
| C) Toma de postura . . . . .  | 137     |
| 2. El rol de aseguramiento del Derecho penal actual: Dimensiones<br>esenciales. . . . . | 141     |
| A) Atribuciones de seguridad . . . . .  | 141     |
| B) Seguridad cognitiva . . . . .  | 144     |
| C) Seguridad contrafáctica . . . . .  | 146     |
| <br>BIBLIOGRAFÍA . . . . .  | <br>149 |

## Prólogo

«Justicia... es hábito del corazón, el cual, guardando el provecho común, da a cada uno su dignidad» escribió Fray López Fernández de Minaya en su *Espejo del alma*, 261, en una honda cadena de pensamiento que remonta el vuelo primitivo hasta el magma retórico aglutinado tradicionalmente en torno a la figura (la idea misma) de Cicerón, que entra luego en un costado de la cultura europea por Isidoro de Sevilla, *Del sumo bien*, I, 27. ¿No era por en medio ese humus también una máxima elevada a principio sacrosanto del jurisconsulto romano en la voz crepuscular de Ulpiano cuando dejó escrito, en sus *tria iuris praecepta*, llegados a nosotros por el bies del Digesto justiniano (que el propio Isidoro ignoró, en una preterición resonante de la que he tratado en otros días), *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere?* (Ulp. 1 *reg.*, D. 1, 1, 10, 1): «Vivir con honestidad, no perjudicar al otro, dar a cada uno lo suyo». Así cabe encontrarlo también, en el transcurso de los densos siglos intermedios, en el proemio de un clásico no menor pero tampoco demasiado frecuentado de nuestra literatura medieval, *El Victorial*, de Gutierre Díaz de Games, manantial auténtico de sabiduría, depósito de sedimentos seculares de una cultura a punto de alcanzar, avanzando el siglo XV, el esplendor de su hora máxima: «Justicia es ávito de la mente, proveimiento de razón, dar a cada uno lo que suyo es»\*. No

---

\* Cfr. R. Beltrán (ed.), *Gutierre Díaz de Games, El Victorial* (Madrid, Real Academia Española, 2014), p. 8 y n. 31, con un atado de fuentes, que obvia al Digesto.

me atrevería a decir yo que sea ese un hábito de quien escribe estas líneas, porque eso han de decirlo o callarlo otros, aunque sí un propósito. Desde ese substrato, que es irrenunciable, imposible negarme aludiendo a razones de tiempo a la petición del doctor Iván Colina de prologar esta nueva monografía suya, pues el tiempo se encuentra bajo el tiempo; pues el tiempo es elástico en el alma del hombre; pues siempre hay tiempo cuando se busca el recodo en el camino, el alto en la carrera, el respiro en el cúmulo de las obligaciones que se asumen un día porque se quiso. Nunca un jurista de Roma halló motivo para rechazar la pretensión de una consulta en derecho por difícil de asumir que pudiese vérsela (cfr. de nuevo Cicerón, ahora en *Pro Muren.*, 4, 9). ¿Cómo hacerlo para quien ha consagrado buena parte de su vida a estudiarlos y a admirar sus resortes, sus atisbos impercederos, su *modus vivendi*? Tan solo desde una de esas contradicciones que ni siquiera salvaría el filtro poético de Vladimír Holan en atención a un fructífero posibilismo que abra y nutra la vida (otro distinto, pero homologable, al del jurista Ticio Aristón); solo desde una de esas contradicciones tan habituales en tantos que no son contradicciones sino incongruencias; solo desde un sitio al que en definitiva yo no quiero ir para no encontrarme con compañías odiosas. A los hombres de bien y de ciencia se les dice siempre lo que merecen: en las oposiciones, los concursos, en la vida misma. Sí.

Pues la ciencia sin conciencia, como enseñó aquel príncipe rabelesiano, es ruina del alma. Quizás empiece a procurársele en otras esferas, más allá de en la puramente científica (donde el autor es un reconocido especialista desde hace ya años, formado en su México natal, en su España de adopción, en la inevitable Alemania, donde realizó una fructífera estancia de investigación en el Strafrechtliches Institut de la Universidad de Bonn, bajo la tutela académica de Urs Kindhäuser, desde junio a octubre de 2012), esto que nuestros clásicos latinos y españoles sostenían desde una honda convicción moral: dar a cada uno lo suyo. Cuando pienso en Colina y creo habérselo transmitido en alguna ocasión percibo, con la claridad que a los asertos abstractos regalan las vivencias personales, carnalizándolos, aquello que dejó dicho Cela, y que yo mismo me he aplicado con frecuencia, pues no todo es vértigo hacia adelante en la vida de uno: «en España, quien resiste gana». Solo la resistencia puede oponerse por quien nada halló regalado ante quienes han hecho del regalo ajeno un modo de vida, ascenso (pero qué relativo uno así logrado), medro. Qué orgullo labrarse las cosas por uno mismo, con el apoyo

merecido solo de quienes merecen lo que dan: de quienes lo merecieron antes y aspiran a seguir mereciéndolo, porque el mérito hay que cultivarlo, perseguirlo, trabajarlo siempre, toda la vida. La lealtad de Iván Colina a aquellos que supieron ver en él lo que atesora y procuraron darle siempre lo que merecía es la mejor tarjeta de visita del hombre, aquel que abrió con su vigor y su capacidad de trabajo la espléndida pléyade de juristas iberoamericanos que desde aquel entonces, al clarear el nuevo milenio, han frecuentado el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Sevilla para la elaboración de sus investigaciones y especialmente de sus tesis doctorales, en el marco de aquel inolvidable Curso de Doctorado, a revivir ahora en este nuevo período como renovado Máster, en torno a la figura del maestro Miguel Polaino Navarrete, uno de los penalistas europeos de mayor predicamento en Iberoamérica, doctor *honoris causa* por una muchedumbre de Universidades hispanoamericanas, con el que quien firma este prólogo siguió sus dos cursos de licenciatura en Derecho penal (Parte General y Parte Especial) en el tránsito al último decenio del pasado siglo en la inolvidable sede de la Fábrica de Tabacos, que será siempre para quienes la conocimos la sede espiritual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, añorada como al-Ándalus o Sefarad perdidas desde el destierro de otra fábrica menor, prosaica, no querida.

Pero la tarjeta de presentación de un intelectual, la vitola de un universitario son, ante todo, sus obras, aquellas con las que labrarse el nombre o la reputación, desde la hora misma (no originaria) en que la noción de autoridad vino a enredarse con la de autoría, abandonando las aguas primigenias, en el itinerario de la cultura grecolatina, en que el saber aún se transmitía por vía oral. Ahí están para quien quiera ilustrarse las de Edgar Iván Colina, doctor por la Universidad de Sevilla desde el curso 2008-2009: *La defraudación tributaria en el Código penal español (Análisis jurídico dogmático del art. 305 CP)* (Barcelona, José María Bosch Editor, Barcelona, 2010); *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de dominio* (México, Editora Ubijus, 2010) y *Ley Federal de Extinción de Dominio. Análisis jurídico-procesal* (México, Flores Editor y Distribuidor, 2011), que consolidaron, ante el público especializado europeo y americano, la presencia de un investigador de seriedad incuestionable. La obra que el lector tiene entre sus manos, *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*, es por tanto su cuarta monografía en forma de libro y parte de la percepción de un cambio paradigmático (o más bien,

como yo prefiero, de un cambio de paradigma) en el sistema social, que nos conduce al fragor de una sociedad diferente, del que ya hablaron referencialmente John J. Macionis y Ken Plummer en su *Sociology. A Global Introduction*, un libro (y un cambio) que el autor menciona al inicio de su análisis y del que yo he manejado prácticamente siempre la quinta edición revisada (Harlow - New York, Pearson - Prentice Hall, 2011) en mis propios escauceos por el magma de otras ciencias sociales: un monumento de 1064 páginas, con un mayor aporte estadístico y gráfico que en ediciones previas y una obra que plasma, de manera plástica, la atención del doctor Colina por los universos cercanos a la disciplina del Derecho penal, densa, maravillosa, mestiza. No será la única gozosa grieta en esta obra a esos mundos cercanos, desde luego, y con ella conviven, entre otras, algunas que reflejan la nutriente sociológica del fenómeno de la globalización en que se ubica el problema del riesgo, en un ámbito como el de las sociedades actuales amenazado por su propio desarrollo, su mismo éxito. Eterna enseñanza de la historia, desde Salustio o Tácito, pues no es solo que tras el ascenso una sociedad solo pueda decaer; es que el ascenso mismo trae consigo las células del decaimiento.

En tal sentido, y en la medida en que un estudio individual se enriquece (o lo contrario) por la atmósfera en que respira, como una impregnación o un aroma que se alquimiase con el propio impulso personal, esta obra se erige, también, en un ejemplo de la efervescencia intelectual, del rigor conceptual y de la querencia por las vertientes dogmáticas, y desde luego fronterizas, de la ciencia penalista por las que la escuela a la que Iván Colina pertenece se inclina con particular energía y de las que Miguel Polaino Orts, con quien el autor mantiene una relación de fraternidad que va más allá de una profunda sintonía científica, o Myriam Herrera Moreno son también buena prueba. Baste compulsar en esta obra las páginas consagradas a la diferenciación, clasificación, concepto y comunicación del riesgo presentadas en el capítulo primero de la primera parte, luego desarrolladas en el primero de la segunda, o aquellas otras dedicadas a los límites internos y externos en la legitimación del moderno Derecho penal, ya en la franja final del libro, o su amplio dominio de la literatura jurídica y sociológica especializada, del que hace gala ante todo al ocuparse en el capítulo tercero de los modelos de la sociedad del riesgo (un concepto acuñado por Ulrich Beck en 1986), para contrastarlo.



Un mundo de mundos imbricados, que aquí halla un tratamiento ponderado y no exento de sugerencia, que ahora inicia su andadura editorial y se somete al juicio definitivo, el de los lectores de su hora presente, anterior al definitivo, que no siempre llega en la forma de un eco (aunque tantas otras sí en la del silencio), aquel que a unas pocas obras regalan con su atención los hipotéticos lectores de las generaciones futuras.

Frontera última, aspiración máxima de esta como de cualquier obra.

Alfonso CASTRO SÁENZ  
Decano y Catedrático de Derecho  
de la Universidad de Sevilla



## Estado de la cuestión

No cabe duda que uno de los temas que más polémica ha suscitado en la dogmática jurídico-penal de la últimas décadas es el denominado Derecho penal del riesgo, sobre ello como es lógico han surgido bandos contrarios, los que más aquellos que denuncian la ilegitimidad de sus postulados, para ello se sirven de que éste emplea a los delitos de peligro abstracto como figura central, así como la utilización de los bienes jurídicos colectivos, con todo lo que ello conlleva.

Se manifiesta que, un Derecho penal de tales características menoscaba la libertad individual y rompe con el «buen Derecho penal liberal», lo que trae aparejada una expansión irracional en la legislaciones penales, sin embargo; como ha manifestado GRACIA MARTÍN, el moderno Derecho penal (en el cual se incluye sin lugar a dudas el Derecho penal del riesgo), responde a las exigencias de las profundas transformaciones de la sociedad, por lo que ya no se pueden tomar como puntos de referencia las bases en las que se sustentó el Derecho penal de la ilustración.

Bajo este argumento, resulta lógico que se deba observar al Derecho penal del riesgo, como hijo de su tiempo, es decir no se le puede someter a un test de legitimidad bajo los parámetros de un Derecho decimonónico que en muchos de los casos ya no corresponde con la sociedad actual, con ello no se quiere decir que por ello las conquistas alcanzadas en la ilustración en materia penal hayan quedado obsoletas, sino más bien que estas se deben de

adecuar a las exigencias de la sociedad moderna, pues sólo así se estará en condiciones de realizar en toda su plenitud los principios y garantías derivados de un Estado social y democrático de derecho.

En la presente monografía, se trata de poner de relieve la vocación legitimadora del Derecho penal del riesgo, para ello se ha tomado como referencia la teoría de la criminalización del filósofo y jurista Douglas HUSAK, en el que grosso modo propone cuales deben ser los límites tanto internos como externos a la hora de tipificar una conducta; pues bien al momento de pasar por dicho filtro los postulados del Derecho penal del riesgo se podrá observar que este cumple a cabalidad con todos y cada uno de sus presupuestos, por lo que la conclusión es clara y contundente: **¡el Derecho penal del riesgo es legítimo!**

Sin embargo, para llegar a tal conclusión, analizamos los modelos de la sociedad del riesgo, así como los diversos conceptos que al respecto han surgido, desde un plano sociológico. Por otro lado, se analizó desde un punto de vista político-criminal las líneas y accidentes que se han presentado en el Derecho penal, así como las críticas que al respecto han surgido, para posteriormente analizar si este Derecho penal del riesgo resulta legítimo.

Quiero aprovechar estas líneas para agradecer al Prof. Dr.Dres. h.c.Urs KINDHÄUSER, su generosa acogida en el Instituto de Derecho penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, agradecimiento que quiero hacer extensivo a los Profs. Dres. Miguel POLAINO NAVARRETE, Borja MAPELLI CAFFARENA y Miguel POLAINO-ORTS, por su constante disposición al diálogo sobre la presente monografía, así como sus valiosas sugerencias sobre el texto. Agradecimiento que hago extensivo al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla Prof. Dr. Dr. h.c. Alfonso CASTRO SÁENZ, por su constante apoyo en mi carrera universitaria.

De igual manera, no puedo dejar pasar la ocasión para agradecer la valiosa ayuda prestada por los doctorandos de la Universidad de Sevilla, Belén LINARES, Henrique ABI-ACKEL, Alri ZURITA, Silvia VERDUGO, Ricardo William SÁNCHEZ, así como al doctorando de la Universidad de Pompeu Fabra, Segundo ROLANDO MÁRQUEZ, cuyas discusiones sobre este tema en nuestra común estancia en Bonn, sin duda contribuyeron a esta monografía.

Finalmente, quiero agradecer a la prestigiosa editorial JM Bosch, por asumir la publicación de esta monografía.