



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE LA LEY N° 21.310 A LA LUZ DEL
PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA PENAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

BENJAMÍN ANDRÉS NÚÑEZ OCHOA

Profesor Guía: LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

SANTIAGO, CHILE

2022

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	1
1. Tipos penales en estudio y marco general de la regulación de los fuegos artificiales en Chile.	1
a) Reglamentación de los fuegos artificiales en la Ley N° 17.798 sobre control de armas: artículo 1°, artículo 3° A inciso primero e inciso segundo.....	2
b) Modificaciones supresivas, introducidas por la Ley N° 21.310 a la Ley N° 19.698 y al Código Penal.	3
c) Modificaciones introducidas por la Ley N° 21.310 a la Ley N° 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.....	3
d) Causas de la criminalización de las conductas vinculadas a los fuegos artificiales	3
2. Objeto de la investigación.....	6
3. Finalidad de la investigación.....	6
4. Métodos de la investigación.....	8
5. Estructura general de la investigación.....	9
CAPITULO I: EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....	9
1. El Derecho penal. Subjetivo y objetivo.....	9
a) Definiciones doctrinarias de Derecho penal.....	10
b) El ius puniendi.....	10
c) Evolución histórica del ius puniendi	11
d) La legitimación del ius puniendi	13
2. Límites al ius puniendi: una visión tradicional	15
a) Límites en un Estado de Derecho.....	15
i) Principio de legalidad.....	15

A.	Concepto.....	15
B.	Garantías del principio de legalidad	15
C.	El principio de legalidad en el Derecho nacional	16
b)	Límites en un Estado Democrático:	17
i)	Principio de humanidad de las penas.....	17
ii)	Principio de culpabilidad.....	17
iii)	Principio de proporcionalidad	18
iv)	Principio de resocialización.....	20
c)	Límites en un Estado Social	20
i)	Principio de necesidad o utilidad de la intervención penal	21
ii)	Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (principio de lesividad).....	22
iii)	Principio de intervención mínima	22
3.	El principio de intervención mínima.....	24
a)	Relación entre el principio de intervención mínima y los otros principios limitadores del ius puniendi	24
b)	Contenido del principio de intervención mínima	27
CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA SOCIEDAD ACTUAL.....		28
1.	La seguridad como objetivo de la política criminal contemporánea.....	28
a)	Un panorama general.....	28
b)	El fenómeno de la securitización.....	30
c)	Cuestiones sobre la seguridad como objetivo político criminal	32
2.	El nuevo modelo de intervención penal de la seguridad ciudadana.....	33
a)	Derecho penal en clave securitaria: surgimiento del modelo penal de la seguridad ciudadana.....	33
i)	La crisis contemporánea de los modelos clásicos de intervención penal	35

A.	Modelo penal garantista.....	35
B.	Modelo penal resocializador.....	35
ii)	Modelo penal de la seguridad ciudadana.....	37
A.	Características principales	37
B.	Propuestas doctrinales del Derecho penal de la seguridad ciudadana.....	40
□	El Derecho penal de enemigo.....	40
□	El Derecho penal de la tercera velocidad	41
□	La reconstrucción del Derecho de la peligrosidad.....	42
b)	Distintos sentidos de la locución seguridad ciudadana	43
3.	La política criminal chilena de los últimos años.	45
a)	Las políticas criminales de la transición a la democracia (1990 - 2000).....	45
b)	Políticas criminales de la década pasada (2000 – 2010)	47
c)	Las conclusiones.....	49
CAPITULO III: ANÁLISIS DE LA LEY 21.310 A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....		51
1.	Antecedentes de la promulgación de la Ley N° 21.310.....	51
a)	Panorama general	51
i)	Del ilícito de carácter infraccional.....	51
ii)	Del ilícito de carácter penal: resumen de la historia de la Ley N° 21.310.....	54
A.	Fundamento de las propuestas contenidas en las mociones parlamentarias.	54
B.	La opinión de la Corte Suprema y la Discusión en el seno de la Comisión de Seguridad Ciudadana.....	56
C.	Discusión en sala y aprobación en general y en particular del proyecto en la Cámara de Diputados.....	58
D.	Discusión en el Senado y aprobación del proyecto de Ley	60
2.	Bien Jurídico protegido	62

a)	Bien jurídico protegido en la Ley N° 17.798	62
b)	Bien Jurídico protegido en la Ley N° 21.310	64
c)	Técnica legislativa de la Ley N° 21.310: Delitos de peligro	67
3.	Análisis de la regulación introducida por la Ley N° 21.310 a la luz del principio de intervención mínima	69
a)	Los delitos contemplados en la Ley N° 21.310.....	69
i)	El delito de posesión o tenencia de fuegos artificiales	69
A.	Regulación legal: artículo 9 inciso final Ley N° 17.798	69
B.	El bien jurídico protegido	70
C.	La conducta.....	70
D.	Objeto material: Definición de Elementos Pirotécnicos.....	71
E.	Tipo subjetivo.....	72
F.	Penalidades	72
ii)	El delito de fabricación, armado, elaboración, adaptación, transformación, importación, internación, exportación, transporte, almacenaje, distribución, ofrecimiento, adquisición o celebración de convenciones respecto de fuegos artificiales	72
A.	Regulación legal: artículo 10 inciso tercero nuevo Ley N° 17.798.....	72
B.	El bien jurídico protegido	73
C.	Conducta.....	73
D.	Objeto material	74
E.	Tipo subjetivo.....	74
F.	Penalidades	74
iii)	El delito de uso de fuegos artificiales	75
A.	Regulación legal: artículo 14 E nuevo Ley N° 17.798.....	75
B.	El bien jurídico protegido	75

C. Conducta.....	76
D. Objeto material	77
E. Tipo subjetivo.....	77
F. Penalidades	77
□ Agravante del inciso segundo del artículo 14 E nuevo	77
CONCLUSIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA	84

Agradezco a Dios por iluminarme a lo largo de este camino, poniendo a mi lado a personas que constantemente estuvieron presente, a ellas dedico este trabajo. A Myriam, mi madre, quien con tierno amor me apoyó durante todos mis años de vida. A mi Abuela Lidia, a quien debo gran parte de lo que soy y fue fundamental en este proceso, y que hoy descansa en paz. A mi tía Patricia, quien con firmeza me instó a continuar el camino cuando estuve en momentos de flaqueza. A ellas dedico el fruto de este trabajo que con esfuerzo y dedicación concluyo, lleno de satisfacción y gratitud.

RESUMEN

En el presente trabajo, se realiza un análisis a la luz del principio de intervención mínima de los tipos penales contenidos en la Ley N° 21.310, que entró en vigor el año 2021, y que tiene por objeto sancionar una serie de conductas como son: la posesión, el tráfico y el uso de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos. Esta Ley se gestó, en el marco de la discusión en torno a la utilización indiscriminada de fuegos artificiales por parte de bandas vinculadas al narcotráfico, tema que gracias a los medios de comunicación se apoderó de la agenda pública y motivó a los operadores políticos a legislar sobre la materia. A mayor abundamiento, en esta investigación se realiza un análisis dogmático de la Ley, tratando los principios limitadores del *ius puniendi* y sirviéndose de aproximaciones teóricas que se avocan al estudio del fenómeno de la expansión del Derecho penal de los últimos años, vinculado a las iniciativas que pretenden satisfacer las demandas de seguridad ciudadana. Abordándose de manera general las políticas criminales chilenas a este respecto, para después tratar en forma pormenorizada los delitos de la Ley N° 21.310 y terminar entregando las conclusiones derivadas de la confrontación entre la norma legal y el principio de intervención mínima.

INTRODUCCIÓN

1. Tipos penales en estudio y marco general de la regulación de los fuegos artificiales en Chile.

La Ley N° 21.310 que modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, es una manifestación arquetípica, de la tendencia del Derecho penal de ir ampliando progresivamente su esfera de regulación, criminalizando conductas que, previamente eran reglamentadas por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Tres son los tipos penales que serán estudiados en la presente memoria. En primer lugar, el delito de posesión o tenencia de fuegos artificiales, contemplado en el nuevo inciso final del artículo 9° de la Ley N° 17.798. En segundo lugar, el delito de fabricación, armado, elaboración, adaptación, transformación, importación, internación, exportación, transporte,

almacenaje, distribución, ofrecimiento, adquisición o celebración de convenciones respecto de fuegos artificiales, contenido en el nuevo inciso tercero del artículo 10° de la Ley N° 17.798. Por último, el delito de accionar, activar o disparar fuegos artificiales, del artículo 14° E de la misma Ley.

Para adentrarse en el análisis de los delitos ya enunciados y comprender su relevancia, es menester describir sucintamente el marco general de la regulación de los fuegos artificiales en nuestro país, junto con la descripción de las modificaciones que fueron introducidas por la Ley N° 21.310.

a) Reglamentación de los fuegos artificiales en la Ley N° 17.798 sobre control de armas: artículo 1°, artículo 3° A inciso primero e inciso segundo.

En primer lugar, el artículo 1° señala que el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Dirección General de Movilización Nacional, está a cargo de la supervigilancia y control de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos.

En segundo lugar, el inciso segundo del artículo 3°A da cuenta que existen distintos tipos de fuegos artificiales, haciendo reenvío al Reglamento Complementario del mismo cuerpo legal, el que establece, en su artículo 286°, que los fuegos artificiales se clasifican en tres grupos: primero, el Grupo 1, que comprende aquellos productos que emiten luces de colores, sin efectos sonoros, y con funcionamiento de uso manual; segundo, el Grupo 2 que son aquellos productos que, además de emitir luces de colores, producen efectos sonoros en el aire, y altura superior a la de una persona; tercero, el Grupo 3, que abarca aquellos productos destinados a presentar espectáculos pirotécnicos, los que, por su magnitud y efectos, solo pueden ser manipulados por personal especializado.

En tercer lugar, el inciso primero del artículo 3°A prohíbe en términos absolutos la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales comprendidos en los Grupos 1 y 2 previamente señalados, mientras que señala que la importación, fabricación, transporte, almacenaje o distribución en el país de los artículos pirotécnicos del Grupo 3 solo puede ser ejecutada por personal especializado ateniéndose a los requisitos y especificaciones técnicas del Reglamento.

b) Modificaciones supresivas, introducidas por la Ley N° 21.310 a la Ley N° 19.698 y al Código Penal.

La Ley N° 21.310 introdujo modificaciones que suponían derogar normas, contenidas en otros cuerpos legales.

Así fue el caso de la Ley N° 19.680, que introdujo las prohibiciones relativas al uso de fuegos artificiales en la Ley N° 17.798 en el año 2000, en particular, fue derogado su artículo 2° que entregaba la competencia para conocer de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 3°A de la Ley sobre control de armas, a los Juzgados de Policía Local, concediéndoles la acción pública para la denuncia, además, estableciendo multas cuya cuantía dependía de la conducta efectuada, junto con la posibilidad de decretar la clausura temporal o definitiva del local en algunos casos particulares. Esta derogación se debe a que la competencia para conocer de estos nuevos delitos queda en los Tribunales con competencia criminal.

También se derogó el artículo 496 N° 12 del Código Penal que establecía como falta, el disparo de armas de fuego, cohetes, petardos u otros proyectiles dentro de las poblaciones en contravención a los Reglamentos.

c) Modificaciones introducidas por la Ley N° 21.310 a la Ley N° 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.

La Ley N° 21.310 modifica el artículo 13° de la Ley N° 19.327, incorporando una remisión al artículo 14° E nuevo de la Ley N° 17.798, para efectos de sancionar penalmente el uso de fuegos artificiales en el marco de un espectáculo de futbol profesional, dentro del recinto deportivo o en sus inmediaciones, o en el desarrollo de hechos o circunstancias conexas.

Por otra parte, deroga la letra c) del artículo 27° de la Ley N° 19.327, el que señala como acto constitutivo de infracción a la Ley, el porte, activación o lanzamiento de bengalas, petardos, bombas de estruendo o, en general todos los elementos a los que hacía alusión el artículo 3°A de la Ley N° 17.798, en espectáculos de fútbol profesional o en actividades conexas.

d) Causas de la criminalización de las conductas vinculadas a los fuegos artificiales

Cabe preguntarse ¿qué ocasionó que estas conductas prohibidas en la ley dejaran de formar parte del sistema contravencional y se incorporaran al régimen penal?

Para efectos de responder esta interrogante, previamente se debe poner de relieve las consecuencias de la modificación de la naturaleza y la entidad de las sanciones estipuladas en la Ley, para lo cual, es menester remitirse en un primer término a lo señalado por la Corte Suprema¹ en el contexto de la discusión parlamentaria de la que sería la Ley N° 21.310. En la medida que, en el primer trámite legislativo del proyecto de ley, le correspondía manifestar su parecer acerca de la propuesta de norma. Esta Magistratura, indicaba que, si bien no existe una delimitación precisa para distinguir entre el sistema penal y el sistema contravencional, y que en la actualidad predomina una distinción más bien formalista, según la cual las contravenciones son aquellas que el legislador sanciona con penas menores, no había duda que la aplicación de ambos sistemas acarrea consecuencias diversas, dentro de las que destaca la mayor protección de garantías individuales que provee el Derecho penal, siendo el sistema contravencional, en este sentido, uno abocado a infracciones de menor cuantía y que responde a un ejercicio más directo y simplificado del poder penal estatal. A lo anterior, se debe agregar que, al elevarse las sanciones a la categoría penal, correlativamente se estableció como castigo en algunos casos penas privativas de libertad, sumado al cambio de la competencia para el conocimiento de estas infracciones, desde los Juzgados de Policía Local a los Tribunales con competencia en materia penal.

Intuitivamente, se podría pensar que, la agravación de las sanciones se debe a que la reglamentación actual se ha hecho insuficiente y no ha logrado disminuir, por ejemplo, los casos de lesiones, mutilaciones y quemaduras ocasionadas por el uso de pirotecnia ilegal, los cuales buscaban ser evitados cuando se introdujeron las prohibiciones a través de Ley N° 19.680 que modificó a la Ley N°17.798 en el año 2000². Aquella situación, llevaría a echar

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.680. Prohíbe el uso de fuegos artificiales mediante reforme de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y explosivos [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6525> > [consulta: 19 noviembre 2021]

mano del Derecho penal para proteger bienes jurídicos de gran relevancia como es la vida y la integridad física que se ven amenazados en estos casos.

Sin embargo, cuando se analiza la discusión parlamentaria que precede a la promulgación de la Ley N° 21.310³, si bien en un primer momento, se hace una breve referencia al peligro que se crea para la vida y la integridad física con el uso y manipulación de fuegos artificiales, a medida que avanza la discusión, la narrativa cambia de rumbo y se comienzan a tratar otras preocupaciones, otros objetivos, en definitiva, otras valoraciones que se creían dignas de tutela penal. A este respecto es bastante ilustrador algunos comentarios que se hicieron por los mismos proponentes del proyecto. Las y los parlamentarios reconocían expresamente que, si bien la utilización y los daños que conlleva el manejo de fuegos artificiales habían disminuido, se hacía necesario sancionar de manera más grave su uso indiscriminado⁴. En esta línea, los motivos que justificaban la criminalización de las conductas, apuntaban más bien, al efecto generado en la población por el uso frecuente de los fuegos artificiales y otros artefactos pirotécnicos, principalmente cuando se utilizaban (en palabras de los mismos parlamentarios) como manifestación o mensaje de determinadas bandas de antisociales que los empleaban a fin de generar un temor generalizado en la población, sin ninguna consideración con los vecinos, terceros y transeúntes. Los fuegos artificiales y otros artefactos pirotécnicos eran lanzados con ocasión de cumpleaños, funerales y para “celebrar la recepción de la droga” que llegaba a manos de estas agrupaciones ilícitas. Lo anterior, venía ocurriendo también en los estadios y espectáculos de fútbol, donde el uso de estos elementos se habría masificado. En definitiva, todo parecía indicar que lo que se buscaba proteger era principalmente las expectativas que tenían las personas en torno a su seguridad, la que se vería seriamente alterada a consecuencia del uso indebido e indiscriminado de fuegos artificiales.

Para efectos de este trabajo, corresponde preguntarse acerca de si estas valoraciones de los parlamentarios en torno al peligro que encarna el uso de fuegos artificiales eran suficientes

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

⁴ Idem.

para su criminalización. En este sentido, el estándar que se tendrá a la vista es el que entregan los principios limitadores del *ius puniendi* y para efectos de esta memoria, el principio de intervención mínima penal.

Así, en mérito de las consideraciones señaladas en los párrafos precedentes, se estima que, los cambios introducidos por la Ley N° 21.310 a la reglamentación de los fuegos artificiales y otros artefactos pirotécnicos, en orden a la criminalización de las conductas vinculadas a su posesión, porte, uso, entre otras, es una temática del todo relevante y pertinente, para efectos de realizar un análisis teórico de mayor profundidad desde la óptica del principio de intervención mínima penal como principio limitador del *ius puniendi*.

2. Objeto de la investigación

El objeto de la presente investigación, son los nuevos tipos penales creados por la Ley N° 21.310 que modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales, en particular, la incorporación de un nuevo inciso final al artículo 9°, la modificación al inciso tercero del artículo 10°, y por último la creación del artículo 14° E nuevo.

La técnica legislativa que se usa para tipificar las conductas señaladas previamente, es consagrar delitos de peligro, entendiéndose por estos “aquellos en los cuales basta la simple amenaza de un determinado bien jurídico, la posibilidad inmediata de su menoscabo, aun sin lesión jurídica del mismo, para que se entiendan típicamente perfectos”⁵.

3. Finalidad de la investigación

Preliminarmente, se puede afirmar que existe una tendencia en la generalidad de las legislaciones de introducir nuevos tipos penales, así como agravar los ya existentes, dentro de un marco general de restricción o reinterpretación de garantías clásicas del Derecho penal y del Derecho procesal penal⁶.

⁵ NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 247p.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1999. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas. 17p.

A propósito de este fenómeno expansivo, cobra relevancia el análisis que realiza GARLAND, quien expone una narrativa sobre cómo las fuerzas sociales, económicas y culturales de la modernidad tardía han reconstruido el pensamiento criminológico, las políticas criminales gubernamentales y las actitudes en la cultura popular⁷. Una de las consecuencias de estos cambios, es precisamente el giro punitivo de la penalidad contemporánea⁸.

En esta misma línea, se encuentra lo planteado por DÍEZ RIPOLLÉS, quien, en gran medida influenciado por los análisis de GARLAND, se refiere al surgimiento de un nuevo modelo de intervención penal, el modelo penal de la seguridad ciudadana⁹, una construcción teórica que pretende explicar en mayor detalle el fenómeno y sobre la cual, se ahondara más adelante.

Ahora bien, en esta memoria, se parte del supuesto de que las modificaciones que fueron introducidas por la Ley N° 21.310, forman parte de este paradigma de mayor alcance.

Es por esta razón que se destina una parte importante de esta investigación, a analizar los cambios que han ocurrido en el campo del control del delito y la justicia penal en los últimos años, primero describiendo las características principales del fenómeno, remitiéndose a los estudios que ha realizado principalmente la doctrina comparada al respecto, para posteriormente, abocarse a describir lo que ha ocurrido en la práctica chilena en este sentido.

Así, habiendo expuesto el marco general del contexto donde se inserta la promulgación de la Ley N° 21.310, se procede a realizar el análisis pormenorizado de los tipos penales contenidos en ella y como estos pueden llegar a pugnar con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal.

Como corolario de lo previamente referido, se debe señalar que, la finalidad de esta memoria es responder a la pregunta de si la creación de los nuevos tipos penales vinculados a la utilización; tenencia o posesión; fabricación, transformación, importación, internación,

⁷ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 13p.

⁸ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 239p.

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 4 enero 2005. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 14 junio 2021]

exportación, transporte, almacenaje, distribución, adquisiciones o celebración de convenciones respecto de fuegos artificiales se puede compatibilizar con las exigencias que se derivan del principio de intervención mínima.

4. Métodos de la investigación

La finalidad de esta investigación se pretende alcanzar empleando los métodos hermenéuticos y de Derecho comparado¹⁰.

El método básicamente consiste en tratar el principio de intervención mínima haciendo referencias a las diversas concepciones existentes en la doctrina, tanto nacional como comparada, realizando la labor hermenéutica de delimitación del contenido del principio, para luego, aludir a las construcciones teóricas, de la doctrina comparada, que pretenden racionalizar el fenómeno del que se estima forma parte la creación de los delitos contemplados en la Ley N° 21.310, para entender las posibles causas que explican su génesis. Así, seguidamente se expondrá lo que ha acontecido en la práctica penal chilena de los últimos años, que se estima es un reflejo del fenómeno estudiado por los juristas, sirviendo esto de panorama general, para proceder a continuación al análisis de los fundamentos de la Ley N° 21.310, y finalmente realizar un análisis pormenorizado de los tipos penales contenidos en ella. El presente modelo es un buen método para llegar a la finalidad señalada, básicamente por tres razones. En primer lugar, porque para un adecuado análisis teórico de los tipos penales objeto de estudio, desde la óptica del principio de intervención mínima, lo fundamental es, primeramente, delimitar el contenido conceptual de este, para efectos de comprender claramente su significado y alcance. En segundo lugar, porque servirse de modelos teóricos y propuestas doctrinarias que pretenden explicar un determinado fenómeno, al cual se vincula la creación de los tipos penales objeto de la investigación y en general de las políticas criminales que se describen, permite entender de mejor manera las causas de su génesis. En tercer lugar, puesto que solo en la medida que se haya realizado la labor anterior, se estará en las condiciones óptimas para hacer un análisis particular de las normas jurídicas y juzgarlas a la luz del principio de intervención mínima.

¹⁰ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones [en línea] México. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>> [consulta: 13 junio 2021]

5. Estructura general de la investigación

En primer lugar, se describirán los límites al *ius puniendi* sirviéndose de la estructura de una visión tradicional de la doctrina chilena en materia penal¹¹, entregando las diversas concepciones de cada principio según los diferentes autores chilenos y extranjeros, enfocándose en el principio de intervención mínima para finalmente entregar una postura de delimitación conceptual (Capítulo I). A continuación, se presentarán los postulados que se han elaborado en la doctrina, principalmente extranjera, para explicar el fenómeno de la expansión penal que se ha originado en el último tiempo, con énfasis en el ámbito de la seguridad ciudadana. Luego, se analizará brevemente las políticas criminales de nuestro país de los últimos años, que se enmarcan en el fenómeno expansivo antes descrito (Capítulo II). Seguidamente, se realizará una exposición breve de los antecedentes y fundamentos de la Ley N° 17.798, y un análisis de mayor profundidad de éstos en el caso de la Ley N° 21.310. Se continuará, con el tratamiento del bien jurídico protegido en ambos cuerpos legales, señalando los problemas que se presentan en su determinación y entregando una definición propia acerca del bien jurídico protegido en la Ley N° 21.310, para posteriormente hacer un examen específico de los tipos penales objeto de estudio (Capítulo III). Finalmente, se exponen las conclusiones resultantes del análisis de la Ley N° 21.310 a la luz del principio de intervención mínima (Conclusiones).

CAPÍTULO I: EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

1. El Derecho penal. Subjetivo y objetivo

Antes de abocarse al análisis del poder punitivo del Estado, su desarrollo histórico y su legitimación, es menester comenzar con lo más general, refiriéndose en primer lugar, a la clasificación del Derecho penal, de la cual deriva la conceptualización del *ius puniendi*.

El Derecho penal, ofrece dos fases, según sea el ángulo desde donde se observe. Desde el Estado como poder creador y como titular del ejercicio de la facultad de sancionar, o desde el individuo particular para quien se presenta como un conjunto normativo que le impone

¹¹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

una serie de limitaciones. En la primera alternativa se habla de Derecho penal subjetivo y en la segunda de Derecho penal objetivo¹².

A mayor abundamiento, a continuación, se expondrá algunas definiciones que ha entregado la doctrina tanto nacional como extranjera, acerca de la noción de Derecho penal, en su variante objetiva, y posteriormente en su variante subjetiva, o *ius puniendi*.

a) Definiciones doctrinarias de Derecho penal

En primer lugar, para WELZEL¹³ el Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.

En segundo lugar, para CURY¹⁴ el Derecho penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección, como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

En tercer lugar, para GARRIDO MONTT¹⁵ el Derecho penal es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuándo se debe aplicar una medida de seguridad. Su finalidad es proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad para proveer a que sus miembros tengan una convivencia pacífica.

b) El *ius puniendi*

¹² GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 24p.

¹³ WELZEL, Hans. 1956. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Roque Depalma Editor. 1p.

¹⁴ CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 25p.

¹⁵ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 13p.

Por una parte, CURY¹⁶ señala que el Derecho penal subjetivo o *ius puniendi* consiste en la facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la transgresión con una pena.

Por otra parte, NOVOA MONREAL¹⁷ señala que el *ius puniendi* corresponde a la facultad que se reconoce al Estado para aplicar penas o el derecho de castigar.

Por último, GARRIDO MONTT¹⁸, indica que, el Derecho penal subjetivo, consiste en la facultad que detenta el Estado de precisar cuáles son las conductas que se prohíben y las penas o medidas de seguridad susceptibles de aplicar en cada uno de esos casos. Es el denominado *ius puniendi*, que constituye una facultad privativa del Estado, y presupuesto del Derecho penal objetivo.

Ahora bien, se debe poner en relieve que el *ius puniendi* no siempre estuvo radicado exclusivamente en el Estado. En este sentido, antes que el Estado se hiciera con el monopolio exclusivo del poder de castigar, se produjeron una serie de transformaciones, las cuales se exponen de manera sucinta a continuación.

c) Evolución histórica del *ius puniendi*

Al hacer un recorrido histórico, se puede constatar que, en un primer momento, las sociedades antiguas de composición y organización más simple solían delegar la facultad de castigar ciertos delitos particulares en organizaciones como la familia o las corporaciones¹⁹.

En el Derecho romano, el *pater familias* podía imponer penas al grupo bajo su autoridad, pero esta potestad se fue debilitando progresivamente. Además, existían primitivamente como instituciones penales la venganza privada, la confiscación del patrimonio y la expulsión de la paz, que era una suerte de destierro donde el desterrado quedaba sin protección alguna. Los delitos se fueron clasificando en *crimina publica* y *delictiva privata*: los primeros

¹⁶ CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 29p.

¹⁷ NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 34p.

¹⁸ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 24p.

¹⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia. p. 63.

afectaban al orden público, a la seguridad del Estado, etc., y los segundos, a la persona y propiedad privada. La tendencia en el Derecho romano fue la de acentuar paulatinamente el carácter público de la pena y la participación del Estado en materias penales²⁰.

En el Derecho Penal de los pueblos germanos, la mayoría de los delitos se consideraban como asuntos de interés privado que autorizaban y obligaban a la familia ofendida a la venganza de la sangre, lucha colectiva que solamente terminaba por un convenio de reparación. Excepcionalmente, se dio carácter de ofensa pública a delitos como la traición, la desertión y el perjurio. Luego, gracias al contacto que tuvieron los germanos con pueblos cristianos, se afirmó el poder del Estado y la concesión de paz, antes mera facultad del ofendido, pasó a ser obligatoria, correspondiendo a la autoridad fijar sus condiciones y garantizar el respeto de ella²¹. Así, gradualmente empiezan a aparecer en mayor número, hechos delictuosos amenazados con una pena pública (muerte, destierro, etc).

En la Edad Media, en general los países europeos estuvieron sujetos a una legislación penal desorganizada y confusa, que obtenía sus elementos, precisamente de diversas leyes penales, tanto romanas, germánicas y canónicas²², debido a lo anterior, y ya que no existía un poder centralizado, no es posible hablar propiamente del *ius puniendi* como facultad exclusiva del Estado.

No es sino hasta la Época moderna, más precisamente hacia finales del siglo XVIII donde se erigen los Estados poderosos, capaces de ejercer la soberanía sobre un territorio extendido y bien delimitado reclamando para sí el monopolio de la función punitiva²³.

Más tarde, con la expansión de la democracia en los siglos XIX y XX, este poder soberano fue transformado en un poder público. Su ley se presentó a sí misma como la voluntad del pueblo y sus representantes²⁴.

²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. 1997. Derecho Penal Tomo I Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 36-37p.

²¹ NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 66p.

²² NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 67p.

²³ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 63p.

²⁴ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 75p.

A medida que el Estado-nación, gradualmente, fue despojando del control de la actividad policial y del poder de castigar a las autoridades seculares y espirituales con las que estaba en conflicto y los concentró en las nuevas instituciones de la justicia penal, las instituciones de la policía y del castigo fueron adquiriendo su distintiva forma moderna²⁵.

d) La legitimación del ius puniendi

MUÑOZ CONDE, postula que el poder punitivo inherente al poder estatal se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada. Sin embargo, señala que, la aceptación de esta realidad no debe ser acrítica, puesto que la experiencia demuestra que el Derecho penal puede ser manipulado y utilizado para reprimir los derechos fundamentales y perpetuar las injusticias estructurales del sistema²⁶.

Añade que, la cuestión de la legitimidad del *ius puniendi* o legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema, no es algo superfluo, pero es una cuestión que está más allá del Derecho penal propiamente tal. Además, se debe tener en cuenta que la función que cumple la norma penal no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico. Un Estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del *statu quo* del modelo de Estado al que sirve. Un Estado democrático da lugar, en cambio, a un Derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad que son base de una democracia²⁷.

Por otra parte, NOVOA ALDUNATE, plantea que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, se puede sostener que se legitima el poder sancionador del Estado bajo fundamentos

²⁵ Idem.

²⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 62p.

²⁷ Idem.

políticos criminales derivados de su necesidad irremplazable para asegurar la paz social y el pleno desarrollo social y humano de sus ciudadanos²⁸.

En esta línea, si bien en Chile no existe en la Carta Fundamental un precepto que señale expresamente que nuestro Estado es un Estado Social y Democrático de Derecho, como si ocurre por ejemplo en la Constitución española en su artículo 1.1²⁹, esta concepción de Estado es la que ha sido ampliamente aceptada en la actualidad. Además, estas características se pueden desprender de algunos preceptos de nuestra Constitución Política de la República, en particular, sin la intención de ser taxativo, el artículo 4° que proclama “*Chile es una república democrática*”; también el artículo 7° que consagra el principio de legalidad, en virtud del cual, los órganos del Estado deben actuar dentro del marco que establece la ley; y, el artículo 5°, que establece como límite material a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana³⁰.

Es por lo anterior, que, sobre esa premisa, de que Chile es un Estado Social y Democrático de Derecho, se tratarán los principios limitadores al *ius puniendi* más adelante.

A este respecto, MIR PUIG señala que, el principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Por otro lado, la idea del Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, agrega que, la concepción del Estado Democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano³¹.

²⁸ NOVOA ALDUNATE, Eduardo. 2007. Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y la expansión del derecho penal. Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, vol. 8: 1p.

²⁹ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 104p.

³⁰ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 2p.

³¹ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 104p.

En virtud de lo señalado previamente, se puede concluir que, el poder punitivo que detenta el Estado no puede ser desplegado sin tapujos, y es en este punto, donde se puede vislumbrar la trascendencia que revisten de los principios limitadores del *ius puniendi*, porque como bien señalaba Enrique Cury, a fin de cuentas, un Estado que abusa de su derecho a castigar no es sino un superdelincuente³².

2. Límites al ius puniendi: una visión tradicional

Los principios limitadores al *ius puniendi*, a los cuales se hará referencia en los párrafos siguientes, son los principios que normalmente se reconocen por la jurisprudencia³³ y la doctrina, tanto nacional como comparada y el esquema que se ha adoptado para un adecuado tratamiento es el que utiliza GARRIDO MONTT y MIR PUIG. Analizando, en primer lugar, los límites al *ius puniendi* en un Estado de Derecho, en segundo lugar, los límites en un Estado Democrático y finalmente, los límites en un Estado Social. Incorporándose referencias a cómo se expresan estos principios en el ordenamiento jurídico chileno, principalmente en la Constitución Política de la República.

a) Límites en un Estado de Derecho

i) Principio de legalidad

A. Concepto

CURY señala que, en virtud del principio de reserva o legalidad, no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo estableciendo, además, la naturaleza y magnitud de la sanción a que se encuentra sometido (*nullum crimen nulla poena sine lege*)³⁴.

B. Garantías del principio de legalidad

³² CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 22p.

³³ STC ROL 3062- 2016; ROL 7356-2019; ROL 11.424-2021; ROL 11.428-2021; ROL 11.432-2021; ROL 11.438-2021; ROL 11.435-2021.

³⁴ CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 22p.

Por una parte, se distinguen cuatro aspectos del principio de legalidad: en primer lugar, la garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*); en segundo lugar, la garantía penal, que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*); en tercer lugar, la garantía jurisdiccional, que exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido; en cuarto lugar, la garantía de ejecución, que requiere que la ejecución de la pena este sujeta a una ley que la regule³⁵.

Por otra parte, la norma jurídica penal debe cumplir una triple exigencia, que se sintetiza en las expresiones *lex praevia*, *scripta* y *stricta*. La exigencia de una *lex praevia* se expresa en la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. Sin perjuicio de lo anterior, no está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena. La exigencia de una *lex scripta* se refiere básicamente a que la norma penal debe tener rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. La *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo. El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado mandato de determinación, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear³⁶.

C. El principio de legalidad en el Derecho nacional

El principio de legalidad, consagrado en el artículo 19 N°3 incisos octavo y noveno de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” y que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Por su parte, en virtud del artículo 5° de la Constitución, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en lo que aquí importa se debe mencionar el artículo

³⁵ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 106p.

³⁶ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 104p.

11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual dispone que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional*”, obligación que consagran, en términos casi idénticos, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁷.

b) Límites en un Estado Democrático:

i) Principio de humanidad de las penas

Como señala NÁQUIRA, se debe entender este principio dentro del contexto de la dignidad de las personas. Nuestra Constitución en su artículo 1º señala que los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos³⁸. En este mismo sentido y como indica GARRIDO MONTT, se hace imperativo que esta protección o reconocimiento, que se consagra en la Carta Magna, se dirija a todos, de modo que favorezca también a los delincuentes. De suerte que la protección constitucional no está circunscrita al ámbito de los ciudadanos que ajustan su conducta a las exigencias que impone el Derecho³⁹.

El Estado, al reconocer la dignidad de las personas, no puede imponer castigos crueles o degradantes; ha de evitar aplicar sanciones que importen suplicio o que sean estigmatizantes o desproporcionadas con relación a la lesividad de la conducta delictiva⁴⁰.

ii) Principio de culpabilidad

En primer lugar, el principio de culpabilidad supone que el individuo es libre para actuar, porque en caso contrario, de mediar una fuerza externa que recae sobre éste, no se puede concluir que se ha obrado según la voluntad propia.

³⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Derecho Penal Parte General. 2021. Santiago, Tirant lo Blanch. 74p.

³⁸ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 26p.

³⁹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 45p.

⁴⁰ ídem.

CURY se refiere a la culpabilidad como la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y a las prohibiciones del Derecho⁴¹.

Para MIR PUIG, el término culpabilidad, en su sentido más amplio, se contrapone al de inocencia. En este sentido, el autor postula que el principio de culpabilidad comprende otros principios limitadores del *ius puniendi*: el principio de personalidad de las penas, que impide castigar a alguien por un hecho ajeno; el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un Derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser, esto también se vincula con el principio de legalidad, y su exigencia de tipicidad de los delitos; el principio de dolo o culpa, este considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal; el principio de imputación personal, que impide castigar con una pena al autor del hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida, como es el caso de los inimputables⁴².

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de la República dispone en su artículo 19 N°3 inciso sexto “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”, estimándose que existe una protección indirecta y parcial del principio de culpabilidad. De manera indirecta, porque no hay una referencia expresa a él, solo se presume como elemento previo a la responsabilidad penal; y de manera parcial, porque se deja abierta la posibilidad a que el legislador pueda establecer presunciones simplemente legales de culpabilidad⁴³.

iii) Principio de proporcionalidad

Como bien señala GARRIDO MONTT⁴⁴, la proporcionalidad se refiere a la reacción del Estado frente al transgresor y su hecho, y ofrece interés, tanto para determinar la naturaleza

⁴¹ CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 492p.

⁴² MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 125-126p.

⁴³ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 15p.

⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 49p.

de la reacción, como su forma. La sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realiza y a los objetivos político criminales perseguidos. Por lo tanto, la fijación de la pena tomará en cuenta por lo menos tres aspectos: la magnitud de la lesión del bien jurídico, la intensidad del reproche de la conducta a su autor y la nocividad del comportamiento.

Por otro lado, MIR PUIG, destaca dos exigencias que se deben distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social)⁴⁵.

Agrega el autor que, un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Como corolario de lo anterior, un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico⁴⁶.

Es relevante mencionar, que la doctrina ha formulado un test de proporcionalidad, que es bien descrito por HASSEMER.

El autor se refiere a los tres componentes del principio de proporcionalidad: en primer lugar, la idoneidad, la afirmación de que en todo caso un medio deber ser idóneo para la consecución de un fin, por lo cual aquí se plantea la cuestión de las consecuencias de las intervenciones penales; en segundo lugar, la necesidad que, en caso de igual idoneidad de los medios hay que elegir el menos lesivo para el afectado. Este principio exige una búsqueda imaginativa de alternativa a la intervención penal que sea igualmente adecuada para la consecución de los fines, pero menos gravosas; en tercer lugar, la exigibilidad o principio de proporcionalidad en sentido estricto, en este tercer nivel, solo llegan las intervenciones de cuya idoneidad y carácter de medio menos lesivo ya deben haber sido asegurados, y aquí se formula directamente la finalización de la ponderación, a saber, la protección de espacios que deben permanecer inmunes incluso a intervenciones razonables en nuestra cultura jurídica.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8º ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 128p.

⁴⁶ Ídem.

En el fondo, la pregunta que subyace a la cuestión de la exigibilidad aplicada en el Derecho penal es, qué instrumentos del sistema penal no pueden estar permitidos, aunque sean efectivos y constituyan el medio menos lesivo⁴⁷.

Por último, en la legislación penal chilena, como expresión del principio de proporcionalidad, se contienen reglas estrictas a las cuales deben atenerse los jueces al momento de valorar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, dentro de las escalas preestablecidas, al momento de determinar la pena concreta que sufrirá el condenado, esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 65° y siguientes del Código Penal⁴⁸.

iv) Principio de resocialización

Como señala GARRIDO MONTT, las penas, por su propia naturaleza, constituyen un castigo, lo que hace aconsejable que en su aplicación se eviten los efectos concomitantes que les son inherentes: el aislamiento social del condenado y la separación de su ambiente familiar y laboral⁴⁹.

Vinculado anterior, en la línea de lo que plantea MIR PUIG, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad⁵⁰.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, como expresión de este principio se puede mencionar la Ley N° 18.216, donde se contemplan las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, entre ellas: la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna⁵¹.

c) Límites en un Estado Social

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. 2014. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. En *El principio de proporcionalidad penal*. 275-284p.

⁴⁸ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10: 22p.

⁴⁹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 50p.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. 2002. *Derecho Penal Parte General*, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor. 129p.

⁵¹ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10: 26p.

i) Principio de necesidad o utilidad de la intervención penal

MIR PUIG nos señala que si el Derecho penal de un Estado Social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos⁵².

El autor agrega que, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir con su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve⁵³.

Por otro lado, ZULGADÍA ESPINAR⁵⁴ al referirse al principio de necesidad, postula que la intervención penal debe limitarse a los casos donde se haya comprobado su necesidad para la prevención de conductas gravemente lesivas de bienes jurídicos y con la pena estrictamente necesaria para alcanzar dicho fin.

En nuestra legislación nacional, se pueden mencionar algunas instituciones donde se puede apreciar la concreción del principio de necesidad. En primer lugar, la remisión condicional, consagrada en el artículo 3° de la Ley N° 18.216, que consiste en la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Se trata de las medidas alternativas menos intrusivas en la libertad del condenado. Además, si se analizan los requisitos para su procedencia, contenidos en el artículo 4° de la Ley antes señalada, se puede constatar que la concreción del principio de necesidad es aún más evidente en cuanto la Ley exige que las circunstancias de no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y los antecedentes personales, conducta, naturaleza, modalidades y móviles del delito que permiten presumir que no volverá a delinquir, hagan innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena. En segundo lugar, en el marco del nuevo proceso penal chileno, se puede mencionar la facultad que tiene el Ministerio Público, para instar por poner fin a la investigación o no iniciarla cuando se trata de un hecho que no compromete gravemente el

⁵² MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor 128p.

⁵³ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor 129p.

⁵⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2002. Derecho Penal Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch. 210p.

interés público, denominado principio de oportunidad y consagrado en el artículo 170° del Código Procesal Penal. En tercer lugar, también en el nuevo proceso penal, la posibilidad de suspender la investigación bajo la observancia de determinadas condiciones, acordadas entre Fiscal e imputado y aprobadas por el Tribunal, institución denominada suspensión condicional del procedimiento, prevista en el artículo 237° del mismo Código⁵⁵.

ii) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (principio de lesividad)

GARRIDO MONTT, nos señala que otro limitante del *ius puniendi* en el Estado Social es el principio de lesividad, que condiciona el rol del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos fundamentales. El legislador no es libre para sancionar cualquier conducta; puede hacerlo únicamente cuando tiene motivos que legitiman el ejercicio de esa facultad, y ello sucede cuando se dirige a la protección de bienes jurídicos valiosos⁵⁶.

El ejercicio del *ius puniendi* encuentra legitimación exclusivamente cuando se sancionan acciones u omisiones que han dañado o puesto en peligro valores calificados como fundamentales por la comunidad⁵⁷.

En la misma línea, los autores ORTA BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, al referirse al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pero usando otra de sus acepciones, a saber, principio de ofensividad, concluyen que, en virtud de este, únicamente puede ser considerado delito aquel hecho (externo, etc) que entraña la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico valioso⁵⁸.

iii) Principio de intervención mínima

En este apartado, se expondrá las definiciones más bien tradicionales del principio de intervención mínima, aportadas por los autores GARRIDO MONTT y MIR PUIG, a modo

⁵⁵ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 24p.

⁵⁶ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 43p.

⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Ewa. 2003. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 5°ed. Granada, Editorial Comares. S.L. 13p.

⁵⁸ BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José Luis González. 2019. Compendio de Derecho Penal: Parte general. 8°ed. Tirant lo Blanch. 130p.

de introducción al subcapítulo siguiente, donde se realiza un análisis de mayor profundidad acerca del principio de intervención mínima y de sus relaciones con los otros principios limitadores del *ius puniendi*.

En este sentido GARRIDO MONTT⁵⁹, señala que el principio de intervención mínima hace que el Estado emplee el Derecho penal únicamente -y de manera excepcional- cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social han sido insuficientes y la sanción penal se presenta como un medio adecuado para esa preservación (principio de utilidad). Agrega el autor que el principio de intervención mínima comprende los postulados del carácter fragmentario y el carácter subsidiario o secundario del Derecho penal.

El carácter fragmentario, se ve reflejado en cuanto el Derecho penal lo que hace es recoger parcelas o fragmentos de lo que es antijurídico. En consecuencia, si bien todo delito es antijurídico, no todo hecho antijurídico es delito. La determinación de lo antijurídico –o sea contrario al sistema normativo, lo contrario a Derecho – no depende del Derecho penal, sino de las demás áreas del ordenamiento jurídico. Esta característica el autor la vincula también con el carácter de ultima ratio del Derecho penal⁶⁰.

El carácter secundario o subsidiario del Derecho penal, está dado porque son las otras áreas del sistema normativo las que determinan lo antijurídico.

MAURACH, ZIPF y GOSSEL, sintetizan esta idea postulando que, con respecto a las restantes ramas, el Derecho penal es básicamente independiente en cuanto a sus consecuencias y, por el contrario, condicionadamente dependiente en sus presupuestos⁶¹.

Por otro lado, MIR PUIG⁶², trata por separado y de manera pormenorizada el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Sin embargo, al igual que GARRIDO MONTT, señala que el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal se subsumen dentro del principio de intervención mínima.

⁵⁹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 40-42p.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ MAURACH; ZIPF; GOSSEL. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 36p.

⁶² MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8º ed. Barcelona, Editorial Reppertor 117 - 119p.

Para MIR PUIG⁶³, en virtud del principio de subsidiariedad, el Derecho penal ha de ser última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos. Se debe preferir las sanciones no penales, como las del ámbito civil, por ejemplo, la impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, la reparación de daños y perjuicios, etc., y las sanciones administrativas, como las multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.

En cuanto al principio o postulado del carácter fragmentario del Derecho penal, este dice relación con que no se ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos⁶⁴.

Por último, cabe dar cuenta que, en nuestro ordenamiento, no existe un reconocimiento expreso, ni a nivel constitucional, ni a nivel legal del principio de intervención mínima en materia penal.

3. El principio de intervención mínima

a) Relación entre el principio de intervención mínima y los otros principios limitadores del ius puniendi

En primer lugar, NÁQUIRA⁶⁵, al igual que algunos de los autores citados anteriormente, parte señalando que con el nombre de principio de intervención mínima se expresan dos características del Derecho penal, la subsidiariedad o último medio y su fragmentariedad. Destacando que, en atención a que la aplicación del Derecho penal importa la más violenta afectación legítima de derechos que puede sufrir un individuo y al hecho de que regula las normas básicas sobre las que descansa la convivencia pacífica, es que se hace necesario restringir el ámbito de lo punible.

En cuando al principio de subsidiariedad, hace presente la preocupación que manifiestan autores como S. POLITOF, J. MATUS Y M. RAMÍREZ⁶⁶ sobre el lugar creciente que el Derecho penal ha tomado en la sociedad contemporánea. Agregando, que el Derecho penal

⁶³ MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor 118p.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 21p.

⁶⁶ POLITOFF, S. & MATUS, J & RAMÍREZ, M. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte general. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 94p.

y el recurso de la pena solo deberían emplearse cuando el ataque al bien jurídico no puede ser evitado acudiendo a los medios de solución dispuestos por otras ramas del derecho⁶⁷.

Luego NÁQUIRA, respecto al principio de fragmentariedad, resalta la idea que el Derecho penal solo debe actuar ante los ataques más intolerables en contra de aquellos bienes jurídicos esenciales para la convivencia⁶⁸.

En segundo lugar, NOVOA ALDUNATE⁶⁹, de manera similar a la prevención que hacia NÁQUIRA, plantea que el principio limitador más directamente vinculado con el fenómeno de la expansión del Derecho penal actual, es el principio de subsidiariedad, el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio intervención mínima. Es interesante que, a diferencia de otros autores, no subsume los dos primeros principios en el principio de intervención mínima.

Además, el autor indica que, el principio de intervención mínima o ultima ratio (en su concepción) postula que las penas y las medidas de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad frente al delito, ya que a menudo los intereses sociales y bienes jurídicos individuales pueden recibir adecuada tutela a través de mecanismos distintos del Derecho penal y menos lesivos, duros y aflictivos para la libertad y dignidad de las personas, es el caso del recursos a las sanciones del Derecho privado o del Derecho público. En este punto, básicamente lo que hace el autor es tomar lo que postula MIR PUIG sobre el mismo punto⁷⁰.

En tercer lugar, para BERENGER Y GONZÁLEZ CUSSAC⁷¹, del principio general de prohibición de exceso deriva el principio de intervención mínima, con arreglo al cual, sólo se puede recurrir a esa rama del Derecho penal, y, por ende, a la conminación con una pena,

⁶⁷ NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, vol. 10: 21-22p.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ NOVOA ALDUNATE, Eduardo. 2007. Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal. Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, vol. 8: 4p.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José Luis González. 2019. Compendio de Derecho Penal: Parte general. 8ºed. Tirant lo Blanch. 130p.

para dispensar protección a los bienes jurídicos dignos de ella frente a los ataques más graves e intolerables, lo que llama el carácter fragmentario del Derecho penal.

En cuanto al significado del principio de intervención mínima, dicen que únicamente cabe recurrir al Derecho penal cuando los demás medios del arsenal jurídico, propios de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, han resultado insuficientes para tutelar el bien o los bienes jurídicos agredidos, lo que llama el carácter subsidiario del Derecho penal⁷².

En cuarto lugar, ZUGALDÍA ESPINAR⁷³ se refiere al principio de intervención mínima, como un principio rector de la política criminal del Estado que conlleva una doble exigencia: el Derecho penal debe tener un carácter fragmentario y una naturaleza subsidiaria.

Respecto al carácter fragmentario y la naturaleza subsidiaria su entendimiento no dista al de los autores ya mencionados, por lo cual, se prescindirá de dar el detalle.

En quinto lugar, MUÑOZ CONDE⁷⁴, al referirse a los límites del *ius puniendi*, plantea que estos pueden reducirse a la vigencia no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. E incluso, sostiene que los otros principios que reconoce la doctrina como el principio de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., en realidad no son más que diversas formas de aparición de los principios mencionados anteriormente.

En lo que respecta al principio de intervención mínima, para el autor se deriva de la especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter de último recurso dentro del sistema de control social y de la propia comprensión de la pena como un mal sólo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia. La sanción penal habrá de reservarse, pues, para los casos en que sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene encomendado. El principio de intervención mínima debe garantizar un Derecho penal mínimo, reducido a las mínimas intervenciones posibles para asegurar la libertad de los ciudadanos⁷⁵.

⁷² Ídem.

⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2002. Derecho Penal Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch. 210p.

⁷⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 68p.

⁷⁵ Ídem.

Finalmente, MUÑOZ CONDE⁷⁶, agrega que, del principio de intervención mínima se derivan una serie de consecuencias: en primer lugar, que el Derecho penal solamente debe intervenir en los casos en los que no sean suficientes las sanciones previstas por otras ramas del Derecho; en segundo lugar, del principio de intervención mínima se deriva que, la misión del Derecho penal, no es la de proteger todos los bienes jurídicos ni protegerlos frente a cualquier ataque, sino que solo ha de intervenir en caso de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. De ahí que se afirme que el Derecho penal es fragmentario; en tercer lugar, del principio de intervención mínima se deduce que debe prescindirse de una determinada sanción penal si es suficiente, a efectos preventivos, aplicar otra sanción penal menos grave.

b) Contenido del principio de intervención mínima

En este apartado, en un ejercicio de hermenéutica, se hará una delimitación conceptual del principio de intervención mínima en materia penal, para efectos del análisis que se va a realizar de los tipos penales objetos de estudio, en el Capítulo III de esta memoria.

El ejercicio realizado previamente, de exponer distintas definiciones del principio de intervención mínima, a pesar de resultar un poco tedioso era imprescindible para efectos de tener una visión amplia de cómo lo ha entendido la doctrina, pudiendo constatar las diferencias y las similitudes.

Ahora bien, que respecto a todas las nociones entregadas la definición que se estima como más acertada es la que entrega el autor MUÑOZ CONDE, esto en virtud de la amplitud que tiene, comprendiendo el principio de intervención mínima, no solo el principio de subsidiariedad y fragmentariedad, sino que, subsumiendo los principios de culpabilidad, humanidad, proporcionalidad y, en general, los demás principios que fueron tratados anteriormente. Esta decisión no ha sido arbitraria, sino que se justifica por la comprensión que el autor de esta memoria tiene del principio de intervención mínima.

En esta línea, se debe poner de relieve que, si bien este principio es ante todo un mandato al legislador, también, se trata de un criterio orientador que se debe tener en cuenta en todo momento, no solo cuando en el marco de la política criminal se plantea la creación de un

⁷⁶ Ídem.

nuevo delito o el aumento de la gravedad de una pena, sino hasta el momento en que a la judicatura le corresponda aplicar una sanción determinada a una persona culpable de un delito.

Finalmente, luego de haber realizado una exposición sistemática y consistente, del poder punitivo del Estado y los principios limitadores de este, con especial referencia al principio de intervención mínima, corresponde avocarse en el Capítulo siguiente al estudio de los fenómenos contemporáneos que han tenido gran influencia en el campo del control del delito y la justicia penal.

El ejercicio que se realizará en el Capítulo II, tiene una importancia crucial para esta investigación, al estimarse que no importa cuán basta sea la teoría que postula que el ejercicio del poder punitivo del Estado, está sujeto a ciertos límites, si no existe un correlato en la realidad, especialmente en el ámbito de la política criminal y desde ya, debe hacerse presente que se puede vislumbrar que, en la evolución actual del Derecho penal, existe una tensión latente entre la demanda de utilizar el Derecho Penal como medio de evitar el mayor número posible de comportamientos indeseables y, por otro lado, de atribuirle el carácter de intervención subsidiaria y de última ultima ratio⁷⁷.

En este contexto, y con el afán de entender en mayor profundidad el desarrollo actual de la política criminal, es que se recurren a los análisis más atinentes a este respecto, en particular los estudios que se refieren a cómo los problemas de seguridad han impulsado diversos cambios en el campo del control del delito⁷⁸.

CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA SOCIEDAD ACTUAL

1. La seguridad como objetivo de la política criminal contemporánea

a) Un panorama general

Hay un generalizado consenso en que, desde hace algunos años, la cuestión de la seguridad ocupa un lugar privilegiado en el debate público en gran parte del mundo. Así, se puede

⁷⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 21p.

⁷⁸ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 135p.

constatar fácilmente que esta materia se ha tomado la agenda de los operadores políticos y judiciales⁷⁹.

Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son los motivos que subyacen a este fenómeno. Respecto a este punto, es interesante aludir a los aportes que ha entregado la literatura alemana en lo que se refiere a la reformulación del sistema penal en clave securitaria. En primer lugar, la elaboración del concepto de Derecho penal del enemigo, atribuida a JAKOBS⁸⁰, concepto que se contrapone al Derecho penal del ciudadano, el primero, como un derecho que tiene por objeto combatir peligros, coacción para quien ha contravenido las reglas del ordenamiento jurídico poniendo en riesgo su propia configuración, existe un otro al cual no se le puede tratar como ciudadano, se le combate como enemigo, en tanto individuo peligroso, el segundo, es el Derecho penal de todos, donde se busca reafirmar la vigencia de la norma, lo cual se logra a través de la pena, pero sin privarle del estatus de ciudadano al infractor⁸¹. En segundo lugar, la idea de la seguridad como un derecho fundamental planteada por el autor JOSEF ISENSEE. En tercer lugar, el modelo sociológico de la “sociedad del riesgo” de ULRICH BECK⁸², quien propone que, en las sociedades postindustriales desarrolladas, las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, y se propicia la aparición de nuevos riesgos que determinan el cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico el de la sociedad del riesgo⁸³. Lo que trae consigo una serie de consecuencias en el ámbito penal, entre ellas, la ampliación

⁷⁹ BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Uniiversitat Gottingen. 174p.

⁸⁰ BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Uniiversitat Gottingen. p.175p.

⁸¹ JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 33p.

⁸² BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Uniiversitat Gottingen. 176p.

⁸³ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 25p.

de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación a la prevención y el cambio en el papel que se le atribuye al control penal de conflictos⁸⁴.

Por otro lado, el autor hispano SILVA SÁNCHEZ⁸⁵, que, partiendo de la constatación de la tendencia expansiva del Derecho penal, que cada vez va invadiendo nuevas áreas antes reguladas por otras ramas del ordenamiento jurídico. Se refiere a algunas causas de su expansión, tomando como principal referente para sus planteamientos precisamente a BECK, señalando entre las causas del fenómeno, la sensación social de inseguridad.

Además, está el estudio de GARLAND⁸⁶, que comienza contrastando las políticas y prácticas actuales de Estados Unidos y Gran Bretaña con aquellas que existieron hasta la década de 1970, para posteriormente, presentar una historia de la justicia penal estatal, una teoría del cambio social y penal y una narrativa sobre cómo las fuerzas sociales, económicas y culturales de la modernidad tardía han ido moldeando los dispositivos de control del delito contemporáneos. Concretamente, alude a la organización social distintiva de la modernidad tardía y las políticas de libre mercado, conservadoras socialmente, que dominaron en Estados Unidos y Gran Bretaña durante los años ochenta.

Por último, el jurista español DÍEZ RIPOLLÉS⁸⁷, quien inspirado en el análisis que realiza GARLAND explica las ideas motoras de un nuevo modelo de intervención penal, el modelo penal de la seguridad ciudadana, el cual se analizará en detalle más adelante.

b) El fenómeno de la securitización

Ya se ha hablado en términos generales, como la cuestión de la seguridad es uno de los factores que ha influenciado la forma en cómo se enfrenta al delito, ahora se debe avanzar hacia una propuesta racionalizadora del fenómeno.

⁸⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 24p.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 21-63p.

⁸⁶ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 13-14p.

⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2004. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 6 de marzo 2004. <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [consulta: 17 agosto 2021]

En esta línea la autora BÖHM⁸⁸, alude a los procesos de “securitización” e indica, que este término, fue desarrollado por los autores BUZAN, WAEVER y TILDE, y sintetizado por WILLIAMS describiendo “procesos en los cuales el “acto de habla” de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un tema de seguridad, desplaza al tema del ámbito normal de la política cotidiana, colocándolo como una amenaza existencial, que evoca y justifica medidas extremas”.

BÖHM señala que, la securitización en el campo político-criminal se refiere al proceso discursivo por el cual un objeto de referencia es declarado en peligro y necesita de protección mediante el sistema penal o para penal y se persuade a la sociedad de ello⁸⁹. Acto seguido, se refiere al desarrollo de este proceso securitizante en el ámbito de la política criminal, el cual resume de la siguiente manera: primero, la definición de un objeto de referencia, un ámbito de conflicto social es replanteado y un grupo poblacional determinado se presenta como vulnerable y desprotegido frente a dicha conflictividad; segundo, la transformación de la conflictividad en problema político, que exige la acción estatal en protección de grupo de referencia; tercero, el alcance de una audiencia relevante, para lo cual juega un rol central los medios masivos de comunicación; cuarto, la transformación del problema político en cuestión de seguridad que requiere acción inmediata; quinto; la transformación de la cuestión de seguridad en amenaza existencial, respecto de ámbitos más amplios de la población e incluso el Estado; y por último, la habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal, que se pueden concretar en nueva legislación penal o procesal penal, en nuevas prácticas institucionales, en la ampliación de facultades policiales, en una reforma constitucional, etc. Añade que, las fases antes señaladas, no necesariamente se producen en orden cronológico, sino que, al tratarse de complejos procesos discursivos político-sociales, podrían verse frecuentemente superpuestas y entrelazadas⁹⁰.

⁸⁸BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Uniiversitat Göttingen. 179p.

⁸⁹BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Uniiversitat Göttingen. 176p.

⁹⁰BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania,

c) Cuestiones sobre la seguridad como objetivo político criminal

MALDONADO FUENTES, se refiere a la pretensión existente en la actualidad de que el sistema penal modifique sustancialmente las tradicionales formas en que pretende intervenir para la consecución de sus fines, con miras a que brinde efectos tributarios de la idea de seguridad. Lo que se ve reflejado en la aprobación de delitos de peligro, en la fijación de formas comisivas de un delito denominado de emprendimiento o a la consagración de especiales o particulares instancias de sanción de actos ejecutivos previos a la consumación⁹¹.

Por otro lado, PAREDES CASTAÑÓN⁹², al igual que muchos autores, da cuenta de cómo la seguridad se ha convertido en un tópico ineludible de la discusión político criminal contemporánea. Pero va más allá del simple diagnóstico, y pone de relieve la necesidad de establecer el significado real y legítimo del concepto, en especial consideración al ámbito en el cual se encuentra inserto.

Para estos efectos, PAREDES CASTAÑÓN⁹³, introduce algunas distinciones conceptuales para tener en cuenta en la discusión sobre seguridad y política criminal. En primer lugar, la diferencia entre la existencia de un estado de cosas (valioso) y la seguridad del mismo; o, de otro modo, entre su subsistencia (íntegra) y su seguridad. Añade que, la cuestión de la existencia y subsistencia (íntegra) de un estado de cosas valioso atañe a los hechos efectivamente producidos, a los cambios que tienen lugar en la estructura de la realidad. Por el contrario, cuando se habla de la seguridad de los estados de cosas, se habla más bien de expectativas, de predicciones de probabilidades (futuras). Así, un estado de cosas está (más o menos) seguro si resulta (más o menos) improbable que en un futuro cognoscible se vea alterado y que, con ello, pierda parte de su valor (o todo él).

Seguidamente, el citado autor, indica que, la distinción es importante para el aspecto moral de la discusión político criminal: mientras la preservación de estados de cosas valiosos

Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Universität Göttingen. 187-188p.

⁹¹ MALDONADO FUENTES, Francisco. 2014. Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana. *Revista de Estudios de la Justicia* (21): 94p.

⁹² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. 2006. La Seguridad como Objetivo Político-criminal del Sistema Penal. *Revista Eguzkilore* (20): 129p.

⁹³ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. 2006. La Seguridad como Objetivo Político-criminal del Sistema Penal. *Revista Eguzkilore* (20): 131p.

constituye un objetivo central de cualquier política criminal, su seguridad puede ser, a lo sumo, una finalidad intermedia, instrumental para aquel objetivo central. En este sentido, indica que, la seguridad de los estados de cosas, aun si estos son valiosos y, además, reúnen las condiciones suficiente para ser aceptados como bienes jurídicos (legítimos), no constituye nunca un bien jurídico autónomo; esto es, un objetivo de protección (legítima) del Derecho penal que esté dotado de un valor moral propio, independiente del estado de cosas valioso de referencia. Al contrario, no es más que una faceta de la protección de estos últimos⁹⁴.

PAREDES CASTAÑÓN⁹⁵, introduce una segunda distinción conceptual, entre seguridad (real) y percepción existente – en un individuo o grupo de individuos acerca de dicha seguridad; o, dicho en términos negativos, entre inseguridad real y percepción de inseguridad. Señala que, por una parte, es cierto que, si, como había planteado anteriormente, la inseguridad para un bien jurídico existe cuando es (más o menos) altamente probable que el estado de cosas valioso que constituye su sustrato se vea alterado y, con ello, devaluado, entonces la seguridad no es nunca un evento efectivamente producido y, en tanto que tal, cognoscible mediante pruebas empíricas incontrovertibles; al contrario, es siempre un juicio de probabilidad, una predicción (probabilística) del futuro.

En virtud de lo anterior, indica que, es imprescindible especificar adecuadamente el verdadero objeto del debate: si se está hablando de los riesgos reales que los bienes jurídicos corren o si, por el contrario, se está pensando más bien en las percepciones que algunos individuos o grupos sociales poseen acerca de cuáles y cuántos son esos riesgos; o si, en fin, se está pensando en el miedo o en la ansiedad que algunos ciudadanos sienten, aunque no exista base objetiva suficiente para ello⁹⁶.

2. El nuevo modelo de intervención penal de la seguridad ciudadana

a) Derecho penal en clave securitaria: surgimiento del modelo penal de la seguridad ciudadana.

⁹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. 2006. La Seguridad como Objetivo Político-criminal del Sistema Penal. Revista Eguzkilore (20): 131-133p.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Ídem.

DÍEZ RIPOLLÉS⁹⁷, al desarrollar la explicación del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, hace suyos muchos de los planteamientos que entrega el autor GARLAND en su texto “*La cultura del control*”⁹⁸.

GARLAND⁹⁹, trata la cultura del control del delito y de la justicia penal en Estados Unidos y Gran Bretaña, más precisamente, se ocupa de los cambios dramáticos que se han producido en la respuesta social al delito durante los últimos treinta años (de la década de 1970 a la década del 2000) y las fuerzas sociales, culturales y políticas que los han generado.

Su argumento es que la modernidad tardía – el patrón distintivo de relaciones sociales, económicas y culturales que emergió en Estados Unidos, Gran Bretaña y en otros lugares del mundo desarrollado en el último tercio del siglo XIX – trajo aparejada una serie de riesgos, inseguridades y problemas del control que han jugado un papel crucial a la hora de dar forma a nuestras respuestas frente al delito¹⁰⁰.

En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰¹ señala que, sin perjuicio de que el análisis de GARLAND esté situado en otros parajes, considera que el conjunto de rasgos que ha intentado identificar, producto de los cambios ocasionados por la irrupción de la modernidad tardía y que constituían, al mismo tiempo un buen compendio del nuevo modelo de intervención penal en curso, presentan un buen hilo conductor de las modificaciones que, con más retraso, se están produciendo en los sistemas jurídicos hasta ahora más vinculados al modelo penal garantista, como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos europeos e iberoamericanos.

Así, DÍEZ RIPOLLÉS, en gran medida inspirado por el análisis de GARLAND, comienza tratando la crisis contemporánea de los modelos de intervención penal, aludiendo en primer término, al modelo penal garantista y, en segundo lugar, al modelo penal resocializador¹⁰²,

⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F.

⁹⁸ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial.

⁹⁹ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 9p.

¹⁰⁰ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 11p.

¹⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 69-70p.

¹⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 61-68p.

para posteriormente exponer las ideas motoras del modelo de intervención penal que se está configurando, utilizando como ordenamiento jurídico de referencia al español¹⁰³.

i) La crisis contemporánea de los modelos clásicos de intervención penal

A. Modelo penal garantista

DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰⁴, expone sucintamente las principales características del modelo penal garantista: en primer lugar, atribuir una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penal; en segundo lugar, la deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de presupuestos más esenciales para la convivencia. En este punto, sin señalarlo expresamente, se refiere básicamente a los postulados del principio de intervención mínima penal; en tercer lugar, la desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El Derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y, en consecuencia, estima que una de sus principales tareas es defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del Estado punitivo; en cuarto lugar, la existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales, refiriéndose básicamente a los principios del Derecho penal clásico, la humanidad de las sanciones, la proporcionalidad, el principio resocializador, etc.

El autor plantea que el modelo penal garantista, ya no da las claves para interpretar los recientes cambios políticos criminales, porque estos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal, eso explica que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales, se pierden en el vacío de la incompreensión social¹⁰⁵.

B. Modelo penal resocializador

¹⁰³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 69-100p.

¹⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 62-65.

¹⁰⁵ Ídem.

Es el modelo de intervención del que el nuevo modelo de la seguridad ciudadana se va desvinculando¹⁰⁶.

Se sustenta en la ideología del tratamiento, que plantea que la legitimación del Derecho penal nace de su capacidad para resocializar al delincuente, y que los instrumentos penales deben reconducirse a esa finalidad¹⁰⁷.

Este modelo posee las siguientes características: en primer lugar, la búsqueda de la reintegración en la sociedad del delincuente, objetivo al que han de acomodarse todos los demás; en segundo lugar, la obtención de ese objetivo resocializador exigía arrumbar ciertas cautelas propias del Derecho penal clásico, ahora existe un enfoque de Derecho penal de autor, se promueven las penas indeterminadas en consideración a la evolución de la reintegración del delincuente en la sociedad; en tercer lugar, la pena de prisión es objeto de valoración ambivalente. Por un lado, se considera que proporciona un marco espacial y regimental que facilita las aproximaciones reeducadores a los delincuentes, de ahí que se fomenta un uso de ella desprovisto de los componentes aflictivos y que tenga especial consideración a las necesidades del tratamiento que deba atender. Por otro lado, se constata que resulta difícil eludir las consecuencias negativas inherentes a todo internamiento y se impulsan penas alternativas a la prisión con capacidades para conseguir el mismo objetivo resocializador, pero llevando al delincuente a una vida total o parcialmente en libertad; por último, el abordaje de la delincuencia se consolida como tarea de expertos en especial profesionales de las ciencias del comportamiento¹⁰⁸.

Ahora bien, desde mediados de los años 60' y 70' el modelo colapsa por diversas razones. Entre ellas: el desánimo de los defensores del modelo respecto de la eficacia de las técnicas de tratamiento, toda vez que se veía que los frutos eran escasos; la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituiría una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores más favorecidos de ella y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o, incluso en lo que se debía entender como tal; la reavivación de los argumentos propios del modelo garantista que

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 65-68p.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Ídem,

cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias excesivas sobre los derechos y la personalidad del delincuente; la recuperación del prestigio otros efectos sociopersonales de la pena, tales como la intimidación al conjunto de la sociedad o la intimidación o inocuización del delincuente¹⁰⁹.

ii) **Modelo penal de la seguridad ciudadana**

A. Características principales

DÍEZ RIPOLLÉS, sirviéndose de los planteamientos de GARLAND, pero teniendo como referencia la experiencia española, expone las ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal que se está configurando:

En primer lugar, el protagonismo de la delincuencia clásica, la delincuencia que gira en torno a delitos contra intereses individuales, como la vida e integridad, propiedad y libertad, sin perjuicio de que ya se había asentado en las últimas décadas siglo XX, la idea de que el Derecho Penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad de los poderosos¹¹⁰.

En segundo lugar, el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, la consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana. En la población ha aumentado la preocupación, en general, sobre la delincuencia y miedo a ser víctima de un delito, este miedo abarca diversos sectores sociales y los medios de comunicación juegan un importante rol a este respecto. El tema se ha tomado la agenda social como uno de los asuntos más relevantes¹¹¹.

A mayor abundamiento, GARLAND¹¹², señala que, el temor al delito ha llegado a considerarse como un problema en y por sí mismo, claramente distinto del delito y la victimización reales, y se han desarrollado políticas particulares que no apuntan a reducir el delito, sino los niveles de temor.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 70p.

¹¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 73-74p.

¹¹² GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 45p.

Por otro lado, en cuanto a la influencia de los medios de comunicación en la agenda política, FUENTES OSORIO¹¹³ pone de relieve como los medios de comunicación insisten en la importancia social que tiene un fenómeno delictivo, en la gravedad de la situación actual y en su relevancia como cuestión de interés público. Lo que puede favorecer el desarrollo o el refuerzo de una inquietud en el ámbito personal y social y, desde luego, permite consolidar ese tema dentro de la agenda pública.

En tercer lugar, la sustantividad de los intereses de las víctimas. Por mucho tiempo los intereses de las víctimas quedaron subsumidos en los intereses públicos (el principio de neutralización de la víctima). Ahora la víctima subsume dentro de sus intereses, los intereses de la sociedad. Sumado a las demandas de las víctimas reales o potenciales, más las víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible que guían el debate político criminal¹¹⁴. Además, toda atención inapropiada de los derechos o del bienestar del delincuente se considera como algo que va en contra de la justa medida de respeto por las víctimas. Se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar de parte de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes¹¹⁵.

En cuarto lugar, el populismo y la politización. Los conocimientos y opiniones de expertos se han desacreditado. La experiencia cotidiana del pueblo, es un factor de primera importancia a la hora de configurar leyes penales. Estas experiencias y percepciones demandan ser atendidas sin intermediarios, sin grupos de expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y la gente corriente. Todo se fragua cuando los agentes institucionales directamente vinculados a la creación del derecho otorgan a las demandas populares un acceso privilegiado. Se acelera el tiempo en que se legisla los proyectos, se torna irrelevante el debate parlamentario y gubernamental por la urgencia del tema, y los políticos obtiene rédito con esta pretendida democracia directa. En la praxis, el

¹¹³ FUENTES OSORIO, Juan L. 2005. Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 07 (16): 1-45p.

¹¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 76-78p.

¹¹⁵ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 46p.

resultado es que los jueces pierden margen de discrecionalidad, los expertos en la determinación de la pena y su ejecución. El manejo excluyente de la personas comunes y los políticos del debate político criminal conduce a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. En tanto, entre los partidos políticos se desata la lucha por quien es más duro con el crimen¹¹⁶.

En quinto lugar, la revalorización del componente aflictivo de la pena, producto del importante rol que se le ha entregado a los intereses de las víctimas sumado al populismo. Existe una suerte de respeto los sentimientos de venganza. La resocialización del delincuente pierde apoyo social, se pasa de la explicación de la delincuencia, como producto de la desigualdad social, a la delincuencia como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad. Las consecuencias de los tres factores anteriores, inspiradas en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, son básicamente: que las penas privativas de libertad aumentan su duración; el endurecimiento del régimen penitenciario, cuesta más acceder a beneficios; renacen penas infamantes, como publicar listas de maltratadores o delincuentes sexuales; el aseguramiento de efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso del ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo¹¹⁷.

En sexto lugar, el redescubrimiento de la prisión. Las penas privativas de libertad recuperan su prestigio, se potencian los efectos intimidatorios, retributivos e inocuidadores de la pena¹¹⁸.

En séptimo lugar, la ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal. El Derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace siglos, en el marco de un equilibrio entre la consideración al interés social en la protección de ciertos bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Ahora, se generaliza la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes,

¹¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 79-82p.

¹¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 83-86p.

¹¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 86-90p.

encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito¹¹⁹.

En octavo lugar, la implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia. Existe una colaboración entre comunidad y policía, se trata de la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito. Poderes públicos fomentan el desempeño, por la propia comunidad, de las funciones propias de los órganos formales de control social. Lo anterior, sumado a la expansión de la seguridad privada junto al desarrollo del sistema privado de establecimientos penitenciarios¹²⁰.

Por último, la transformación del pensamiento criminológico. Desde los años 90' viene un cambio de perspectiva en la criminología, ya no son la marginación o exclusión sociales, ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último¹²¹.

B. Propuestas doctrinales del Derecho penal de la seguridad ciudadana

DÍEZ RIPOLLÉS¹²², además de tratar el marco analítico doctrinal que pretende dotar de fundamento al modelo penal de la seguridad ciudadana, se refiere a las propuestas de la doctrina que concretan los rasgos que debiera poseer ese Derecho penal, cuyo objetivo primordial habría de residir en satisfacer las demandas sociales de seguridad ciudadana.

El autor enumera tres propuestas, haciendo la prevención de que éstas se superponen en buena medida.

- **El Derecho penal del enemigo**

¹¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 90-93p.

¹²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 93-96p.

¹²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 96-100p.

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 4 de enero 2005. <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 14 de junio 2021]

DÍEZ RIPOLLÉS, se limita a exponer la propuesta de JAKOBS, quien desarrolla el concepto del Derecho penal del enemigo.

JAKOBS parte de la contraposición entre los conceptos, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. En donde el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma y el Derecho penal del enemigo combate peligros¹²³.

La idea central de las modificaciones que se proponen o se avalan para el Derecho penal del enemigo giran en torno a la idea de peligrosidad de algunos delincuentes, no siendo necesario esperar para intervenir penalmente la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable. El ámbito en el que se propone el despliegue del Derecho penal del enemigo es limitado. Sus áreas de intervención serían principalmente: el terrorismo, la criminalidad organizada, y los delitos sexuales¹²⁴.

Entre las estrategias del Derecho penal del enemigo se pueden mencionar: el uso de la prisión preventiva, la intervención de las comunicaciones, la intervención de investigadores encubiertos, etc.¹²⁵.

Ahora bien, aun cuando es el mismo autor quien plantea que la lógica del Derecho penal del enemigo solo debe aplicarse en los ámbitos ya señalados, hace la prevención de que hay casos en donde este puede entremezclarse con el Derecho penal ciudadano, dañando gravemente el Estado de Derecho¹²⁶.

- **El Derecho penal de la tercera velocidad**

Esta es la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, la que es bastante similar a la que plantea JAKOBS al referirse al Derecho penal del enemigo.

SILVA SÁNCHEZ reflexiona en torno a las dos velocidades que tendría el Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal de la cárcel, en el que habrían de

¹²³ JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 33p.

¹²⁴ JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 33-40p.

¹²⁵ JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 44-45p.

¹²⁶ JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 50p.

mantenerse rígidamente los principios político criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. Luego, la pregunta que plantea, es si puede admitirse una tercera velocidad del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político criminales, reglas de imputación y criterios procesales¹²⁷.

Este Derecho penal de tercera velocidad, es aplicable a individuos que con sus conductas niegan los principios políticos o socioeconómicos básicos del modelo de convivencia, como es el caso de la criminalidad de Estado, el terrorismo y la criminalidad organizada, que se trata de ámbitos en donde surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí la justificación del incremento de penas de prisión, junto con la relativización de las garantías sustantivas y procesales¹²⁸.

Al igual que JAKOBS en su propuesta, SILVA SÁNCHEZ, pone de relieve la excepcionalidad que debe tener este tipo de regulación, la que debe basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia¹²⁹.

- **La reconstrucción del Derecho de la peligrosidad.**

También el jurista SILVA SÁNCHEZ se refiere a este fenómeno, el cual dice relación con la comprensión que se tiene del delito como un riesgo social, en virtud de lo cual resultaría razonable que, al afrontarlo, se tengan en cuenta criterios seguidos para la gestión de riesgos¹³⁰.

En consecuencia, es coherente recurrir a criterios de prevención cognitiva, vinculados a las funciones de inspección, vigilancia y control de la conducta de los individuos. Sin embargo, el Derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo,

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2º ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 163p.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2º ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 166p.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2º ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 141p.

encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo, se administrativiza. Así es como se van incorporando métodos de predicción de peligrosidad para determinar los sujetos que, precisamente, deben ser inocuizados para efectos de que no cometan delitos. Principalmente métodos estadísticos, que toman como base indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir un pronóstico de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de psicología del individuo concreto¹³¹.

SILVA SÁNCHEZ, señala que, el fenómeno antes descrito, guarda perfecta sintonía con la elevada sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad existente en la actualidad, y que el grupo predilecto de intervención son los delincuentes sexuales y delincuentes violentos¹³².

Por último, alude a algunas instituciones donde se puede ver reflejado este fenómeno, a saber: la adopción de medidas de seguridad privativas de libertad o consistentes en una libertad vigilada, que se imponen una vez cumplida la pena ajustada a la culpabilidad del sujeto y que pueden llegar a durar toda la vida del condenado; la publicación de listas de delincuentes sexuales; y, la adopción de medidas previas a la condena, ya sea cautelares, ya sea estrictamente preventivas (predelictuales)¹³³.

b) Distintos sentidos de la locución seguridad ciudadana

Luego de haber formulado las ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal de la seguridad ciudadana, con sus respectivas consecuencias, a continuación, se expondrá los planteamientos del autor GUZMÁN DÁLBORA, quien trata la relación de la doctrina de la seguridad ciudadana, con el autoritarismo penal, poniendo énfasis en la política criminal iberoamericana. Lo anterior, a modo de introducción al análisis de la política criminal chilena, de los últimos años, que se realizará en el subcapítulo siguiente.

GUZMÁN DÁLBORA, comienza su análisis indicando que, se debe tener cuidado con creer que tras el formal hundimiento de los regímenes tiránicos que asolaron Hispanoamérica en

¹³¹ Ídem.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2º ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 146-147p.

¹³³ Ídem.

las últimas décadas, haya desaparecido asimismo el espectro de sus prácticas punitivas, toda vez que es posible verificar que hay una suerte de renacimiento de estas prácticas, que ponen en jaque la preservación de los derechos fundamentales ante el magisterio punitivo. Estas prácticas son las que pueden englobarse en la doctrina de la seguridad ciudadana¹³⁴.

Luego, el autor pone de relieve que, en general se ignora el significado preciso que encierra el concepto de seguridad ciudadana, por lo cual, en un esfuerzo clarificador, emprende la tarea de definir los sentidos que tiene la locución “seguridad ciudadana”¹³⁵.

Señala que existen tres sentidos que tiene este concepto. Primero, la *seguridad urbana*, que es la seguridad ante el delito en las ciudades, en particular en aquellas de grandes dimensiones, con alta densidad de población, existiendo una separación radical entre las capas privilegiadas y desposeídas, lo que se percibe incluso en el emplazamiento físico donde moran unas y otros, y lo mismo ocurre en el lenguaje aplicado para nombrarlos, en el caso de Chile la común exclusión semántica donde se contraponen la vecindad a la población o los vecinos a pobladores. Segundo, la *seguridad de los ciudadanos*, seguridad acensuada, que se vincula solamente a los afectos y pasiones de quienes poseen casa, ocupación y fortuna, la de los grupos urbanos a los cuales el incremento de ciertas formas de criminalidad perturba grandemente, hasta transformarse en paroxismo, intransigencia y despropósito; en miedo al delito. Además, este sesgo sectario se puede apreciar también en la legislación penal, que si bien debe tener vocación de generalidad, más bien tiene una orientación precisa, y unas materias y finalidades regulativas de inequívoca significación social y política, más estrechas de las enunciadas. Tercero, la *seguridad ciudadana* como participación de ciudadanos en las tareas de policía preventiva, ciudadanos quienes cumplen el rol de ser artífices y eco del miedo al delito¹³⁶.

Ahora bien, luego de haber realizado una descripción de los análisis teóricos más pertinentes sobre el tópico de la seguridad ciudadana y su influencia en el ámbito de la política criminal. Explicando, por una parte, la configuración del nuevo modelo de intervención penal de la

¹³⁴ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2002. Autoritarismo Penal: La Doctrina de la Seguridad Ciudadana. Una Especial versión del Autoritarismo Penal en sus rasgos fundamentales: la "Doctrina" de la Seguridad Ciudadana. En: XIV CONGRESO LATINOAMERICANO IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Valparaíso, Chile. 1-14p.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem.

seguridad ciudadana, y, por otra parte, los diversos sentidos de la noción de seguridad ciudadana (los que se tienen a bien considerar, para dar cuenta de que no existe una definición unívoca), corresponde pasar al análisis práctico de los cambios que han acontecido en el campo del control del delito y la justicia penal en el último tiempo.

En este sentido, a continuación, se expondrá de manera sistemática y ordenada las principales políticas criminales que han sido implementadas en los últimos años en nuestro país, vinculadas en mayor medida al ámbito de la seguridad ciudadana.

3. La política criminal chilena de los últimos años.

El análisis que se realizará a continuación se hace en gran medida en base al artículo elaborado por MORALES PEILLARD¹³⁷, quien, a lo largo de su trabajo, busca responder algunas preguntas relativas a la política criminal contemporánea. En primer lugar, busca determinar si las políticas de control penal establecidas en Chile, durante las últimas dos décadas (1990 – 2010), podrían ser calificadas como punitivas. En segundo lugar, apunta a responder si las explicaciones otorgadas por algunas visiones criminológicas comparadas (en particular las teorías expuestas por autores ya citados, como GARLAND¹³⁸, DÍEZ RIPOLLÉS¹³⁹ y SILVA SÁNCHEZ¹⁴⁰), tendientes a justificar los dramáticos cambios observados en el campo del control del delito en los últimos 30 años, sirven de base para racionalizar las modificaciones observadas en Chile o si existen explicaciones de carácter local que además deberían ser consideradas.

a) Las políticas criminales de la transición a la democracia (1990 - 2000)

En primer lugar, MORALES PEILLARD, indica que, previamente al año 1990, en la dictadura militar de Augusto Pinochet, no se observaron mayores cambios en el campo criminológico, puesto que durante este tiempo las políticas criminales se concentraron en la represión de los disidentes del régimen, lo que se tradujo en que no se implementaran

¹³⁷ MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Revista Política Criminal* 7 (13): 94-141p.

¹³⁸ GARLAND, David. *La Cultura del Control*. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial.

¹³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F.

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2º ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L.

políticas relevantes en esta materia, salvo la promulgación de la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad¹⁴¹.

Luego, la misma autora, se remite a lo que plantea DAMMERT¹⁴², quien señala que, al comienzo de la década de los 90' se aprobaron tres grupos de Leyes en materia político criminal: unas que buscaban dotar a instituciones recientemente creadas de competencias en materia de seguridad ciudadana (v. gr. Ley N° 19.912, que creo la Dirección de Seguridad Pública e Informaciones); otras, que se enfocaron en materia policial, así como la reconfiguración de su rol (v. gr. Ley N° 19.006 que amplio la planta de Carabineros); y un tercer grupo que buscó reducir las penas y otorgar beneficios a los prisioneros políticos (v. gr. Ley N° 19.055, que estableció indultos amnistía y libertad condicional para este grupo)¹⁴³.

Por otro lado, en paralelo, en este periodo comenzó el debate en relación a la necesidad de contar con una reforma integral de la justicia procesal, especialmente en materia penal, cuyo Código data de 1906 estableciendo un sistema inquisitivo decimonónico¹⁴⁴.

Sin embargo, el escenario antes descrito, comenzó a cambiar a mediados de los 90' a medida que la delincuencia comenzó a ser abordada como un tema político. La información disponible en ese tiempo¹⁴⁵, mostraba que, a comienzo de los años 90', las denuncias de delitos contra la propiedad se elevaron y luego disminuyeron levemente a mediados de la misma década, mientras que las denuncias de delitos cometidos contra las personas disminuyeron consistentemente desde el periodo de 1985 hasta 1995, cuando alcanzaron su punto más bajo¹⁴⁶.

En este nuevo contexto, se comenzaron a aprobar leyes tendientes a endurecer la respuesta sancionatoria frente a determinadas conductas, tal como se observa en la Ley N° 19.413 de 1995, que reguló de manera autónoma el delito de receptación, la Ley N° 19.449 de 1996,

¹⁴¹ MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Revista Política Criminal* 7 (13):94-141p.

¹⁴² DAMMERT, Lucía. 2006. From Public Security to Citizen Security in Chile. En: BAILEY, J., y DAMMERT, L (Eds), *Public Security and Police Reform in the Americas*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. 63p.

¹⁴³ MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Revista Política Criminal* 7 (13):94-141p.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Ídem.

que estableció normas especiales en relación al juzgamiento del robo con fuerza en las cosas, el hurto y robo con intimidación, o la Ley N° 19.617 que modificó el delito de violación y regulo el estupro, los abusos sexuales y la corrupción de menores¹⁴⁷.

Posteriormente, a finales de la década de los 90' y, especialmente en la campaña presidencial previa a la elección del año 2000, la delincuencia comenzó a monopolizar la agenda política. Fue así como en los programas de gobierno de los candidatos, se pudieron observar posturas tendientes a endurecer la respuesta político criminal, tanto por el candidato Joaquín Lavín, como Ricardo Lagos. En esta línea, se debe poner de relieve que, el énfasis político en el endurecimiento de las medidas de control del delito de finales de los años 90' y principios de los 2000, se ve acompañado de un alza en las estadísticas delictuales¹⁴⁸.

b) Políticas criminales de la década pasada (2000 – 2010)

En la elección presidencial del año 2000, Ricardo Lagos se proclamó como ganador, y si bien en su mandato efectivamente implementó algunas de las duras medidas que al final de su campaña prometió adoptar, también, lideró reformas de corte liberal, como el lanzamiento de un nuevo sistema procesal penal, con el principio de inocencia como eje central de su estructura¹⁴⁹.

Asimismo, durante este periodo, el poder ejecutivo lideró la discusión parlamentaria relativa al establecimiento de un juzgamiento especial para adolescentes infractores de la ley penal, de entre 14 y 17 años de edad. Un sistema inspirado en las directrices de la Convención de los Derechos del Niño y en particular en su “interés superior”, y que, a su vez, toma como base el modelo de “justicia” o de “responsabilidad”, y donde las medidas y sanciones debieran ser dotadas de contenidos reintegrativos y reparatorios, con énfasis en la prevención especial positiva. Sin perjuicio de lo anterior, esta reforma se puso en marcha finalmente el año 2007, con algunos cambios profundos a su conceptualización original, y con serios problemas de implementación que impidieron la materialización de las aspiraciones antes señaladas¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Ídem

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Ídem.

No obstante, en este periodo, la variante punitiva se hizo más fuerte, da cuenta de esta situación, precisamente las leyes aprobadas en materia de seguridad ciudadana. En este sentido, se debe señalar que, el nuevo Código Procesal Penal fue modificado durante el gobierno de Ricardo Lagos, en al menos 6 oportunidades, donde tres de esas modificaciones, las Leyes N° 19.789, N° 19.942 y N° 20.074 apuntaron hacia una ampliación de las atribuciones de la policía en áreas preventivas tales como el control de identidad, prologando su duración, o introduciendo modificaciones en la esfera de la detención y citación en casos de flagrancia, aumentando las hipótesis que las hacen procedentes, y autorizando el registro de vestimentas, equipajes y vehículos en caso de citaciones por la comisión de faltas penales, entre otras modificaciones. En la misma línea, la Ley N° 20.074 intensificó las causales de procedencia de la prisión preventiva en relación a la necesidad de cautela para determinar su aplicación, lo que afectó la presunción de inocencia y la lógica de proporcionalidad. Al respecto, se debe hacer presente que, al menos, dos de estas modificaciones nacieron en el seno de un comité de expertos, pero el problema existente en la generación de propuestas se debió principalmente a la falta de evidencia empírica, por lo tanto, para justificar la necesidad de las reformas, se recurrió a argumentos vinculados con la inseguridad subjetiva o temor que aparentemente sentían los habitantes¹⁵¹.

Posteriormente, en la previa a la elección presidencial de 2005, el énfasis en las estrategias asociadas al control del delito, continuó siendo uno de los ejes principales de las respectivas campañas. Una situación que fue apoyada por estudios de opinión que daban cuenta que los problemas de mayor preocupación para la gente eran en orden decreciente; la delincuencia (47%), el empleo (44%), la salud (42%), la pobreza (35%), los sueldos (29%), la educación (28%) y las drogas (16%). En este marco, en las campañas presidenciales, la mayoría de los candidatos se enfrascaron en una suerte de “competencia de dureza”, en el campo del control del delito¹⁵².

Finalmente, Michelle Bachelet fue electa Presidenta de Chile, y en su gobierno fueron implementados diversos proyectos de ley de corte securitario. Dentro de las propuestas más importantes se encontraba la creación de un nuevo Ministerio: el Ministerio de Seguridad

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Ídem.

Pública. Sin embargo, tras un largo debate y de la presentación de una serie de indicaciones, este proyecto de ley derivó en la creación de la Subsecretaría de Prevención del Delito, mediante la Ley N° 20.502, en el año 2011. Asimismo, durante el gobierno de la presidenta Bachelet, se presentó un proyecto de ley de modificaciones al Código Procesal Penal, sin embargo, esta vez no se consultó ni a expertos ni académicos, y el mensaje del proyecto, como en otras oportunidades, se apoyó en el aumento de la inseguridad o temor de la población, finalmente este proyecto se convertiría en la Ley N° 20.253 del año 2008, comúnmente denominada “agenda corta antidelincuencia”. Dentro de las modificaciones más importantes, se puede señalar los cambios que se le hicieron al control preventivo de identidad, el cual se extendió de 6 a 8 horas, junto con la posibilidad de cotejar la existencia de órdenes de detención pendiente durante el procedimiento. Además, se estableció como nuevo indicio para autorizar la práctica del control preventivo al que “se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”. En esta misma línea, se contemplaron normas particulares en relación con el régimen de medidas cautelares, entre ellas se modifican los fundamentos de la necesidad de cautela estableciéndose dentro de sus causales de procedencia explícitamente el peligro de fuga, con el objeto de distanciar el concepto de “peligro para la sociedad” del “peligro de fuga”¹⁵³.

Así, la Ley N° 20.253, constituye una de las modificaciones más profundas al Código Procesal Penal, que vino a socavar las bases garantistas sobre las que estaba diseñado. Una de las cuestiones que resulta más preocupante dice relación con su fundamentación, basada en la inseguridad subjetiva en circunstancias que paralelamente a su diseño, las encuestas de victimización comenzaron a mostrar por primera vez una disminución, tendencia que general se ha mantenido¹⁵⁴.

Por último, en las elecciones presidenciales de 2009, nuevamente las temáticas vinculadas al control del delito y las políticas públicas necesarias para abordarlas constituyeron en eje esencial, siendo la vertiente punitiva las más invocada por los candidatos¹⁵⁵.

c) Las conclusiones

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ídem.

MORALES PEILLARD, al concluir su trabajo, da cuenta de cómo en el ámbito nacional, en la dogmática penal y en el debate criminológico, se han recogido tesis como la de GARLAND¹⁵⁶, DÍEZ RIPOLLÉS¹⁵⁷ y SILVA SÁNCHEZ¹⁵⁸. En buenas cuentas, se ha reconocido que en la política criminal chilena se ha producido un giro importante, orientado a una mayor intervención punitiva¹⁵⁹. Entre los indicadores señalados por los autores, y que a su juicio estarían presentes en la política criminal chilena de los últimos años están: primero, la politización del discurso asociado al control del delito, en particular la influencia de discursos asociados a demandas de ley y orden en la configuración de la política criminal, lo que a su vez se vio plasmado en fértiles modificaciones legales, tendientes a endurecer la respuesta en términos de la persecución y aumentar la severidad de las sanciones de determinados tipos penales; segundo, el abandono del juicio de los expertos, las propuestas en esta área generalmente distan bastante de la línea de las investigaciones criminológicas contemporáneas que han logrado identificar estrategias de reducción del delito, principalmente en materia de prevención y de ejecución penal, basadas en la evidencia de lo que funciona; tercero, el exacerbado miedo al delito, el que se exhibe en tasas bastante más elevadas que aquellas observadas en los países desarrollados; cuarto, la punición con mayor energía a la denominada delincuencia clásica y la entrega de herramientas para confinar a aquellos infractores persistentes¹⁶⁰.

Por último, se debe señalar que, como se verá en el siguiente capítulo, se estima que la orientación de la política criminal chilena, hacia una mayor intervención punitiva, aparejada con la implementación de diversas políticas de corte securitario, se ha mantenido en el tiempo y en este sentido, la Ley N° 21.310 es un buen exponente de esta tendencia.

¹⁵⁶ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial.

¹⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F.

¹⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2° ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L.

¹⁵⁹ MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. Revista Política Criminal 7 (13):94-141p.

¹⁶⁰ Ídem.

CAPITULO III: ANÁLISIS DE LA LEY 21.310 A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

1. Antecedentes de la promulgación de la Ley N° 21.310

a) Panorama general

En la introducción a este trabajo, se hizo una breve exposición del marco general de la regulación de los fuegos artificiales en nuestro país y las modificaciones que fueron introducidas por la Ley N° 21.310.

En este apartado, se pretende analizar, en mayor detalle, el cambio que hubo en la regulación de los fuegos artificiales, pasando de ser materia del Derecho contravencional, a ser regulada por el Derecho penal, con todas las consecuencias que trae aparejadas.

i) Del ilícito de carácter infraccional

La Ley N° 19.680, introdujo las prohibiciones relativas al uso y comercialización de fuegos artificiales en la Ley N° 17.798 en el año 2000.

En cuanto a las consideraciones que se tuvieron presentes al momento de la promulgación de la Ley N° 19.680, se hace alusión, al deber del Estado de dar protección a la población, en particular, el aseguramiento del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, contemplados en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, junto con el deber de garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental. Por otro lado, también se hace referencia a la Declaración de los Derechos del Niño, la que reconoce a los niños el derecho a una protección especial que les permita desarrollarse física y mentalmente en forma saludable y normal¹⁶¹.

En esta línea, se pone de relieve las graves consecuencias que trae consigo el uso y manipulación de fuegos artificiales, a saber: los casos de niños quemados y dañados por estos elementos, especialmente en las fiestas de Navidad y Año Nuevo, muchas veces sin que ellos hayan sido quienes estaban manipulando los artículos pirotécnicos y fueran terceros los

¹⁶¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.680. Prohíbe el uso de fuegos artificiales mediante reforme de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y explosivos [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6525> > [consulta: 19 noviembre 2021]

responsables; las consecuencias de carácter material y económico, producidas por los incendios de casas habitacionales y bosques, ocasionados también por el uso y manipulación de fuegos artificiales sin control técnico¹⁶².

Junto a las consideraciones señaladas precedentemente, se sumaba la circunstancia de que, en ese momento, no existían en el país normas legales que se refirieran en forma expresa y directa a los fuegos artificiales, siendo esas materias abordadas en el Reglamento complementario de la Ley de control de armas¹⁶³.

En virtud de lo anterior, es que se ve la necesidad de tener una regulación de carácter legal para evitar las consecuencias desastrosas que traía aparejadas el uso y manipulación sin control técnico, antes señaladas.

Ahora bien, en cuanto a lo dispuesto por la Ley N° 19.680, esta contenía las siguientes regulaciones:

En primer lugar, modificó el artículo 1° de la Ley N° 17.798, incluyendo expresamente dentro de los elementos que la Ley coloca bajo el control y la supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la Dirección General de movilización nacional, a los fuegos artificiales y a los artículos pirotécnicos.

En segundo lugar, modificó el artículo 2° de la Ley N° 17.798, incluyendo a los fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus partes y piezas, dentro de los elementos sujetos al control establecido en la misma Ley, señalándose expresamente que no les sería aplicable lo dispuesto en los artículos 8°, 14 A, 19 y 25 de la Ley de control de armas. Estas últimas disposiciones, que tienen por finalidad hacer más gravosa la sanción aplicable a quienes contravengan la Ley.

En tercer lugar, agregó el artículo 3° A nuevo a la Ley N° 17.798, el que, por una parte, dispone que los fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos similares, que se importen, fabriquen, transporten, almacenen o distribuyan en el país deberán cumplir con los requisitos y especificaciones técnicas que establece el Reglamento de la misma Ley. Por otra parte, el mismo artículo 3° A nuevo, incorpora la prohibición de la fabricación, importación,

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ídem.

comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus piezas o partes, comprendidos en los grupos números 1 y 2 del Reglamento de la Ley. A mayor abundamiento, el Grupo 1, comprende aquellos productos que emiten luces de colores, sin efectos sonoros, y con funcionamiento de uso manual, y el Grupo 2 que son aquellos productos que, además de emitir luces de colores, producen efectos sonoros en el aire, y altura superior a la de una persona.

En cuarto lugar, la misma Ley 19.680 en su artículo 2º, le entregaba la competencia para conocer de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 3ºA de la Ley N° 17.798, a los Juzgados de Policía Local, en particular el Juez de Policía Local del lugar en que se hubiere cometido la infracción, aplicándose a este efecto el procedimiento sobre faltas establecido en la Ley N° 18.287, y concediéndoles la acción pública para la denuncia.

En cuanto a las sanciones, señalaba que las infracciones serían sancionadas con multa de 10 a 50 unidades tributarias mensuales (UTM), sin perjuicio de la facultad del Juez para decretar, en caso de reincidencia, la clausura, hasta por 30 días, del establecimiento industrial, artesanal, comercial o importador en que se hubiera vulnerado la norma

Seguidamente, para el caso de que la infracción incidiera en la fabricación de estos elementos la sanción sería una multa de 25 a 75 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva del establecimiento.

Por último, consagraba el deber del Juez de decretar, en todo caso, el comiso de las especies incautadas, las que serían puestas a disposición de la Dirección General de Movilización Nacional, para los fines que estimare pertinentes, a través de las autoridades fiscalizadoras a qué se refieren la Ley N° 17.798 y su Reglamento.

Por otro lado, es menester señalar que, paralelamente, el artículo 496 N° 12 del Código Penal, establecía como falta, el disparo de armas de fuego, cohetes, petardos u otros proyectiles dentro de las poblaciones en contravención a los Reglamentos. Señalándose que la multa aplicable sería entre 1 a 4 unidades tributarias mensuales.

ii) Del ilícito de carácter penal: resumen de la historia de la Ley N° 21.310¹⁶⁴

A. Fundamento de las propuestas contenidas en las mociones parlamentarias¹⁶⁵

Con fecha 28 de mayo de 2019, un grupo de diputados presentaron dos mociones parlamentarias que posteriormente serían refundidas y servirían de base para el texto final de la Ley N° 21.310.

En primer lugar, la moción parlamentaria contenida en el Boletín N° 12649-25, que modifica la Ley N° 17.798 sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y el uso de fuegos artificiales.

En segundo lugar, la moción parlamentaria contenida en el Boletín N° 12656-25, que modifica la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, para tipificar como delito el uso y manipulación no autorizada de fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza.

Los fundamentos y antecedentes de las referidas iniciativas básicamente son los mismos, en ellas se da cuenta de que el uso de los fuegos artificiales es considerablemente grave y peligroso, ya que su manejo sin cuidado puede ocasionar daños muy perjudiciales para la salud de las personas, normalmente transeúntes, observadores que, pudiendo encontrarse ajenos a su utilización resultan lesionados, comúnmente con quemaduras y mutilaciones de distinta gravedad. Asimismo, se indicaba que, la manipulación de fuegos artificiales podía ocasionar incendios, inclusive de gran envergadura y, a la vez, contaminación del medioambiente debido a los gases y desperdicio que su uso conlleva.

Por otro lado, en lo relativo a las otras conductas que involucraban artefactos pirotécnicos, que se pretendía criminalizar, a saber, la posesión, fabricación, comercialización y utilización de fuegos artificiales que no es realizada por expertos o sin cumplir los requisitos del

¹⁶⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

¹⁶⁵ Ídem.

Reglamento de la Ley de control de armas, si bien era ilegal, y de hecho su utilización y los daños que ello conllevaba habían disminuido desde las prohibiciones que se establecieron el año 2000, por medio de la Ley N°19.680, de igual manera se hacía necesario sancionar de manera más grave su uso indiscriminado. Para sustentar estas afirmaciones los parlamentarios hacen alusión a tres notas de prensa, una de Emol¹⁶⁶, otra de Cooperativa¹⁶⁷ y otra de Radio Uchile¹⁶⁸, donde se hace referencia a un aumento de niños quemados por fuegos artificiales durante las fiestas de fin de año de 2018, en particular entre los días 6 de diciembre de 2018 y 6 de enero de 2019, donde el alza sería de 33% correspondiendo a ocho menores de edad heridos por la pirotecnia.

No obstante lo anterior, se señalan otros antecedentes que se tienen a la vista al momento de presentar las mociones parlamentarias, los cuales, como se verá más adelante, son los argumentos principales que vendrían a justificar la propuesta normativa.

En esta línea, se puede apreciar que, en los fundamentos de las dos mociones, se hace alusión a la práctica de bandas delictuales que utilizan fuegos artificiales sin tener consideración con los vecinos, terceros y transeúntes. Se señala que, los fuegos artificiales son lanzados con ocasión de cumpleaños, funerales y para celebrar la recepción de la droga que llegaba a manos de estas agrupaciones ilícitas. Además, se indica que estas bandas de antisociales los emplearían con la finalidad de generar un temor generalizado en la población. Añadiendo que, el riesgo creado es absolutamente intolerable, habiéndose hecho públicas las imágenes y grabaciones de lanzamiento de fuegos artificiales a una escala verdaderamente mayor. Lo mismo estaría ocurriendo en los estadios y espectáculos de fútbol, en donde el uso de estos elementos también se habría masificado.

¹⁶⁶ EMOL. 2017. Cifra de niños quemados por fuegos artificiales se mantiene a la baja y casos se concentran en el norte del país. [en línea] < <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/12/13/887061/Cifra-de-ninos-quemados-por-fuegos-artificiales-se-mantiene-baja-y-casos-se-concentran-en-el-norte-del-pais.html> > [consulta: 13 de marzo]

¹⁶⁷ COOPERATIVA. 2019. Aumentan los niños quemados por fuegos artificiales domésticos. [en línea] < <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/festivos/fin-de-ano/aumentan-los-ninos-quemados-por-fuegos-artificiales-domesticos/2019-01-11/070225.html> > [Consulta: 13 de marzo]

¹⁶⁸ DIARIOUCHILE. 2018. Año nuevo sin fuegos: Ocho comunas suspenden sus espectáculos pirotécnicos. [en línea] < <https://radio.uchile.cl/2018/12/29/ano-nuevo-sin-fuegos-ocho-comunas-suspenden-sus-espectaculos-pirotecnicos/> > [consulta: 13 de marzo]

En cuanto a la técnica para su tipificación, se indica que, el uso irregular de fuegos artificiales se ubica en los hechos que pueden constituir o tipificarse como delitos de peligro, en cuanto su efecto lesivo viene dado por dañar gravemente un bien jurídico como la vida y la integridad, al colocarlos en riesgo de sufrir una lesión.

A continuación, se expondrán algunas de las opiniones que fueron expresadas en el debate, por parte de parlamentarios, miembros de algunos órganos de la justicia penal, representantes del ejecutivo, expertos en el área, etc. En consideración a la finalidad de la presente memoria, se tiene una especial consideración por las opiniones que son críticas al proyecto.

B. La opinión de la Corte Suprema y la Discusión en el seno de la Comisión de Seguridad Ciudadana¹⁶⁹

Las primeras observaciones que se le hacen al proyecto son por parte de la Excelentísima Corte Suprema, toda vez que en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 16 de la Ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, correspondía remitir el proyecto a la señalada Magistratura para que entregara su parecer. En este sentido, la Corte señala que, desde la dictación de la Ley N° 19.680, que prohíbe el uso de fuegos artificiales, no parecen existir antecedentes que permitan aseverar que las consideraciones sociales respecto a la gravedad de aquellos hechos hayan variado significativamente, ni tampoco estadísticas que recomienden agravar la entidad de la sanción ni alterar su naturaleza, aspectos que, por lo demás fueron reconocidos por los mismos proponentes.

Posteriormente, el Ejecutivo formuló algunas indicaciones sustitutivas al proyecto, pero sin alterar el contenido central de éste.

¹⁶⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

A continuación, en el seno de la Comisión de Seguridad Ciudadana fue discutido el proyecto en general y luego en particular. Dentro de las principales observaciones que fueron hechas a este, cabe dar cuenta de las siguientes.

La Subsecretaria de Prevención del delito, Katherine Martorell acotaba que, la idea matriz de las mociones era dar categoría de delito al uso de fuegos artificiales sin la autorización respectiva. Señalaba que, desde el año 2014 se ha visto continuamente en los medios de comunicación la situación de uso de fuegos artificiales en funerales que se califican de alto riesgo, en eventos deportivos y con disparos al aire, generando situaciones de miedo y amedrentamiento. Los problemas se traducían en peligro para la vida e integridad de las personas, incendios, ajustes de cuentas, daños a la propiedad pública y privada y la afectación a la vida de los vecinos. Añadía que, los problemas de la legislación actual, era la calificación de falta que se hace de los hechos. Se genera un peligro para la sociedad y no hay agravante por ello, tampoco se genera agravante cuando se infunde temor en la población, las faltas administrativas no permiten la detención en flagrancia, lo que era importante desde el punto de la acción policial cuando ocurren estas situaciones y las sanciones de multa no son eficientes desde el punto de vista de la disuasión.

El Jefe de la Región Policial Metropolitana de Santiago de la Policía de Investigaciones de Chile, Prefecto Inspector, señor Iván Villanueva indicaba que, las incautaciones de fuegos artificiales en la Región Metropolitana obedecen a diversos delitos, no obstante, prevalecen los vinculados a la Ley de Drogas.

El alcalde de la Municipalidad de Talcahuano, señor Henry Campos, ponía de relieve, la necesidad de avanzar en la penalización del porte, comercio o fabricación de los fuegos artificiales. Los fuegos artificiales servían de publicidad y difusión de grupos criminales tanto para anunciar la llegada de droga a un territorio, como para acompañar funerales de integrantes de estas organizaciones, así como para marcar territorios y amedrentar a la población. La sensación de inseguridad en barrios y villas de las comunas era creciente. Las balaceras, la tenencia y exhibición ilegal de armas era coronada por el uso de fuegos artificiales. Por esto es que reclamaba que la tipificación debía ser dura con el uso de los fuegos artificiales. Concluía, sentenciando que los fuegos artificiales ilegales eran un síntoma de degradación de la sociedad chilena que no se podía obviar ni minimizar.

Por otro lado, la abogada asesora de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señora María Pilar Iribarra Valdovinos, desde una perspectiva político criminal, se manifestaba de acuerdo con las indicaciones propuestas. Además, hacía presente que el uso de fuegos artificiales suele asociarse a otro tipo de delitos más graves, como el narcotráfico y otros delitos contenidos en la propia Ley N° 17.798. Sin embargo, también, ilustraba a la Comisión en el sentido de que, al endurecer la pena, en la práctica, se cambian y se exigen mayores estándares de prueba para dar por acreditado el delito por los Tribunales, por lo cual, ante esa dificultad probatoria, lo que se perseguía con las modificaciones podía terminar en una impunidad al no acreditarse la comisión del ilícito.

Por otra parte, la diputada Maite Orsini, señalaba que, no creía que el aumento de las penas o la ampliación del Derecho Penal fuera una solución o una política pública correcta que generara efectos disuasivos, ni que fuera una herramienta para prevenir el delito.

En esta misma línea, la diputada Andrea Parra expresaba que, respecto de la situación de elevar a la categoría penal el uso de fuegos artificiales, el problema era otro y que no se debía abordar únicamente desde el punto de vista punitivo. Agregaba que, se podía debatir sobre situaciones como el narcotráfico, que era preocupante, pero además se debía hacer desde el punto de vista integral, era necesario avocarse a proyectos de ley que fueran realmente necesarios para la seguridad ciudadana, si la ley funcionaba bien, no se justificaba dedicarse a ese proyecto de ley, sin perjuicio que había opiniones valederas para perfeccionarla. Sentenciaba que el tema de los fuegos artificiales no se trataba de un problema de fondo, sino un síntoma de un problema delictual.

C. Discusión en sala y aprobación en general y en particular del proyecto en la Cámara de Diputados¹⁷⁰

El diputado Gonzalo Fuenzalida indicaba que el proyecto permitiría que en aquellas situaciones donde eran utilizados los fuegos artificiales y que alteraban el orden público y

¹⁷⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

afectaban la calidad de vida de las personas, existieran normas penales con las que se pudiera exigir el involucramiento y el accionar de las policías para detener a quienes lanzaran los fuegos artificiales, a quienes los fabricaran, los almacenaran y que los que estuvieran en posesión de ellos, acciones que hasta ahora quedaban impunes por la sanción pecuniaria que tenían.

El diputado Moreira, planteaba que el proyecto, se trataba de una medida necesaria y urgente para cientos de familias que hoy sufren ante estos actos que, según las circunstancias, son derechamente considerados delitos en el momento en que se usan para infundir temor a la población. Agregaba que, nadie en el país había podido quedar indiferente cuando, a través de los medios de comunicación, se mostraban los funerales narcos o de alto riesgo, en los que algunos, sin consideración, sembraban el miedo de la comunidad al disparar ráfagas de balas y lanzar distintos tipos de fuegos artificiales.

Por otro lado, la diputada Orsini, señalaba que, hablar de narcofunerales era hablar del abandono del Estado en cientos de poblaciones del país, era hablar de la ausencia de políticas públicas contundentes y era muestra de que mientras no se combatiera las causas se iban a seguir sumando los efectos y se iban a seguir sumando nuevos conceptos para hablar de un problema que tiene una misma raíz. Puesto que efectivamente, los funerales ostentosos suelen usar fuegos artificiales para mostrar su presencia y su poder, en barrios llenos del dolor que significa para las familias cuando la droga entra en sus casas.

En esta línea, planteaba la pregunta sobre si el proyecto era una acción legislativa útil para hacerse cargo de un fenómeno relativamente nuevo y completamente distinto a lo que puede ser descrito como un mero uso no autorizado de fuegos artificiales. Así, si se consideraba que la amenaza del narcotráfico era realmente importante, era momento de entender que se trata de un negocio, con el complejo desafío que ello significa, y avocarse a esa problemática.

De manera similar, el diputado Gonzalo Winter, señalaba que, la iniciativa tenía algo interesante, transformaba la manipulación no autorizada de fuegos artificiales de falta en delito, cambiando la competencia y haciendo posible detener a quien lo comete en situación de flagrancia. Pero, sobre la base de ese supuesto, lo único que se estaba cambiando con el proyecto era que cuando la policía viera a alguien que estaba manipulando, no amenazando,

no asesinando, no disparando un fuego artificial, ahora sí podría actuar, no como ocurre actualmente. Hacía la distinción, argumentando que, una de las falacias que se expresaban en la discusión, con respecto al aumento de las penas era plantear que cuando no se sube la pena o no se tipifica determinada acción, esta queda impune, independiente de su resultado. Agregando el parlamentario que, era necesario clarificar que amenazar a alguien con un fuego artificial es delito de amenaza; si con un fuego artificial se quema una casa, es delito de incendio; si con un fuego artificial se vuela un brazo, es delito de lesiones, y si con un fuego artificial se mata a alguien, es delito de homicidio. Por lo tanto, creer que si no se aumentan las penas o no se tipifica determinada acción esta queda impune era no entender que la mayoría de los delitos se sancionan en función de su resultado y no de la especificidad de la acción.

D. Discusión en el Senado y aprobación del proyecto de Ley¹⁷¹

En cuanto a la discusión en general en el Senado, en primer lugar, la Comisión de Defensa, se abocó al análisis del proyecto.

En dicha discusión, se escucharon las apreciaciones de representantes del ejecutivo, asistiendo a la mesa el Ministro del Interior de la época.

El Ministro del Interior y Seguridad Pública, señor Rodrigo Delgado, afirmaba que, el empleo irregular de fuegos artificiales era un tema de máxima preocupación para la ciudadanía, pues se trataba de un fenómeno que, actualmente, estaba vinculado a una sensación de inseguridad y temor, a diferencia de lo que ocurría años atrás, cuando se asociaba a eventos recreativos y familiares. Asimismo, consignó que, en oportunidades, el lanzamiento de estos artefactos es confundido con balaceras, o viceversa, generando confusión a la hora de denunciar e investigar hechos ilícitos.

A lo anterior, era preciso sumar la evidente peligrosidad que la manipulación de estos explosivos entraña para la vida y la salud de las personas. En ese sentido, relataba que había

¹⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

trabajado en conjunto con la Corporación de Ayuda al Niño Quemado (COANIQUEM) y que, en ese contexto, tomó conocimiento de historias dramáticas de menores que sufrieron daños que dejaron secuelas permanentes por accidentes derivados de la utilización de artículos pirotécnicos.

Además, constató que, en estrecha relación con el uso de estos elementos, existe una cadena de actividades clandestinas previas como su fabricación, almacenaje, distribución y venta, todas ellas representativas de importantes riesgos para la población, y que ya han suscitado consecuencias perjudiciales de importancia en diferentes barrios.

Agregaba que, durante los últimos años, se había vuelto cada vez más frecuente el manejo de estos implementos por parte de los traficantes como anuncio de la disponibilidad de drogas, y también en los denominados narcofunerales, lo cual era documentado por medios de prensa. Más recientemente, a partir de las manifestaciones sociales que comenzaron en octubre de 2019, el empleo de fuegos artificiales se habría transformado en símbolo de protesta, lo que ocasionaba el aumento de su comercialización ilícita. Además, la situación estaría agravada por la suspensión de la mayoría de los espectáculos pirotécnicos de fin de año, inicialmente autorizados en diversas comunas del país.

Complementando lo anterior, la Subsecretaria de Prevención del Delito, señora Katherine Martorell, expresaba que la realidad había superado a la legislación en régimen, por lo que resultaba indispensable llevar adelante modificaciones regulatorias para combatir un fenómeno que infunde temor en la comunidad.

Posteriormente, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Pedro Araya, mostraba su conformidad con la idea de legislar acerca del asunto en estudio, ya que, a su juicio, no correspondía que las conductas asociadas a fuegos de artificio constituyeran meras infracciones o faltas.

Por último, el proyecto fue aprobado en el Senado en los mismos términos que lo hizo la Cámara de Diputados, así, el proyecto fue remitido al Presidente de la República, quien no ejerció su derecho a veto, en virtud de lo cual, el proyecto fue enviado al Tribunal Constitucional, a efectos de que este último ejerciera el control preventivo y obligatorio del

proyecto, toda vez que este contenía normas propias de Ley Orgánica Constitucional, a saber, la disposición que le entregaba la competencia para conocer de las infracciones a la normativa relativa a los fuegos artificiales a los Tribunales con competencia en materia penal.

El Tribunal Constitucional sentenció que el proyecto se ajustaba a la Constitución Política de la República y en consecuencia este proyecto pasó a los últimos trámites correspondientes siendo finalmente promulgado y publicado como ley.

Luego de haber realizado una breve exposición de la discusión parlamentaria en torno a la actual Ley N° 21.310, a continuación se realizará un análisis desde la perspectiva del bien jurídico protegido, refiriéndose en primer lugar de forma general al bien jurídico protegido en la Ley de control de armas, para posteriormente avocarse al estudio particular del bien jurídico protegido en la Ley N° 21.310 que es objeto de estudio.

2. Bien Jurídico protegido

a) Bien jurídico protegido en la Ley N° 17.798

La Ley de control de armas tiene su génesis en el año 1972, una época de gran convulsión política caracterizada por los constantes enfrentamientos callejeros entre grupos armados tanto de derecha como de izquierda¹⁷².

Acontecimientos de gran conmoción pública que dan cuenta de dicha circunstancia son: el asesinato del General René Schneider¹⁷³, defensor del apego al orden constitucional y de la no intervención en política de las fuerzas armadas, en aquel momento comandante en jefe del Ejército, quien dos días antes de que el Congreso de la época tuviese que pronunciarse para ratificar o no al ganador de las elecciones presidenciales, Salvador Allende como nuevo Mandatario del país, fue herido de muerte en un atentado perpetrado el 22 de octubre de 1970 por un grupo de militares y civiles, vinculados a la extrema derecha y respaldados por la CIA, falleciendo el jefe castrense tres días más tarde¹⁷⁴; por otro lado, el asesinato de Edmundo

¹⁷² CEA, Sergio & MORALES, Patricio. 2018. Control de armas: incluye innovaciones de la Ley N° 20.813 de 6 de febrero de 2015. 5ª ed. Santiago, Thomson Reuters: Legal Publishing Chile. 1-2p.

¹⁷³ Ídem

¹⁷⁴ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL. 2019. Reseña biográfica del ex Comandante en Jefe del Ejército, General René Schneider. [en línea]

Pérez Zujovic¹⁷⁵, quien había presidido la cartera del interior en el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva, y había asumido la responsabilidad política del desalojo de la toma Pampa Irigoyen en Puerto Montt en el año 1969, que tuvo como consecuencia un número importante de pobladores heridos y algunos fallecidos, a manos de Carabineros, lo que habría motivado el ataque armado en su contra perpetrado el día 8 de junio por extremistas de izquierda y que tuvo como resultado su muerte.

En este contexto, el gobierno de la época, comenzó a fijar su atención en la legislación sobre armas, la que se encontraba desordenada y dispersa, tanto en el Código Penal como en la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado¹⁷⁶.

Así, en sus orígenes la Ley de control de armas, tenía por objeto proteger no tanto la “seguridad” a secas, sino más bien la “seguridad del Estado”, como una especie de reforzamiento a la protección del sistema político que ya se encontraba protegido por la Ley de Seguridad interior del Estado¹⁷⁷. Sin embargo, los objetivos perseguidos por la Ley han ido variando notoriamente en el tiempo, de acuerdo a las concretas necesidades político criminales¹⁷⁸.

En esta línea, si bien, en un comienzo el cuerpo legal se promulgó a efecto de neutralizar la proliferación de milicias armadas en el contexto del convulsionado ambiente político de los años 70¹⁷⁹. Más o menos a partir de la reforma de la Ley N° 20.014 del año 2005, se va asentando la idea de que la Ley de control de armas, es una herramienta eficaz en el combate contra la delincuencia común, por lo que los ilícitos relacionados con ella “dejan de considerarse como delitos que siempre atacarían contra la Seguridad del Estado¹⁸⁰”.

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27921/1/Resena_biografica_del_ex_Comandante_en_Jefe_del_Ejercito_General_Rene_Schneider.pdf [consulta: 18 octubre 2021]

¹⁷⁵ CEA, Sergio & MORALES, Patricio. 2018. Control de armas: incluye innovaciones de la Ley N° 20.813 de 6 de febrero de 2015. 5°ed. Santiago, Thomson Reuters: Legal Publishing Chile. 1-2p.

¹⁷⁶ VILLEGAS, Myrna. 2019. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. Revista Política Criminal 14 (28): 2-3p.

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ BASCUR, Gonzalo. 2017. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Revista Política Criminal 12 (23): 535p.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ VILLEGAS, Myrna. 2019. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. Revista Política Criminal 14 (28): 2-3p.

De este modo, durante la primera quincena del siglo XXI el objetivo principal de las reformas a la Ley de control de armas ha sido adecuar la normativa para la prevención y represión de la delincuencia común¹⁸¹

Lo anterior, se ve reflejado en las modificaciones sucesivas efectuadas a la Ley N° 17.798, a saber, la ya mencionada Ley N° 20.014 del año 2005, la Ley N° 20.061 del mismo año, la Ley N° 20.477 del año 2010, y la Ley N° 20.813 del año 2015¹⁸². Estas reformas se enmarcan dentro de una política criminal de seguridad ciudadana, basada en la sensación de inseguridad, el populismo penal, y otorgamiento de sustantividad a los intereses de las víctimas¹⁸³.

Sim embargo, en cuanto al actual objeto de protección de la Ley, no hay una opinión unánime. Para la doctrina penal chilena, lo protegido es un bien jurídico colectivo, cuya identificación se fundamenta en las posibilidades del uso de armas para la comisión de otros delitos. Pero difieren a la hora de identificar exactamente de cual bien jurídico colectivo se trata, y así hacen referencia a cuatro bienes jurídicos colectivos: seguridad, seguridad colectiva, seguridad pública y el monopolio estatal en el control de las armas.

En este mismo sentido, se estima que las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.310 a la Ley de control de armas, pasan a ser otro ejemplo del cambio de orientación que ha tenido en los últimos años, en tanto se trata de una reforma enmarcada en una política criminal de seguridad ciudadana. Temática sobre la cual se profundizará a continuación.

b) Bien Jurídico protegido en la Ley N° 21.310

Anteriormente, al tratarse las prohibiciones relativas a los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, contenidas en la Ley N° 19.680, se mencionaron cuáles eran las preocupaciones que tenían las y los parlamentarios que propusieron la norma legal, a saber, el aseguramiento del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, en especial de los niños, junto con el resguardo del medio ambiente libre de contaminación y el resguardo a la

¹⁸¹ BASCUR, Gonzalo. 2017. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Revista Política Criminal 12 (23): 535p.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ VILLEGAS, Myrna. 2019. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. Revista Política Criminal 14 (28): 4p.

propiedad privada, en los casos en que la manipulación de fuegos artificiales podría ocasionar un incendio.

Ahora bien, en el caso de la Ley N° 21.310, no obstante, las preocupaciones antes mencionadas, seguían presentes en el debate, ocupaban un lugar marginal dentro de los fundamentos que se tuvieron a la vista al momento de criminalizar las conductas que anteriormente eran sancionadas con multas.

En esta línea, se puede afirmar que los tópicos en torno a los que gira el debate parlamentario de la ahora Ley N° 21.310, dicen relación principalmente con la “seguridad”.

Pero cabe preguntarse, cuando se habla de seguridad ¿la seguridad de qué?, es decir, ¿Qué es lo que se pretende asegurar con los tipos penales que crea la Ley?

¿Se trata de la *seguridad de la integridad física y psíquica de las personas*? en tanto el uso de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos genera un riesgo que no es tolerable para tanpreciado bien jurídico, o más bien, utilizando la tipología de GUZMÁN DÁLBORA¹⁸⁴, se trata de la *seguridad urbana*, en tanto el uso de los fuegos artificiales ilegales sería un síntoma de degradación de la sociedad chilena que no se puede obviar ni minimizar, alterando el orden y siendo un fiel reflejo de la separación entre los ciudadanos y los criminales, o por otro lado, se trataría de la *seguridad de los ciudadanos*, en atención al temor que genera el uso de fuegos artificiales en las personas, más cuando quienes realizan estas actividades serían bandas de criminales que están ostentando su poder, creando un temor mayor a ser víctimas de este tipo de delincuencia y en general de ser víctimas del delito.

Cuando anteriormente se expuso los principales argumentos vertidos en la discusión parlamentaria que precedió a la promulgación de la Ley, se podía concluir que, el núcleo de las preocupaciones que tenían las y los parlamentarios, decía relación principalmente con las percepciones que tenían los ciudadanos en torno a las condiciones de seguridad, las cuales se verían afectadas por el efecto que genera el uso indiscriminado de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos.

¹⁸⁴ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2002. Autoritarismo Penal: La Doctrina de la Seguridad Ciudadana. Una Especial versión del Autoritarismo Penal en sus rasgos fundamentales: la "Doctrina" de la Seguridad Ciudadana. En: XIV CONGRESO LATINOAMERICANO IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Valparaíso, Chile. 1-14p.

En este orden de ideas, se debe señalar que, de lo que se está hablando no es de los riesgos reales que corren los bienes jurídicos, sino de percepciones, muchas veces fundadas en el miedo o en la ansiedad, aunque no exista base objetiva suficiente para ello.

A este respecto, se puede concluir que, se está, además, ante un problema de fondo, que dice relación con la justificación de la intervención del legislador penal. Problema que bien identificaba PAREDES CASTAÑÓN, en tanto que, al tratarse de juicios acerca del riesgo que ocasiona el uso de fuegos artificiales, o ante simples expresiones de miedo o de ansiedad vinculadas a este, sin fundamento objetivo suficiente, expresadas por algunos individuos, grupos sociales, sectores de la opinión pública, grupos de presión, partidos políticos, etc., la intervención jurídico penal sería una respuesta políticamente errónea. Primero, desde el punto de vista valorativo, porque dicha intervención constituiría un incremento del nivel de restricción de la libertad personal carente de cualquier justificación, por lo que se enfrentaría directamente con el principio jurídico constitucional de proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales. Y, además, desde el punto de vista pragmático, porque esta solución significa enfrentarse a los síntomas (las percepciones sesgadas acerca de la seguridad, el miedo, la ansiedad) intentando que los mismo remitan; pero no afronta los problemas reales, que suelen ser -en proporciones variables, según los casos- la manipulación de la información pública, la incultura, la demagogia política y aquellos conflictos sociales subyacentes que dan lugar a la inseguridad y al miedo, en este caso el narcotráfico¹⁸⁵.

Frente a la situación antes descrita y para hacerse cargo de las particularidades que tiene la Ley N° 21.310, en esta investigación, para responder a la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido, se ha optado por entregar una noción propia de lo que se estima que se protege por los tipos penales contemplados en la Ley. Se trata de una construcción teórica que se sirve de los elementos que se desprenden del debate parlamentario, de las definiciones de seguridad ciudadana entregadas por la doctrina y de la fundamentada opinión personal del autor de esta memoria.

En este sentido, se estima que, lo que se estaría protegiendo es la *seguridad ciudadana*, entendida como: “las condiciones de seguridad que son tenidas como relevantes por las

¹⁸⁵ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. 2006. La Seguridad como Objetivo Político-criminal del Sistema Penal. Revista Eguzkilore (20): 131-134p.

personas, para el normal desenvolvimiento en su entorno, sin verse afectos a situaciones que pudieran perturbar su tranquilidad y que ocasionaren temor en torno a la inmutabilidad de las condiciones de seguridad”.

A continuación, se estudiará la técnica legislativa utilizada por la Ley N° 21.310 en la elaboración de los tipos penales, es decir, la creación de delitos de peligro.

c) Técnica legislativa de la Ley N° 21.310: delitos de peligro

Una de las clasificaciones tradicionales de los delitos, se hace en atención a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido. Desde este punto de vista se distinguen los delitos de lesión y delitos de peligro¹⁸⁶.

El delito de lesión es aquel que, para su perfección, o sea su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger¹⁸⁷. Son delitos que suponen un daño efectivo del bien jurídico protegido, el que sufre un menoscabo con la consumación de la acción punible. Este daño o lesión del bien jurídico se aprecia en un sentido jurídico y puede producirse aun cuando el delito no arroje un resultado material¹⁸⁸.

El delito de peligro es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión¹⁸⁹. Son aquellos delitos en los cuales basta la simple amenaza a un determinado bien jurídico, la posibilidad inmediata de su menoscabo, aun sin lesión jurídica del mismo, para que se entiendan típicamente perfectos¹⁹⁰.

A su vez, los delitos de peligro admiten una subclasificación, en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

¹⁸⁶ GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General, Tomo II. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 253p.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 246-247p.

¹⁸⁹ GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General, Tomo II. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 253p.

¹⁹⁰ NOVOA MONREAL, E. 2016. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 246-247p.

En este sentido MIR PUIG¹⁹¹, señala que, en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.

Por otro lado, GARRIDO MONTT señala que, los delitos de peligro concreto se caracterizan porque la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido. En cambio, en los delitos de peligro abstracto no se requiere la verificación de si la acción estuvo en real posibilidad de lesionar al bien jurídico objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal¹⁹².

Ahora bien, es menester dar cuenta del problema de legitimación que existe en los delitos de peligro, en particular, en los delitos de peligro abstracto, existiendo abundante literatura a este respecto.

A continuación, en la medida que no es posible en la presente memoria hacer un análisis exhaustivo de la materia, se dedicarán algunas líneas para tratar las posturas de algunos autores en torno a los problemas de legitimación de los delitos de peligro abstracto.

MENDOZA BUERGO¹⁹³ señala que la elección de la técnica del delito de peligro abstracto para la descripción del ámbito de lo punible constituye en ocasiones una elección problemática, cuyo empleo suele venir acompañado de una discusión sobre la oportunidad, la necesidad y las condiciones de elección. El problema fundamental, es que, el comportamiento formalmente coincidente con el descrito en el tipo debe reputarse típicamente relevante y ello, aunque en concreto carezca por completo de peligrosidad para

¹⁹¹MIR PUIG, Santiago. 2002. Derecho Penal Parte General, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor 230-231p.

¹⁹²GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General, Tomo II. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 253p.

¹⁹³MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto (objetivo) de los Delitos de Peligro Abstracto. Revista de Derecho Penal y Criminología 2° Época (9): 39-41p.

el objeto de protección. Esta concepción considera suficiente la coincidencia formal de la conducta del autor para afirmar la presencia del tipo objetivo.

GARRIDO MONTT¹⁹⁴, señala que, se deben mirar con gran reserva estos tipos penales, que no corresponden a la concepción de un Derecho penal protector de bienes jurídicos; en el hecho se trataría de la prohibición de conductas por mera disposición de la autoridad del Estado.

En una línea similar, PÉREZ-SAUQUILLO¹⁹⁵, indica que, el punto clave con la legitimidad de los delitos de peligro abstracto reside en su compatibilidad con el principio de ofensividad, que exige que en los delitos se tipifiquen conductas que afecten a bienes jurídicos, lesionándolos o poniéndolos en peligro.

En este contexto, se debe poner de relieve una cuestión que dice relación precisamente con la criminalización de las conductas contenidas en la Ley N° 21.310. A mayor abundamiento, el problema con el fundamento normativo de los delitos de peligro abstracto, que es, señalar aquello que justifica la opción de no aplicar una sanción administrativa basada en la infracción de una norma que estadísticamente y desde una perspectiva general encierra cierta peligrosidad, sino recurrir a una pena que representa la retribución de un injusto de especial gravedad¹⁹⁶.

3. Análisis de la regulación introducida por la Ley N° 21.310 a la luz del principio de intervención mínima

a) Los delitos contemplados en la Ley N° 21.310.

i) El delito de posesión o tenencia de fuegos artificiales

A. Regulación legal: artículo 9 inciso final Ley N°17.798

¹⁹⁴ GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General, Tomo II. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 253-254p.

¹⁹⁵ PÉREZ-SAUQUILLO, Carmen. 2015. Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos. En: XVIII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO Internacional de Derecho Penal. Alcalá, España. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. 3p.

¹⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. 2005. Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto. Sobre la Normativización del Peligro. 309p.

“Los que poseyeren o tuvieren alguno de los elementos señalados en la letra f) del artículo 2º, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4º, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 20 unidades tributarias mensuales.”.

B. El bien jurídico protegido

Anteriormente, se había señalado la complejidad existente, en torno a la determinación del bien jurídico protegido en los tipos penales contemplados en la Ley.

En este sentido, se optó por la creación de una definición de lo que es el bien jurídico protegido en la Ley N° 21.310, en consideración a los objetivos perseguidos por la norma y en consideración a las discusiones que se han dado en la doctrina nacional y comparada.

En este sentido, el bien jurídico protegido en el delito de posesión o tenencia de fuegos artificiales, es como ya se mencionó la *seguridad ciudadana*, entendida como “las condiciones de seguridad que son tenidas como relevantes por las personas, para el normal desenvolvimiento en su entorno, sin verse afectos a situaciones que pudieran turbar su tranquilidad y que ocasionaren temor en torno a la inmutabilidad de las condiciones de seguridad”.

En virtud de lo anterior, el delito se puede clasificar como delito de peligro abstracto, en consideración al riesgo inherente que tiene la conducta de poseer o tener un fuego artificial o artículo pirotécnico, para el bien jurídico, sin que sea necesario la lesión o puesta en un peligro concreto de este.

C. La conducta

La conducta típica del artículo 9º inciso final, consiste en “poseer” o “tener”, y una interpretación armónica de estas disposiciones, con las otras normas relativas a las conductas posesorias descritas en la Ley N° 17.798, indicaría que estas conductas consistirán en la detentación de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos bajo una esfera de custodia circunscrita a un espacio físico determinado¹⁹⁷. Es el control desplegado por el agente sobre

¹⁹⁷ BASCUR, Gonzalo. 2017. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Revista Política Criminal 12 (23): 549p.

la especie lo que define la posesión, ese control es expresión de cierta relación excluyente de dominación¹⁹⁸.

Ahora bien, el artículo 9° inciso final señala que, esta posesión o tenencia solo será sancionada en la medida que no se cuente con las autorizaciones a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 17.798.

En cuanto a las autorizaciones, corresponde remitirse a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de control de armas que regula en forma exhaustiva esta materia en los Títulos VII (CAPITULO II “De la Inspección, identificación y autorización de uso de los Artificios Pirotécnicos y elementos de similar naturaleza”; CAPITULO III “De la Fabricación de Artificios Pirotécnicos”; CAPITULO IV “De las Importaciones, Internaciones y Exportaciones de Artificios Pirotécnicos”; CAPITULO V “De los Espectáculos Pirotécnicos”), VIII (CAPITULO I “De Artificios Pirotécnicos usados en recintos cerrados; CAPITULO II “Del montaje de Artificios Pirotécnicos de interior”) y IX (CAPITULO I “Del Tránsito por Territorio Nacional de Explosivos, Productos Químicos, Artificios Pirotécnicos, Armas, Municiones y Elementos Similares sometidos a control”).

D. Objeto material: Definición de Elementos Pirotécnicos

El Reglamento de la Ley N° 17.798, en su artículo 284 entrega una definición de artículos pirotécnicos:

“Se entiende por Elementos Pirotécnicos todas aquellas sustancias o mezcla de sustancias no detonantes, destinadas a producir un efecto luminoso, sonoro, gaseoso o fumígeno, luces de diferentes colores con propósitos de entretenición o señales de emergencia.”.

Por otro lado, el artículo 285 del Reglamento, los clasifica según sus particularidades en: fuegos artificiales de exterior; fuegos artificiales de interior; fuegos artificiales de cine y televisión; elementos de salvataje, de tipo terrestre, marítimo o aéreos; y, otros ingenios que contengan cargas pirotécnicas.

En este sentido, en la medida que el artículo 9° inciso final no hace distinción alguna, se debe entender que abarca toda esta gama de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos.

¹⁹⁸ Ídem.

E. Tipo subjetivo

El dolo, se satisface con el conocimiento de que se está en posesión de un artefacto de las características que se indican, es decir, conocer que se está poseyendo un artículo pirotécnico. Se admitirían hipótesis de dolo eventual de acuerdo a las reglas generales.

F. Penalidades

La ley le asigna a la conducta típica la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 20 unidades tributarias mensuales.

Es relevante que, al señalarse la sanción, la ley determina que se debe aplicar la pena privativa de libertad “o” la sanción de carácter pecuniaria, es decir, no son acumulativas.

En cuanto a la pena privativa de libertad esta puede oscilar entre 61 a 540 días, y en cuanto a su aplicación, se debe tener presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, no procedería su sustitución por algunos de los beneficios contemplados en esta norma.

Por otro lado, respecto de la sanción pecuniaria, se puede constatar que tiene un amplio margen de su determinación, que oscila entre las 5 y 20 UTM, quedando a criterio del juez conforme a las reglas previstas en el art. 70 del Código Penal.

- ii) El delito de fabricación, armado, elaboración, adaptación, transformación, importación, internación, exportación, transporte, almacenaje, distribución, ofrecimiento, adquisición o celebración de convenciones respecto de fuegos artificiales**

A. Regulación legal: artículo 10 inciso tercero nuevo Ley N° 17.798

“Los que sin la competente autorización fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en la letra f) del artículo 2 serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales. En caso de que en la perpetración del delito se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario

o encargado, o no pudiendo éste menos que saberlo, el juez podrá decretar en la sentencia su clausura definitiva. Asimismo, durante el proceso judicial respectivo podrá decretar, como medida cautelar, la clausura temporal de dichos establecimientos o locales.”.

B. El bien jurídico protegido

Al igual que en el delito de posesión o tenencia de fuegos artificiales, se estima que el bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana.

En el fondo, lo que se pretende es evitar el tráfico ilegal de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, debido al riesgo que tienen en sí mismos estos productos, los que desde el momento de su fabricación, puesta en circulación y comercialización generan un riesgo (indeterminado o abstracto) para el bien jurídico protegido, es decir, a las condiciones de seguridad que las personas consideran necesarias para un normal desenvolvimiento en su entorno, sin perturbaciones que pudieren afectar su tranquilidad.

En este sentido, en la medida que lo determinante para la tipificación de la conducta es la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a las acciones que integran el tráfico ilegal de fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, sin ser necesario la lesión del bien jurídico este delito se puede clasificar como delito de peligro abstracto.

C. Conducta

La conducta tipificada consiste en la: “fabricación”, “armado”, “elaboración”, “adaptación”, “transformación”, “importación”, “internación”, “exportación”, “transporte”, “almacenaje”, “distribución”, “ofrecimiento”, “adquisición” o “celebración de convenciones” respecto de fuegos artificiales.

Estas conductas dicen relación propiamente con el tráfico de los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos.

La regulación de estas conductas está contenida en el Reglamento de la Ley de control de armas en sus Títulos VII, VIII y IX al que se aludió anteriormente.

Ahora bien, el artículo 10° inciso tercero señala que la realización de estas conductas solo será sancionada en la medida que no se cuente con la competente autorización. En este sentido, en cuanto a las autorizaciones, corresponde remitirse a lo dispuesto en el Reglamento

de la Ley de control de armas, en particular a los ya citados Título VII, VIII y IX, donde se señalan los requisitos y condiciones que se deben cumplir para la fabricación, importación, comercialización, etc., de fuegos artificiales.

A mayor abundamiento, las labores de autorización, fiscalización y control, son ejercidas por la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN), como Autoridad Central de Coordinación; el Instituto de Investigaciones y Control del Ejército (IDIC) en su función de Banco de Pruebas de Chile (BPCH), como Autoridad Técnica; y, Carabineros de Chile, como Autoridad Fiscalizadora (AF).

Por último, se contempla una hipótesis especial, en donde para la perpetración del delito se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo este menos que saberlo.

D. Objeto material

En cuanto al objeto material son los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, cuya definición ya fue expuesta a propósito del delito de posesión o tenencia.

E. Tipo subjetivo

El dolo, se satisface con el conocimiento de que los artículos que “fabrica”, “arma”, “elabora”, “adapta”, “transforma”, “importa”, “interna”, “exporta”, “transporta”, “almacena”, “distribuye”, “ofrece”, “adquiere” o “celebra de convenciones” son fuegos artificiales. Se admitirían hipótesis de dolo eventual según las reglas generales.

En esta misma línea, en la hipótesis delictiva, donde para la perpetración del delito se utilizaren establecimientos o locales, se requiere que concurra dolo directo, o dolo eventual en la persona del propietario o encargado de estos.

F. Penalizaciones

La sanción para quienes realicen las conductas constitutivas del tráfico de fuegos artificiales, es la prisión menor en su grado medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales.

Es relevante que al señalarse la sanción, la Ley determina que se debe aplicar la pena privativa de libertad “y” la sanción de carácter pecuniaria, es decir, son acumulativas.

En cuanto a la pena privativa de libertad esta puede oscilar entre 541 días a 3 años, y en cuanto a su aplicación, se debe tener presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, no procedería su sustitución por algunos de los beneficios contemplados en esta norma.

En cuanto a la sanción pecuniaria, esta oscila entre las 10 y 20 UTM, quedando a criterio del tribunal de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 70 del Código Penal.

Por otro lado, se contempla una sanción especial, para el caso de que, para la perpetración del delito se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo este menos que saberlo. En este caso, el juez puede decretar en la sentencia la clausura definitiva del local o establecimiento.

Finalmente, se contempla como medida cautelar especial durante el proceso judicial, la clausura temporal de los establecimientos o locales, donde hayan tenido lugar las conductas antes descritas.

iii) El delito de uso de fuegos artificiales

A. Regulación legal: Artículo 14 E nuevo Ley N° 17.798

“Artículo 14 E.- El que, sin la competente autorización, accionare, activare o disparare alguno de los elementos señalados en la letra f) del artículo 2 será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales.

La pena privativa de libertad dispuesta en el inciso anterior se impondrá en su máximo cuando las conductas ahí señaladas turbaren gravemente la tranquilidad pública o infundieren temor en la población.”.

B. El bien jurídico protegido

Al igual que en los dos delitos analizados en los párrafos precedentes, el bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana, sin embargo, se estima necesaria hacer un análisis en mayor profundidad.

En este sentido, se debe poner especial atención al inciso segundo del artículo 14 E°, toda vez que se refiere específicamente a lo que se pretendía evitar con la promulgación de la Ley N° 21.310, que es la turbación de la tranquilidad pública y que se infunda temor en la población mediante el uso de fuegos artificiales.

Desde ya se debe hacer presente lo problemático que es determinar que se debe entender por “turbar gravemente la tranquilidad pública” o “infundir temor a la población”, más aún, cuando no se entrega ningún criterio en la norma para concluir esto.

Esta labor de hermenéutica, le corresponderá al juez, que, en forma soberana, deberá evaluar en el caso a caso, según las circunstancias, si es que el disparo de algún fuego artificial o artículo pirotécnico, tuvo como resultado una turbación grave de la tranquilidad pública o haya infundido temor a la población. Labor que no es menor, toda vez que de concluir que así fue, deberá aplicar la pena más alta consignada para castigar la conducta.

Por otro lado, en mérito de las consideraciones precedentes, se debe señalar que es dable clasificar el simple disparo de fuegos artificiales (inciso primer artículo 14 E°) como un delito de peligro abstracto, en orden a que se castiga la realización de la conducta, sin exigir la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido.

No obstante, se estima que en el inciso segundo del artículo 14 E° al exigirse el resultado de turbar gravemente el orden público o infundir temor a la población, se estaría exigiendo una lesión al bien jurídico protegido que es la seguridad ciudadana, transformando el delito, de ser de peligro abstracto, a ser un delito de lesión.

C. Conducta

Las expresiones utilizadas son “accionar”, “activar” o “disparar” fuegos artificiales o artículos pirotécnicos. Básicamente se trata de usar estos elementos con el fin para el cual fueron elaborados.

Se debe poner de relieve que en el inciso segundo del artículo 14 E° nuevo, se contempla una agravante que es “cuando las conductas ahí señaladas, turbaren gravemente la tranquilidad pública o infundieron temor en la población”, haciendo alusión básicamente al uso de los fuegos artificiales.

Ahora bien, el artículo 14 E° nuevo señala que, la realización de estas conductas solo será sancionada en la medida que no se cuente con la competente autorización. En este sentido, en cuanto a las autorizaciones, corresponde remitirse a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de control de armas, en particular a los ya citados títulos VII, VIII y IX.

D. Objeto material

En cuanto al objeto material son los fuegos artificiales y artículos pirotécnicos, cuya definición ya fue expuesta a propósito del delito de posesión o tenencia.

E. Tipo subjetivo

El dolo se satisface con el conocimiento de que se está en posesión de un fuego artificial o artefacto pirotécnico, y, además, querer usarlo. Se admitirían hipótesis de dolo eventual según las reglas generales.

F. Penalidades

La sanción contemplada es la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 10 a 20 UTM.

Es relevante que, al señalarse la sanción, la Ley determina que se debe aplicar la pena privativa de libertad “y” la sanción de carácter pecuniaria, es decir, son acumulativas.

En cuanto a la pena privativa de libertad esta puede oscilar entre 61 días a 3 años, y en cuanto a su aplicación, se debe tener presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, no procedería su sustitución por algunos de los beneficios contemplados en esta norma.

En cuanto a la sanción pecuniaria, esta oscila entre las 10 y 20 UTM, quedando a criterio del Juez.

- **Agravante del inciso segundo del artículo 14 E nuevo**

Se señala que, la pena privativa de libertad que se indicó anteriormente, se impondrá en su máximo cuando las conductas señaladas turbaren gravemente la tranquilidad pública o infundieren temor a la población.

Esta agravante, es el fiel reflejo de la motivación que tenía el legislador al momento de la promulgación de la Ley N° 21.310, que era implementar una política criminal de corte securitario, con la idea de brindar supuestamente tranquilidad a las personas que se veían afectadas por el uso indiscriminado de fuegos artificiales, por parte de bandas criminales vinculadas al narcotráfico.

CONCLUSIONES

En el análisis realizado a lo largo de la presente memoria, se ha podido constatar cómo el Derecho penal ha sufrido cambios dramáticos en el último tiempo. Cambios ocasionados por un nuevo paradigma, que es propio de las sociedades tardomodernas, el que ha ocasionado una reconstrucción del pensamiento criminológico, las políticas criminales gubernamentales y las actitudes de la cultura popular¹⁹⁹.

A propósito de esta materia, se expusieron diversos análisis, poniéndose un acento especial en el que realiza DÍEZ RIPOLLÉS²⁰⁰ en su obra, en la cual sintetiza los rasgos más relevantes del Derecho penal de la actualidad, y que forman parte de lo que él define como el modelo penal de la seguridad ciudadana. Este tiene entre sus notas distintivas el protagonismo de la delincuencia clásica, el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, el populismo y la politización, la revalorización del componente aflictivo de la pena, la ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal y la implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia²⁰¹

Posteriormente, en este trabajo, se ha dejado sentado cómo estas construcciones teóricas realizadas en el medio extranjero, han tenido un correlato en el medio nacional²⁰²

A mayor abundamiento al analizar las políticas criminales en Chile de los últimos años, ha quedado de manifiesto el giro punitivo que han tenido, a la vez que existe un mayor énfasis en el resguardo de la seguridad ciudadana. En este sentido, se expuso cómo las últimas reformas a la Ley de control de armas, han sido un reflejo de este cambio, pasando de estar orientadas al resguardo de la Seguridad interior del Estado, a estar dirigidas principalmente al resguardo de la seguridad ciudadana, siendo la Ley N° 21.310 otro ejemplo de esta práctica.

No obstante, la Ley N° 21.310 tiene sus propias particularidades, las cuales vale la pena poner de relieve, entre las principales, el ambiente acalorado donde se gestó la Ley, en un debate

¹⁹⁹ GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 13p.

²⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. Revista Política Criminal 7 (13): 134p.

legislativo donde se dio libertad a las proclamas punitivistas, al discurso de la ley y el orden, donde se le asignó un importante rol a los medios de comunicación y las sensaciones subjetivas de la población y un lugar marginal a las opiniones de los expertos.

Por otra parte, se problematizó, acerca de la técnica utilizada en la tipificación de los delitos de la Ley N° 21.310, a saber, la creación de delitos de peligro abstracto, que han estado expuestos a duras críticas por parte de la doctrina, y cuya proliferación vista en los últimos tiempos se vincula precisamente a la pretensión de que el sistema penal modifique sustancialmente sus tradicionales formas de intervención para la consecución de sus fines, con miras a que brinde efectos tributarios de la idea de seguridad²⁰³.

Además, en el caso particular de los delitos contemplados en la Ley N° 21.310, se presenta en forma palpable el problema adicional del fundamento normativo de los delitos de peligro abstracto, que es, señalar aquello que justifica la opción de no aplicar una sanción administrativa basada en la infracción de una norma que estadísticamente y desde una perspectiva general encierra cierta peligrosidad (como se hacía, en la antigua regulación de las prohibiciones relativas al uso de fuegos artificiales contenidas en la Ley N° 19.680), sino recurrir a una pena que representa la retribución de un injusto de especial gravedad²⁰⁴.

En la misma línea, se trató el problema de la determinación del bien jurídico tutelado en los tipos penales contenidos en la Ley N° 21.310, ante lo cual, en forma temeraria se optó por entregar un noción de propio cuño, acerca de cuál es el bien jurídico protegido en la norma, cual es, la seguridad ciudadana, con las particularidades ya indicadas.

En este contexto, tras haber realizado este vasto estudio, se está en condiciones de contrastar la Ley N° 21.310 con el principio de intervención mínima.

En esta línea, el primer paso es hacer una pequeña recapitulación acerca de qué es lo que se entiende por principio de intervención mínima, en este sentido, la concepción de la que se sirve este trabajo es la que entrega el autor MUÑOZ CONDE.

²⁰³ MALDONADO FUENTES, Francisco. 2014. Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana. Revista de Estudios de la Justicia (21): 94p.

²⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. 2005. Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto. Sobre la Normativización del Peligro. 309p.

Para dicho autor, el principio de intervención mínima se deriva de la especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter de último recurso dentro del sistema de control social y de la propia comprensión de la pena como un mal sólo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia. La sanción penal habrá de reservarse, pues, para los casos en que sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene encomendado. El principio de intervención mínima debe garantizar un Derecho penal mínimo, reducido a las mínimas intervenciones posibles para asegurar la libertad de los ciudadanos²⁰⁵.

A continuación, corresponde exponer las conclusiones que se pueden extraer del enjuiciamiento de la Ley N° 21.310 a partir del principio de intervención mínima.

En primer lugar, se puede concluir que la huida hacia el Derecho Penal que representa la Ley N° 21.310, cuyas prohibiciones anteriormente eran sancionadas en el ámbito infraccional, desconoce el carácter de última ratio que debe tener el Derecho penal dentro del ordenamiento jurídico. Toda vez que, como fue consignado en la discusión parlamentaria de la Ley, en aquel momento se había constatado que la utilización y los daños que conllevaba el manejo de fuegos artificiales habían disminuido, por lo cual no se justificaba la criminalización de esas conductas en vista que las prohibiciones establecidas cumplían su objetivo, sin embargo, los parlamentarios estimaron que de igual manera se hacía necesario sancionar de manera más grave su uso indiscriminado²⁰⁶.

En segundo lugar, si se comprende a la pena como un mal sólo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia, resulta a lo menos cuestionable que los delitos contemplados en la Ley N° 21.310, con sus sanciones correlativas, puedan cumplir este objetivo. Sin embargo, esta afirmación no importa restarle mérito a los justificados temores que pueden experimentar las personas que deben presenciar el uso indiscriminado

²⁰⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 68p.

²⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]

de fuegos artificiales, especialmente si esta práctica se realiza en un contexto de ostentación de poder y jerarquía por parte de bandas criminales.

Pero en este punto debe plantearse la pregunta de, si en realidad la pena es la mejor solución para enfrentar este problema, ante lo cual, se piensa que la respuesta es no, en la medida que la discusión del uso de fuegos artificiales se entrelaza con un problema de mayor gravedad que es el narcotráfico, que viene de la mano con otros delitos violentos, y que sin lugar a dudas puede justificar la intervención del legislador penal.

En este sentido, se cree que los temores de las personas abarcan otras preocupaciones, vinculadas al narcotráfico, con sus correlativas implicancias que tiene en la sociedad, y el uso de fuegos artificiales como parte de la “narcocultura” en realidad es una parte ínfima del problema, por lo cual recurrir al Derecho penal para hacerle frente no es la solución indicada.

Si se quiere enfrentar el problema de fondo, es menester avocarse a sus causas, no a sus consecuencias o manifestaciones.

En tercer lugar, si la sanción penal ha de reservarse para los casos en que sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene encomendado, fácilmente se puede vislumbrar que existe un problema en la Ley N° 21.310, que no permite concluir inequívocamente que se cumpla dicho fin. Por cuanto, en la medida que la Ley pretende cumplir distintos objetivos vinculados a la protección de intereses individuales y supraindividuales, terminan desdibujándose los límites del bien jurídico que se pretende proteger, tornándose finalmente, la seguridad en un bien jurídico autónomo, más precisamente la seguridad ciudadana, en los términos ya explicados. No obstante, debido a las consideraciones ya señaladas, en orden al problema de la eficacia práctica que adolecen los tipos penales para cumplir los objetivos que se pretenden, se hace latente que se está frente al riesgo de que por intentar protegerlo todo, se termine sin asegurar nada.

Finalmente, en mérito de todas las consideraciones ya esbozadas precedentemente, se puede concluir con propiedad que, los nuevos tipos penales creados por la Ley N° 21.310, no satisfacen las exigencias del principio de intervención mínima penal, es más, están en patente contradicción con este.

Es por lo cual, que se debe mirar con bastante recelo la proliferación de cuerpos legales, como el que fue estudiado a lo largo de esta memoria, haciéndose del todo necesario que los principios limitadores del *ius puniendi*, en particular el principio de intervención mínima, jueguen el rol que están llamados a cumplir, racionalizando y encauzando la intervención penal, para que esta se limite a las mínimas intervenciones posibles para asegurar la libertad de los ciudadanos²⁰⁷.

²⁰⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 68p.

BIBLIOGRAFÍA

• Obras consultadas

1. BASCUR, Gonzalo. 2017. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. *Revista Política Criminal* 12 (23): 535-549p.
2. BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José Luis González. 2019. *Compendio de Derecho Penal: Parte general*. 8°ed. Tirant lo Blanch. 130p.
3. BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL. 2019. Reseña biográfica del ex Comandante en Jefe del Ejército, General René Schneider. [en línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27921/1/Resena_biografica_del_ex_Comandante_en_Jefe_del_Ejercito__General_Rene_Schneider.pdf [consulta: 18 octubre 2021]
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 19.680. Prohíbe el uso de fuegos artificiales mediante reforme de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y explosivos [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6525> > [consulta: 19 noviembre 2021]
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.310. Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas, y otras disposiciones, para sancionar penalmente la fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título, y el uso de fuegos artificiales, en las condiciones que indica [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7840> > [consulta: 19 noviembre 2021]
6. BÖHM, María Laura. 2016. Securitización. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En: SEGUNDA Y TERCERA Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) y George-August-Universität Gottingen. 174-188p.
7. CEA, Sergio & MORALES, Patricio. 2018. Control de armas: incluye innovaciones de la Ley N° 20.813 de 6 de febrero de 2015. 5°ed. Santiago, Thomson Reuters: Legal Publishing Chile. 1-9p.

8. COOPERATIVA. 2019. Aumentan los niños quemados por fuegos artificiales domésticos. [en línea] < <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/festivos/fin-de-ano/aumentan-los-ninos-quemados-por-fuegos-artificiales-domesticos/2019-01-11/070225.html>> [Consulta: 13 de marzo]
9. CURY, Enrique. 2020. Derecho Penal. Parte General. 11° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 22-492p.
10. DAMMERT, Lucía. 2006. From Public Security to Citizen Security in Chile. En: BAILEY, J., y DAMMERT, L (Eds), Public Security and Police Reform in the Americas. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. 63p.
11. DIARIOUCHILE. 2018. Año nuevo sin fuegos: Ocho comunas suspenden sus espectáculos pirotécnicos. [en línea] < <https://radio.uchile.cl/2018/12/29/ano-nuevo-sin-fuegos-ocho-comunas-suspenden-sus-espectaculos-pirotecnicos/>> [consulta: 13 de marzo]
12. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2004. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 6 de marzo 2004. <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [consulta: 17 agosto 2021]
13. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 4 enero 2005. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [consulta: 14 junio 2021]
14. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la encrucijada. 2007. Buenos Aires, Editorial B de F. 65-100p.
15. EMOL. 2017. Cifra de niños quemados por fuegos artificiales se mantiene a la baja y casos se concentran en el norte del país. [en línea] < <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/12/13/887061/Cifra-de-ninos-quemados-por-fuegos-artificiales-se-mantiene-baja-y-casos-se-concentran-en-el-norte-del-pais.html>> [consulta: 13 de marzo]
16. ETCHEBERRY, Alfredo. 1997. Derecho Penal Tomo I Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 36-37p.

17. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. 2005. Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto. Sobre la Normativización del Peligro. 309p.
18. FUENTES OSORIO, Juan L. 2005. Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 07 (16): 1-45p.
19. GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia. 62-68p.
20. GARLAND, David. La Cultura del Control. 2001. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea. Gedisa editorial. 9-239p.
21. GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 13-50p.
22. GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General, Tomo II. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 253-254p.
23. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2002. Autoritarismo Penal: La Doctrina de la Seguridad Ciudadana. Una Especial versión del Autoritarismo Penal en sus rasgos fundamentales: la "Doctrina" de la Seguridad Ciudadana. En: XIV CONGRESO LATINOAMERICANO IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Valparaíso, Chile. 1-14p.
24. HASSEMER, Winfried. 2014. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. En El principio de proporcionalidad penal. 275-284p.
25. JAKOBS, Gunther & CANCIO MELIÁ, Manuel. 2003. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 33-50p.
26. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Ewa. 2003. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 5°ed. Granada, Editorial Comares. S.L. 13p.
27. MALDONADO FUENTES, Francisco. 2014. Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana. Revista de Estudios de la Justicia (21): 94p.
28. MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Derecho Penal Parte General. 2021. Santiago, Tirant lo Blanch. 74p.
29. MENDOZA BUERGO, Blanca. 2001. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 21-25p.

30. MENDOZA BUERGO, Blanca. 2002. La configuración del injusto (objetivo) de los Delitos de Peligro Abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2° Época (9): 39-41p.
31. MIR PUIG, Santiago. 2002. *Derecho Penal Parte General*, 8° ed. Barcelona, Editorial Reppertor 104-231p.
32. MORALES PEILLARD, Ana María. 2012. La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Revista Política Criminal* 7 (13): 94-141p.
33. MAURAC MAURACH; ZIPF; GOSSEL. 2004. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Buenos Aires, 36p.
34. NÁQUIRA, Jaime, et al. 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 10: 2-26p.
35. NOVOA ALDUNATE, Eduardo. 2007. Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal. *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, vol. 8: 1-4p.
36. NOVOA MONREAL, E. 2016. *Curso de Derecho Penal Chileno Parte General*, Tomo I. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 34-247p.
37. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. 2006. La Seguridad como Objetivo Político-criminal del Sistema Penal. *Revista Eguzkilore* (20): 129-133p.
38. PÉREZ-SAUQUILLO, Carmen. 2015. Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos. En: XVIII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO Internacional de Derecho Penal. Alcalá, España. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. 3p.
39. POLITOFF, S. & MATUS, J & RAMÍREZ, M. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte general*. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 94p.
40. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1999. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. 17p.
41. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2° ed. Madrid, Civitas Ediciones, S. L. 21-166p.

42. VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones [en línea] México. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf> > [consulta: 13 junio 2021]
43. VILLEGAS, Myrna. 2019. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. Revista Política Criminal 14 (28): 2-3p.
44. WELZEL, Hans. 1956. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Roque Depalma Editor. 1p.
45. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2002. Derecho Penal Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch. 210p.

• **Sentencias**

1. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 3062- 2016, de 27 de marzo de 2017.
2. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 7356-2019, de 20 de mayo de 2020.
3. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 11.424-2021, de 19 de octubre de 2021.
4. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 11.428-2021, de 19 de octubre de 2021.
5. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 11.432-2021, de 19 de octubre de 2021.
6. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 11.438-2021, de 19 de octubre de 2021.
7. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL 11.435-2021, de 19 de octubre de 2021.