



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL:
ORIGEN Y EVOLUCIÓN**

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

MATIAS ALEXIS ORTIZ ESPINOZA

Profesor Guía: JAVIER EMILIO ARÉVALO CUNICH

SANTIAGO, CHILE

2020

La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la Tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo.

Francesco Carrara

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. CAPITULO PRIMERO: CONCEPTUALIZACIONES AL IUS PUNIENDI ESTATAL Y SUS LIMITES.	
1.1 Ius Puniendi Estatal.....	8
1.2 Los medios de control social.....	10
1.3 La pena como herramienta del Derecho Penal.....	13
1.4 Los límites al Ius Puniendi Estatal.....	18
1.5 El Principio de Mínima Intervención Penal.....	21
1.5.1 Carácter subsidiario.....	23
1.5.2 Carácter fragmentario.....	24
2. CAPITULO SEGUNDO: UNA MIRADA A LA HISTORIA DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL.	
2.1 El derecho penal anterior a la Ilustración.....	28
2.2 El fenómeno de la Ilustración y los postulados jurídico-penales.....	32
2.3 El origen del Principio de Mínima Intervención Penal.....	33
3. CAPITULO TERCERO: EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL EN DIVERSOS AUTORES A CONSECUENCIA DE LA EXPANSIÓN PENAL.	
3.1 El fenómeno de expansión penal.....	38
3.1.1 Causas.....	38
3.1.2 Manifestaciones del fenómeno.....	42

3.2 Posturas frente a la expansión penal.	
3.2.1 Abolicionismo.....	45
3.2.2 Reduccionismo.....	47
3.2.3 Expansionismo.....	51
4. CAPITULO CUARTO: HACIA UN DERECHO PENAL RACIONAL	
4.1. Sociedad del riesgo, globalización y expansionismo penal.....	54
4.2. Desafíos para un Derecho penal moderno constitucionalmente legítimo.....	62
4.3 Propuestas hacia un derecho penal racional y eficiente.....	68
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

RESUMEN

El Derecho Penal se basa en un presupuesto de naturaleza ético-filosófica - y de notable trascendencia político-criminal-, cual es el principio de intervención mínima, por cuya virtud, sólo brindará tutela a aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo y que lesionen el sentimiento jurídico de la comunidad. De tal suerte, habrá injustos que friccionen la convivencia pacífica, pero que no necesariamente estarán provistos de reproche penal.

La presente memoria tiene por objeto el estudio crítico y pormenorizado de este principio, conjugando los fundamentos ilustrados que propiciaron su aparición, en tanto límite importante al Ius Puniendi del Estado y como última instancia que disponen los ciudadanos para dirimir sus conflictos; con el irremisible avance de las ciencias penales que, a la par de los cambios socioculturales, dio lugar a nuevas voces dentro de la dogmática, las cuales, empeñadas en la defensa de los crecientes nuevos riesgos traídos por la modernidad, reclaman una expansión de su ámbito de competencias.

Luego de indagar en tales posturas, idearemos una propuesta que venga en zanjar aquel debate, preconizando para tales efectos, la necesidad de mantener un sistema penal basado en la intervención mínima, aunque sin desconocer el fenómeno de expansión, de modo de conciliar la mayor punibilidad que exige la sociedad actual, con la defensa y desarrollo de valores consustanciales a un Derecho penal racional y constitucionalmente legítimo.

Palabras Claves: Ius Puniendi - Derecho penal mínimo – Principio de Mínima Intervención – Expansión Penal - Sociedad del Riesgo – Globalización - Derecho Penal Eficiente y racional.

INTRODUCCIÓN

En cualquier manual dirigido a la enseñanza general del Derecho penal, se puede encontrar el principio de mínima intervención como una limitación al ius puniendi estatal. Sin embargo, el concepto es aún más amplio y ocupa un lugar todavía más angular, pues representa una pauta que orienta la manera con que las naciones ejercen el poder sancionador.

Y es que, por un arcano y profundo sentido de justicia, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante despliega una pluralidad de formas al tiempo de infligir el castigo, siendo la pena -su arma predilecta- la gravosa reacción contra aquellos ciudadanos que han violado las reglas básicas de convivencia.

El legislador al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal, se circunscribe al mínimo indispensable para garantizar los derechos de todos los ciudadanos, por lo que la potestad punitiva del Estado se limita a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que, teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás.

Como apunta CARBONELL, tan solo puede restringirse la libertad de los ciudadanos en aras de tutelar las propias libertades de los demás, y solo en la medida de lo estrictamente necesario.¹ Así, las leyes penales en un Estado de Derecho democrático solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si se apartan de esa misión, señala NOVOA

¹ CARBONELL, Juan Carlos. *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*. En: M. Nieto. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, I (pp. 129-144). LaMancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, 2001.

MONREAL, serán formalmente “leyes penales”, pero no un “Derecho penal” propio de un Estado de Derecho.²

Con esto se garantiza la calificación del Derecho Penal como extrema ratio de tutela, delimitando el objeto de la intervención sancionadora a bienes o intereses de específica relevancia.

Sin embargo, en una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen interacciones interpersonales anónimas crecientes, se tienen que cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal, por lo que, junto a bienes altamente personales, como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental va asumiendo la necesidad de intervención penal para la prevención de “nuevos riesgos” que tienen su origen en la complejidad estructural de esta sociedad, extendiendo cada vez más el espectro de punibilidad.

Aunque esto contraría la idea de que el Derecho penal debe autolimitarse, renunciando a penetrar de forma invasora en todos los aspectos de la vida social, o que, cuando lo haga, debe reducir la aspereza de sus sanciones (rasgo connatural a las más diversas versiones del Derecho penal mínimo), en lo concreto, explica el hecho de que actualmente se criminalicen nuevas conductas; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e incluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.

La presente “sociedad del riesgo”³, como la ha denominado ULRICK BECK, ha mellado las prístinas concepciones del Derecho Penal mínimo que lo han hecho trascender hacia posiciones más amplias, en las que éste no puede renunciar a la protección de surgentes bienes

² NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 272.

³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona, 1998.

jurídicos. En el escenario actual, a dos siglos de la obra cumbre de Beccaria, resulta compleja la lucha por mantener un derecho penal mínimo y respetuoso de los derechos humanos, y que haga efectivo el cumplimiento de los principios limitativos del ius puniendi.

Por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones y asociaciones, en lo siguiente estudiaremos cómo en la actual sociedad globalizada la intervención penal ha mudado su operar frente a la aparición de nuevos peligros, contraponiendo, de un lado, las tendencias modernizadoras y expansionistas y, de otro, las tendencias de resistencia a la modernización que priorizan la intervención mínima del ius puniendi estatal.

A la par, ensayaremos el modo en que ha de estructurarse, hacia el futuro, una política criminal racional examinadas que sean algunas de las causas que han dado lugar a un incremento punitivo y que ponen en entredicho el carácter de ultima ratio que se espera del instrumento penal, por cuanto, precisamente, una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de prima ratio. Por ello, cabe la pregunta acerca de cómo racionalizar su empleo, de modo de arribar a una respuesta que nos autorice a precisar cuándo su recurso es necesario, amén de legítimo.

1. CAPITULO PRIMERO. CONCEPTUALIZACIONES AL IUS PUNIENDI ESTATAL Y SUS LIMITES.

1.1 Ius Puniendi Estatal.

La justificación acerca del origen del poder sancionador ha sido un tema muy desarrollado dentro de la doctrina, siendo común asentar su comienzo en el llamado contrato social. En palabras de HABERMAS,

“(...) cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos, sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno.”⁴.

Así es como, mutuamente, nos hemos dado una regulación a fin de mantener una estabilidad dentro de la paz social convenida, tras el abandono de lo que nuestras fuerzas podrían proporcionar en defensa de nuestros intereses. Por esta vía, es que sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que pueden contar con el asentimiento no forzado de todos.

En esta misma línea, ROUSSEAU, propondría una forma de asociación capaz proteger a la persona y los bienes de cada asociado, y por la que,

“(...) cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”⁵.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho, términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p.578.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*, editorial Elapelfh, Toronto, 1999, p.14.

Con esto, cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general⁶, desprendiéndose los sujetos de su derecho primigenio a la autotutela y entregando aquel poder al Estado como ente que canaliza la voluntad soberana de cada uno de sus miembros.

Ahora bien, no ha sido fácil asentar una noción definitiva acerca de lo que ha de comprenderse por Derecho penal⁷. Cualquier proposición que se sugiera al respecto exige exactitud en los caracteres definitorios del concepto, lo que a menudo acarrea el temor de dejar fuera elementos importantes.

Para tal empresa, será determinante considerar su Ser (ontológico), la Función (funcionalidad) o los Fines (teleológico)⁸. No obstante, el autor SANTIAGO MIR PUIG plantea saltarnos esta discusión, ligada más bien a la filosofía del Derecho, proponiendo atender únicamente el Derecho positivo desde una mirada, ora objetiva, ora subjetiva.

En el sentido objetivo, lo relevante va a ser el conjunto de normas reguladoras de la conducta. Podemos decir entonces que,

“(...) el derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad”⁹.

Lo distintivo aquí es el cumulo de normas que regulan parcelas del comportamiento humano con consecuencias sancionatorias.

⁶ *Ibíd.*, p.15.

⁷ BALMACEDA, Gustavo. *Manual de derecho penal parte general*, Librotecnia, Santiago, 2014, p.11.

⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, B de F, Montevideo, 2003, p.4.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, p.41.

El sentido subjetivo sitúa la preeminencia en el emisor y aplicador de dichas normas siendo la facultad que tiene el Estado para declarar delitos determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra ciertos valores que se consideran esenciales para la sociedad, castigándolos con penas, medidas de seguridad¹⁰. Esto último constituye el Ius Puniendi estatal y su configuración es presupuesto del derecho objetivo, pues, la facultad creadora lógicamente va a preceder la existencia de dichas reglas.

Podemos leer en la definición que el Estado esta mandado a mantener las condiciones esenciales de convivencia procurando la defensa de valiosos elementos, tales como la vida, integridad, propiedad, entre otros. Esta labor de protección representa de entrada un límite a su actuar, no debiendo ir más allá de lo necesario para preservar tales condiciones.

Pero no es solamente el derecho penal la única herramienta que dispone la sociedad para permear el comportamiento de sus integrantes, la familia, las relaciones laborales, la educación formal, la iglesia, entre otros contribuyen a la valoración de las formas de actuar, y no es baladí mencionarlos pues, a menudo, consisten en métodos más eficaces que la mera represión punitiva en el tratamiento de ciertos problemas sociales.

1.2 Medios de control social.

Una sociedad que se organiza estableciendo reglas requerirá, para su debida observancia, intervenir en distintos niveles del desenvolvimiento humano. No importa cuán primitiva sea el modo de estructurarse, en su núcleo se asentará un orden, además de mecanismos de control, que resultan necesarios para el correcto funcionamiento de la colectividad.

Desde la Sociología¹¹, se ha instalado el concepto de control social para explicar el espectro de intrusiones dados para el cumplimiento de la normativa. Éstas actúan como

¹⁰ BALMACEDA, Gustavo. *Op. Cit*, p.17.

¹¹ VELÁZQUEZ, Fernando. *Derecho penal parte general, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p.32.

directrices que modelan el comportamiento cuando consisten en conductas dignas de ser reproducidas o que muestran ser valiosas para la comunidad; y correctivas -como aislamiento social, despido laboral, imposición pena, etc.- en aquellos casos en que se frustran las expectativas de comportamiento individual.

Con esto, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, la sociedad dispone de recursos con los que asegura,

“(…) la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones”¹².

Es decir, los grupos humanos instituidos requieren de la imposición de un orden, auxiliándose para ello de normas no tipificadas en el sentido positivo, pero observables en la conducta social.

HASSEMER nos indica que existe una cultura de lo habitual, en cuya defensa, precisamente, se vierte este control, buscando de tal manera preservar la cultura cotidiana, o lo que es lo mismo, “el conjunto de las normas que rigen en una sociedad determinada en un momento determinado”.¹³ De este modo, consensuados los elementos vitales de convivencia, existe un aparataje de respaldo que procura la pervivencia de ese conjunto.

¹² BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal volumen I*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p.15.

¹³ HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar? Razones por la que merece la pena la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.29.

Por su parte, MUÑOZ CONDE, influido por la teoría psicoanalista, entiende el control social como un freno al individuo egoísta que ve limitada la satisfacción de sus deseos por la comunidad, apuntando:

“Frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer por encima de todos sus instintos, está el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, y que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás”¹⁴.

Estos frenos se presentan en diversas formas y, dentro de las muchas clasificaciones de las que han sido objeto¹⁵, nos interesa aquella que distingue entre frenos formales e informales, criterio que surge de analizar si el órgano en cuestión tiene como principal función el ejercicio del control.

JUAN BUSTOS ejemplifica esta categorización aplicándolo a la familia, señalando:

“La familia posee un alto grado de formalización e institucionalización, sin embargo, constituye un mecanismo de control informal, toda vez que su finalidad específica no es el ejercicio del control”¹⁶.

Distinto sería analizar la labor de las Policías, por ejemplo, donde el ejercicio del control se revela a todas luces como su función principal.

¹⁴ MUÑOZ, Francisco. *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985, p.22.

¹⁵ VELÁZQUEZ, Fernando. *Op. Cit.*, pp.33-34.

¹⁶ BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Op. Cit.*, p.18.

A los informales toca la tarea de ir aportando a la creación de costumbres y convicciones, estableciendo patrones de lo que se cree correcto, los que son en gran medida traspasados por la tradición, basándose en las relaciones entre sus miembros y ejerciendo un control difuso sobre éstos (podemos nombrar a la familia, las instituciones educacionales, las relaciones laborales).

En los formales encontramos por excelencia al Derecho, que regula las relaciones humanas en la sociedad, delineando un orden apoyado en la posibilidad de hacer uso legítimo de la fuerza organizada contra aquellos que lo quebranten. Al respecto, el profesor SQUELLA señala que, entre sus funciones, se encuentran la orientación del comportamiento, la resolución de conflictos, la promoción y configuración de los modos de vida, la función distributiva y la organización y legitimación del poder social¹⁷. De ello se desprende que, en el seno del Derecho se encuentra un conjunto amplio de normas de distinta naturaleza y, en una parcela de éste, se ubica al derecho penal como un control institucionalizado que protege coercitivamente bienes jurídicos fundamentales para la sociedad¹⁸.

Sin embargo, es deber del Estado ayudar en el fortalecimiento de los otros mecanismos de control social, fomentando diversas instituciones de la sociedad civil a fin de que no se busque solucionar cada situación problemática con la sola mirada de la criminalización de conductas.

1.3 La pena como herramienta del Derecho Penal.

Nuestra reflexión sobre el derecho de castigar del Estado no puede dejar de advertir que en su seno las ideas de venganza y aflicción vienen dadas como inmanentes¹⁹. Esta es una de las razones por las que la pena pública continúa explicándose convincentemente a partir de aquellas teorías que reservan al principio de retribución dentro de las funciones naturales de la

¹⁷ SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p.693.

¹⁸ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal parte general, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 2010 p.13.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo Veintiuno Editores S.A., Madrid, 1999, p. 314.

pena. El componente retributivo no ha agotado su vigencia, configurándose como el alma de la pena:

“Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, como es la pena”.²⁰

Conforme afirma HART, la pena será entendida como aquel acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas²¹. Ha de considerarse, a su vez, la existencia de medidas de seguridad post delictuales reservadas a quienes actúan típica y antijurídicamente, pero son inimputables, como las personas enajenadas mentalmente²².

Así, mientras la pena está reservada al individuo que actuó culpablemente en un hecho pasado, la medida de seguridad se basa en la peligrosidad futura del sujeto. No obstante, ambas buscan la protección de la sociedad, promoviendo, con ello, la sana convivencia social.

En este sentido CLAUS ROXIN señala que,

“(…) pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en sentido formal es definido por las sanciones”²³.

²⁰ RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel de. *La retribución penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, p. 64.

²¹ HART, Herbert. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1968, p.5.

²² TAPIA, Patricia. *Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española*. Polít. crim. Vol. 8, N° 16 (diciembre 2013), Art. 7, p. 583 [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf] [última vista el 16 de octubre de 2020].

²³ *Ibid.*

En cuanto a la función entregada a la pena, en la doctrina nacional POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ señalan que es posible reconducir a dos grupos de ideas las teorías sobre este punto²⁴ las absolutas y relativas.

Las teorías absolutas ven en la pena la imposición de la justicia, es decir, se deben aplicar por existir merecimiento, con total independencia de las consecuencias personales o sociales de su carga. Las penas serán consideradas, por tanto, como un fin en sí mismo. El sustento filosófico de esta premisa puede retrotraerse al KANT con su imperativo categórico y al restablecimiento del Derecho promovido por HEGEL. De acuerdo a este último, al ser la pena la negación a la negación que hace el individuo al delinquir, retornaría el equilibrio anterior al delito²⁵.

Se sustentan en la retribución al sujeto infractor, lo que les ha valido variadas críticas, entre ellas, la de SANTIAGO MIR PUIG quien reprocha este enfoque por confundir el uso del Derecho con la moral, señalando que al primero le corresponde,

“(…) una función mucho más modesta: asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses [...] interponiendo los medios más enérgicos para evitar las conductas que comprometen de forma más grave aquellos fines sociales”²⁶

Y, acto seguido, declarando su inclinación por el segundo grupo de teorías,

“(…) la pena solo puede justificarse porque cumple la función de prevención de delitos”²⁷.

²⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno parte general*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.56.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p.52.

²⁷ *Ibid.*

Por otro lado, están las teorías relativas que se sustentan en finalidades intimidatorias, las que se agrupan en generales y especiales. Serán generales si están enfocadas a desincentivar a los demás miembros de la comunidad de la comisión de delitos, o especiales si buscan desanimar al hechor de un delito de reincidir en el futuro. No buscan retribuir, la finalidad está en prevenir la comisión futura de quebrantamientos.

Aun cuando las teorías generales de prevención también han sido atacadas, en este caso por temor a que el Estado pueda llevar las penas demasiado lejos tratando de desincentivar a la colectividad de actividades ilícitas, volviendo al individuo una herramienta de su escarmiento, sus bases prácticas siguen siendo -con los límites necesarios- una innegable justificación de su imposición²⁸ pues un Estado Social no debe actuar de forma puramente reactiva, debiendo promover la prevención de ilícitos con el apoyo de diversos programas político-sociales y también imponiendo penas.

De acuerdo con VON FEUERBACH, la función preventiva ha diferenciado los efectos de la pena al momento de su establecimiento, por un lado, de los efectos de su imposición, por otro²⁹. Este argumento también lo emplea CLAUS ROXIN, quien lo amplía distinguiendo tres etapas. Primero, la conminación que encontramos en la normativa que contiene consecuencias penales y que sirve a la función protectora de bienes jurídicos y, por tanto, a la prevención general. Segundo, la medición de la pena al momento de determinarse una condena también serviría a la prevención general, ya que demuestra la certidumbre de castigar un caso específico, pero repara el autor que el reproche debe encontrar su límite en la culpabilidad del autor. Y, finalmente, la ejecución de la condena basada en la prevención especial³⁰, ya que inculca el actuar futuro del sentenciado.

²⁸ *Ibíd.*, p.64.

²⁹ VILAJOSANA, Josep. *Las razones de la pena*, Tirant Lo lanch, Valencia, 2015, p.35.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p.65.

Es importante añadir que, no solo en el criterio cronológico de la pena radican los fines preventivos, sean estos generales o especiales. Debemos también sumar a la dureza del castigo que esta *per se* representa, dos factores adicionales: la certeza de que se aplicará, y la celeridad en su imposición³¹.

La certeza se relaciona con la probabilidad de detención del hechor: cuanto más grande sea la probabilidad, mayor será el desincentivo para cometer ilícitos. Co esto, lo relevante es el valor subjetivo que le representa a la persona situada en esta posición, de tal manera de no cometer su acción por el temor a la represión.

En cuanto al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la imposición de la pena importa que sea el menor posible, a fin de que en la mente del criminal se represente la relación entre delito y sanción. BECCARIA en el capítulo XIX de su famoso Tratado de los Delitos y de las Penas tuvo manifestó:

“La prontitud de las penas es más útil porque cuanto es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto más fuerte y durable en el ánimo la asociación entre estas dos ideas delito y pena”³².

Es evidente que cuando el legislador criminaliza una conducta, prevé implícitamente qué cantidad de dolor o sufrimiento se impondrá sobre aquella persona que realiza dicha conducta. Solo es permitida una sensata cantidad de dolor, pues un dolor excesivo o abusivo previsto por el Estado como forma de represión ante la comisión de un delito no se compatibiliza con la idea de reducir la irracionalidad que supone la venganza interpersonal. En esa medida, el castigo institucional o estatal minimiza lo que implicaría los peores instintos humanos. Así, una sensata cantidad de dolor es una mínima cantidad de sufrimiento.

³¹ VILAJOSANA, Josep. *Op. Cit.*, p.37.

³² *Ibid.*, p.100.

Se podría señalar, entonces, que ese dolor es deliberado puesto que, por un lado, responde a una toma de decisión basada en la discusión legislativa, y, por otro lado, a un juicio lógico-argumentativo de los jueces. En esa línea, el juez al individualizar el castigo (pena) dentro del marco legal previsto por el legislador, impone -a través de una decisión (sentencia) y a partir de un proceso técnico/valorativo- una determinada cantidad cuantitativa (cronológica) de dolor.

1.4 Los límites al Ius Puniendi del Estado.

De conformidad a lo supra expuesto, el Derecho penal subjetivo tiene como titular exclusivo al Estado, arrogándose para sí, a través de un sistema de justicia penal, la potestad de sancionar con penas y medidas de seguridad las conductas indebidas de sus miembros.

En este sentido, la doctrina refiere a un triple monopolio por parte de Estado, a saber: i. *Monopolio de la función tipificadora*, es decir, la exclusividad del Estado para considerar ciertas conductas como delito; ii. *Monopolio jurisdiccional*, relativo al ejercicio del poder punitivo y la aplicación de sanciones por medio de un determinado proceso; iii. *Monopolio en la aplicación de la sanción*, a través instituciones penitenciarias o recintos dedicados al efecto.

El monopolio en el uso de la fuerza muestra claramente una relación de asimetría respecto de quienes regula. Esta ausencia de horizontalidad entre las partes implícitas distingue al Derecho público, tanto en la generación de normativa, como en su aplicación por los órganos especializados.

Por su parte, la potestad punitiva se fundamenta en un conjunto de principios que justifican su despliegue en la sociedad y que, asimismo, le señalan un límite a su actuar. En efecto, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana imprimen al poder de punir del Estado un límite material. Este contenido axiológico permitirá integrar las eventuales

lagunas normativas, logrando que ese vacío esté en coherencia con el sistema de valores que fundamente el sistema penal; posibilitando, conjuntamente, la correcta interpretación de las normas para una cabal comprensión de las mismas.

SANTIAGO MIR PUIG ³³ agrupa los principios formadores -que a su vez son limitadores- en una clasificación bipartita³⁴; por una parte, define aquellas que emanan del fundamento funcional de imponer penas; por otra, aquellas surgidas del fundamento político que asienta al Estado en uno de carácter democrático y de Derecho.

Las primeras se limitan a la exclusiva protección de bienes jurídico, defendiendo solo los ataques más graves contra estos -carácter fragmentario- debiendo preferir otras barreras de intervención por sobre la herramienta de la pena - carácter subsidiario-.

Por otro lado, aquellos límites que derivan del fundamento político están divididos en tres momentos: legislativo, judicial y ejecución.

El que lo alinea con un Estado de Derecho: es el principio de legalidad, en la etapa legislativa mandatan el contenido preciso de las normas tipificantes y la irretroactividad de la ley penal; en sede Judicial la prohibición de la analogía y el uso de la costumbre; en la ejecución las garantías judiciales y penitenciarias.

Los principios que lo ordenan con un Estado Democrático: en la legislatura la defensa exclusiva de bienes jurídicos, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad; En

³³ MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 108- 148.

³⁴ También Luzón Peña divide en dos los límites del ius puniendi, aquellos derivados del fundamento político que lo legitimen con un estado social y democrático y los derivados del fundamento funcional de proteger a la sociedad mediante la prevención especial y general. LUZÓN PEÑA, Diego. *Lecciones de derecho penal parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 9.

la judicial se repiten los mismos anteriores y finalmente en la etapa de ejecución la resocialización del delincuente.

La clasificación presentada, -y es como han preferido otros³⁵ -, es reconducible a señalar que existen límites formales y materiales al derecho penal, estos a la par de límites legitiman la intervención del Estado a través del derecho represivo, pues lo acercan a un uso racional y democrático.

Es precisamente esta constante búsqueda de legitimación la que ha llevado a algunos autores a señalarla como provisional³⁶, siempre abierta a mejores alternativas justificativas que puedan surgir en el futuro. En lo siguiente, realizaremos una revisión somera de éstos, dedicando solo algunas líneas a cada uno y no ahondando en los problemas que se relacionan a cada principio.

Los límites formales se relacionan con la naturaleza del instrumento que hace de fuente, por excelencia el de legalidad, retratado con el aforismo latino “nullun crimen nulla poena sine lege”. Quiere decirnos que derecho penal recibe como única fuente inmediata y directa a la ley, siendo ella el límite en la actuación del Estado en esta materia³⁷. Su principal objetivo es excluir la arbitrariedad, estableciendo un consenso de soberanía popular en su establecimiento, que demuestre que la ley penal cuenta con el beneplácito ciudadano³⁸.

En los límites materiales la mirada está puesta en el contenido de los preceptos. Concurren acá, y sin perjuicio de otros:

³⁵ CARNEVALI, Raúl. *Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional. Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.1, p4.

³⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Op. Cit.*, p.65.

³⁷ NÁQUIRA, Jaime. *Principios y penas en el Derecho penal chileno. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> ISSN 1695-0194 [última vista el 16 de octubre de 2020].

³⁸ CORRECHER, Jorge. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp.37-39.

- i. El principio de hecho: se responde en esta sede por la conducta, no por quien se es o los pensamientos que pudiese tener, de modo que se requiere para el reproche una actuación, sea esta activa u omisiva.
- ii. La exclusiva protección de bienes jurídicos: debe buscar cuidar solo aquellas condiciones más apreciadas y elementales para la auto realización personal y social.
- iii. La culpabilidad: es el juicio de reproche a una conducta típica y antijurídica. Sirve, entre otras cosas, para limitar la prevención general, evitando emplear al hechor como instrumento disuasivo.
- iv. La proporcionalidad: busca que se aplique la debida correlación entre el injusto cometido y la pena asignada, tomando en consideración la magnitud de la lesión al bien jurídico protegido, la nocividad social del comportamiento y la intensidad de reproche a su autor³⁹.
- v. La dignidad humana: reconoce el valor de toda persona, sea este delincuente o no, negando la posibilidad de procesos y penas degradantes.

El ultimo principio de limitación material que reseñaré aquí, es el de mínima intervención penal, el que por ser materia principal de este estudio será pormenorizado en las siguientes líneas.

1.5 El principio de Mínima Intervención.

Comenzamos este trabajo definiendo lacónicamente el principio de mínima intervención, preguntándonos acerca de qué particularidades invitan a mantener el instrumento punitivo como mínimo indispensable. Puntualizamos el fuerte efecto que la pena tiene en la vida de las personas, para luego analizar hasta qué punto puede extenderse su uso. Habida cuenta de ello, conforme a los aportes doctrinales, corresponde a continuación ahondar en el principio, detallando sus principales características y midiendo sus alcances.

³⁹ NÁQUIRA, Jaime. *Op. Cit.*, p.22.

En primera instancia, para MUÑOZ-CONDE/GARCÍA este principio representaría, junto al de legalidad, el núcleo del resto de los principios rectores del Derecho penal, siendo siempre posible el reconducir todo contenido axiológico a lo preceptuado tales. En virtud de ello, afirma:

“(…) a mi juicio, estos límites 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. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., que, en realidad, no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente”⁴⁰.

Otros, por el contrario, no le invisten de importancia reconduciéndolo sin más al principio de proporcionalidad del Derecho Público.⁴¹ WENDT, por ejemplo, al referirse a la proporcionalidad y la mínima intervención, señala que:

“(…) desde el punto de vista teórico, ambos cumplen el mismo objetivo: impedir una acción excesiva contra los ciudadanos”⁴².

Idea que no compartimos por creer que el principio de proporcionalidad tiene vinculación con el quantum del castigo, es decir, su graduación y la mínima intervención penal se liga con la necesidad de imponerlo.

⁴⁰ MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p.64.

⁴¹ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho penal chileno Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p.105.

⁴² WENDT, Rudolf. *The principle of ultima ratio and/ Or the principle of proportionality*. 2013 [en línea]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200873. [última vista el 16 de octubre de 2020].

Sobre lo que no cabe discusión es que representa una limitación a la política criminal del Estado, relegando su uso a cuando sea estrictamente necesario, y a cuando otras sanciones no ofrezcan la efectividad adecuada en la protección de los bienes jurídicos de mayor valor para la sociedad. De ello se desprende el carácter subsidiario y fragmentario con que se les describe.

1.5.1 Carácter subsidiario.

Este asume al Derecho penal como una de las muchas formas en que se encarna el control social, el que atendida sus consecuencias tan gravosas para los ciudadanos se debe relegar a una última opción, dice relación con que exista real necesidad de imponer la pena.

Su uso está condicionado al fracaso de los instrumentos formales e informales que pudieron precederle (sanciones civiles o administrativas). Así, por ejemplo, un despliegue comunicacional que ayude a reducir el racismo puede ser más útil que sancionarlo penalmente, incluso en el caso de ser vulnerado un ciudadano por otro en razón de su condición racial, deberá buscarse la imposición de una pena civil o administrativa que reduzca el daño o busque la reparación de la víctima. Agotadas tales instancias, recién podría pensarse en la alternativa punitiva para la solución de este conflicto.

La subsidiariedad del Derecho Penal es también un límite interno en el derecho penal por cuanto debe demostrar que es idóneo para tratar cierta problemática social o, visto desde el ángulo opuesto, debe demostrar que el resto de los instrumentos menos violentos resultan ineficaces en la prevención. ...

Sobre este punto debemos sincerar los problemas metodológicos que esto puede representar. Según explica MARIA OSANDON MIDOW,

“Resulta muy difícil determinar con certeza si otros medios más leves prometen o no un éxito suficiente, se trata de un juicio comparativo que en la mayoría de los casos no es más que un pronóstico”.⁴³

Situación que obliga a concluir que el carácter fragmentario es más una directriz que un mandato vinculante al legislador.

Finalmente, el carácter subsidiario tiene una asociación con la idea disuasiva. Se debe evitar de buenas a primeras su uso en aquellos problemas que puedan encontrar solución en otros rincones del control social porque, de lo contrario, se tornaría volátil el uso del derecho sancionador. Si es desmedida la expansión penal está el riesgo de su desprestigio, restringiendo su poder disuasivo y generando en la población una insensibilidad a su amenaza⁴⁴.

1.5.2 Carácter fragmentario.

Como hemos apuntado, en gran medida el carácter subsidiario del derecho penal estará dado por la valorización que hagamos del resto de los medios extrapenales y la suficiencia de ellos en la protección de los bienes jurídicos.

Sin embargo, entendido solo de esta manera no se consigue completar la mínima intervención penal como límite al poder punitivo, dado lo cual, es necesario señalar cuáles ataques y qué bienes jurídicos justificarán su acción.

Por bienes jurídicos comprenderemos lo señalado por VON LIZT, quien los define como,

⁴³ OSANDON, María. *Op. Cit.*, p.432.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El populismo penal en la sociedad del miedo*, en: ZAFFARONI, Eugenio, FERRAJOLI, Luigi, TORRES, Sergio, y BASILICO, Ricardo, *La emergencia del miedo*, Editorial Ediar, Argentina, 2013, p.75.

“(…) aquel interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico”.⁴⁵

Estos intereses se supeditan a un contexto social e histórico determinado, y cuyo interés vital es preexistentes a su consagración, pues el ordenamiento jurídico no crea ese interés, lo reconoce creando el bien jurídico⁴⁶.

Corolario de lo anterior es que, el Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos ni todos los ataques contra estos⁴⁷. Está reservado a los más esenciales para la convivencia⁴⁸ y frente a las agresiones más peligrosas. Así, serán bienes jurídicos típicamente tutelados la vida, la integridad física, la indemnidad sexual, la libertad, entre otros.

Se puede observar, por ejemplo, en la protección dada al patrimonio que, en la inmensa mayoría de los casos, no recibe una respuesta penal, resolviéndose más bien en sede Civil a través de las instituciones de cumplimiento forzado, resolución e indemnizaciones. De esta manera, aun cuando bien jurídico protegido, no está amparado por el uso del derecho penal, el que se guarda para las violaciones más graves, como puede ser el delito de estafa.

Igual situación se da con la defensa de la propiedad. No todos los ataques contra ellas se sancionan punitivamente, solo las especialmente peligrosas, como puede ser, una apropiación violenta.

⁴⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, 4a edición. Reus, Madrid, 1999, p. 6.

⁴⁶ KIERSZENBAUM, Mariano. *El bien jurídico en el derecho penal*. Algunas nociones básicas, Lecciones y Ensayos, nro. 86, p.189.

⁴⁷ MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes. *Op. Cit.*, p.65.

⁴⁸ NÁQUIRA, Jaime. *Op. Cit.*, p.22.

De este modo, se asegura también el respeto del principio de proporcionalidad, que quedaría seriamente vulnerado si una misma pena se aplicara, tanto a las más graves, como a las más leves modalidades de ataque a un bien jurídico.

El principio de fragmentariedad es considerado modernamente como,

“(…) signo distintivo del Estado de Derecho de la libertad”⁴⁹.

Sin embargo, BINDING, a quien se atribuye haber hablado por primera vez de dicha característica del Derecho penal⁵⁰, la consideraba un defecto a superar pues, al tipificarse por su virtud solo una parte de la conducta antijurídica, estima necesaria completar la protección penal en aquella parte de cada uno de los bienes jurídicos que no se encontrase cubierta por ésta⁵¹. De tal modo, afirmará:

“Es un error el que determinadas modalidades de lesión del mismo no estén sancionadas”⁵².

No obstante, si se sancionan todas las posibles formas de ataque a un bien jurídico, al ampliarse los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevante⁴⁶, el ámbito de lo punible crecería considerablemente, al punto que -como estudiaremos más adelante- el núcleo de lo criminal veríase significativamente mermado, y como afirmaba ROXIN:

⁴⁹ SILVA, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, José María Bosch editor s.a., Barcelona, 1992, p. 290.

⁵⁰ PRITTWITZ. *El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*. En *La insostenible situación del Derecho penal*, Estudios de Derecho penal 15. Granada, 2000, p. 429.

⁵¹ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general*, tomo I. Civitas, Madrid, 1997, p. 62.

⁵² BINDING, Karl. *Tratado de Derecho Penal* [en línea]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005 [última vista el 16 de octubre de 2020].

“(…) es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad”⁵³.

En el capítulo siguiente estudiaremos la historia de la mínima intervención penal, retrotrayéndonos a su surgimiento en la época ilustrada, analizando el uso previo a este movimiento cultural de las consecuencias penales y la herencia legada por sus pensadores.

⁵³ ROXÍN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del Derecho penal. Madrid, 1976, p. 22.

2. CAPITULO SEGUNDO. UNA MIRADA A LA HISTORIA DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL.

2.1 Derecho Penal pre Ilustrado.

Sobre el desarrollo evolutivo del método jurídico-penal, se observa en la doctrina⁵⁴ una división en períodos según su grado de desenvolvimiento. Se distingue, -sin perjuicio de sutiles variaciones- la etapa de venganza privada, de venganza publica, el periodo humanitario con el posterior fenómeno codificador, hasta llegar a nuestros tiempos.

Respecto a la idea de irrogar un mal contra quien ha lastimado a un semejante, es remontable a las sociedades más antiguas, las cuales vienen adquiriendo ropajes jurídicos desde la introducción de la práctica del Talión. Donde quiera se encuentre un registro de civilización se contará alguna historia de la venganza de un crimen. En la etapa de venganza privada la propia víctima o sus parientes imponían el castigo al ofensor, no se atribuía valor a la intención del autor al cometer el hecho, por lo que se ha dicho constituía un derecho objetivo⁵⁵, bastaba la ocurrencia de la ofensa para que tomara sentido la venganza.

Esta justicia de propia mano llevó a enfrentar linajes enteros. Como explica el historiador MARC BLOCH, la compensación económica se extendió como una alternativa pacífica para componer la armonía en las sociedades primitivas, cuando se trataba de una simple ofensa, se estableció el uso, desde muy antiguo, de limitar la compensación al individuo ofendido⁵⁶, pago que aumentaba si había ocasionado la muerte o incapacidad del ofendido, subyaciendo en ello la idea de reparar a sus parientes más cercanos⁵⁷.

⁵⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Op. Cit., p.19 y sgts; BALMACEDA, Gustavo. *Op. Cit*, p.44 y sgts.

⁵⁵ BALMACEDA, Gustavo. *Op. Cit*, p.44.

⁵⁶ BLOCH, March. *La sociedad feudal*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2016, p.138.

⁵⁷ *Ibid.*

En el periodo de venganza pública comienza a introducirse el instituto de la pena a erigirse la comunidad organizada para retribuir con violencia al ofensor. En este paso de lo privado a lo público, es la autoridad quien organiza la represión y relega la víctima a un segundo plano⁵⁸. RAÚL ZAFFARONI estima que esta usurpación hecha a la víctima, negándole la posibilidad de su venganza y asumiéndola acto seguido alguna autoridad, caracteriza el nacimiento del poder punitivo⁵⁹.

En cuanto a la época histórica en la Edad Media, se asentará una forma inquisitorial de llevar a cabo el proceso penal, que se expandirá por toda Europa⁶⁰ y se proyectará en nuestro continente durante la conquista y colonización llevada a cabo entre los siglos XVI- XVIII ejercida. Particularmente, por los tribunales inquisitivos de Lima y México. Sin perjuicio de las modificaciones que irá sufriendo el proceso penal, en el largo espacio de tiempo en que se empleó, podemos señalar que subyacía en su procedimiento una necesidad de descubrir la verdad, razón que justificó las pesquisas judiciales de oficio y la tortura, las cuales eran vistas como garantías en favor de la veracidad.⁶¹

En ese afán esclarecedor de la veracidad material, la confesión del procesado fue la prueba que se estimaba de mayor relevancia, llamada por lo mismo, *la madre de las pruebas*. Para su obtención se incluyó la tortura, sufrimientos físicos que, nos apunta GUDÍN, evolucionaron en su ordenación:

“El primer estadio de su regulación implicó su incorporación como medio fundamental empleado en el procedimiento inquisitivo, para dar paso,

⁵⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Op. Cit., p.22.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio. La palabra de los muertos: conferencias sobre criminología, Ediar, Buenos Aires, 2012, p.21.

⁶⁰ BARONA, Silvia. *Proceso penal desde la historia, desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp.169-173.

⁶¹ NADER, Jorge. *La responsabilidad penal del juzgador, Instituto Nacional de Ciencias Penales*, México, 2008, p.83.

posteriormente, a su delimitación, fijando condiciones o elementos que la restringían”.⁶²

Nos señala el autor que la tortura tránsito hacia una mayor regulación, de lo que podemos concluir en contrapartida que este método nunca dejó gozar de aprobación durante el periodo.

Su aplicación se caracterizó por ser secreta, aunque con estricta presencia de los funcionarios correspondientes, quienes tomaban en las actas respectivas nota de cada palabra que daba quien sufría el tormento. De esta forma nos llega un relato, que recoge TOMAS Y VALENTE en su libro *La tortura judicial en España*, acerca de tres mujeres acusadas de hurto que extractamos, como sigue:

“(…) el día 13 se dio tormento a María Delgada, que confeso algunos puntos a la segunda vuelta de manquera, se le siguieron dando más vuelta para obtener de ellas otras confesiones, pero antes de acabar de darle la cuarta vuelta se reconoció que la dicha María Delgada se había quedado adormecida, y que no quería o no podía ablar; por lo qual su merced la mando quitar las ligaduras y amarraduras, y dejarlo en este estado el dicho tormento, para reytarlo quando combenga. Lo mismo sucede el mismo día 13 con la Maria Perez que también desvaneciöse a la tercera vuelta de cuerdas. Dos días después se reanudo el tormento a las dos mujeres, y las dos confesaron antes de empezar a darles tortura”⁶³.

De allí que la mayoría de estos procedimientos terminaran en culpabilidad. El enciclopedista frances DIDEROT ejemplifica este panorama señalando: “Parece que el juez se haya esforzado por encontrar un culpable. Al prisionero no se le dice la causa de su detención.

⁶² BARONA, Silvia. *Op. Cit.*, p.170.

⁶³ TOMAS Y VALENTE, Francisco. *La tortura judicial en España*, Editorial Critica, Barcelona, 2000, pp.27-28.

Se comienza planteándole cuestiones capciosas. Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. Llamaría a todo ello el arte de hacer -no de descubrir- culpables”⁶⁴.

Muy diferente al secreto de la tortura, era la exposición a la que se sometía al condenado cuando su castigo estaba decidido, aplicación realizada de la manera más notoria posible, mostrándose en plazas o las afuera de edificios públicos, con lo que al condenado se le rubricaba socialmente.

Además, es también característico de la época la conexión dada entre delitos y pecados. Habida consideración de la mezcla entre religión y poder político, “el crimen horrendo o atroz lo era porque implicaba una contravención a la ley y a un orden inspirado por Dios. El castigo combinaba en estos casos ambos planteamientos. La tortura punitiva, el tormento, asumía condiciones de martirio, una ocasión para evacuar parte de la culpa y alivianar la gravedad del pecado implícito al crimen cometido”⁶⁵.

Debemos reparar que, a diferencia de lo que acontece en nuestros días, en el mundo antiguo la pena de prisión era completamente extraña, el cuerpo era usado de escenario punitivo, imponiendo castigos corporales que iban desde los latigazos a la muerte⁶⁶. Sí fue conocida desde temprano, la detención transitoria a la espera de juicio, por ello es que la prisión preventiva, apunta GODÍN,

⁶⁴ PRIETO SANCHIZ, Luis. *La filosofía penal en la Ilustración española*, en: ARROYO, Luis y BERDUGO, Ignacio (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2001, p.494.

⁶⁵ MANTECÓN, Tomás. *Disciplinamiento social, escenografías punitivas y cultura plebeya en el antiguo régimen*, en: UNDURRAGA, Verónica y GAUNE, Rafael (editores) *Formas de control y Disciplinamiento*, Chile, América y Europa siglos XVI-XIX, Uqbar editores, Santiago, 2014, p.184.

⁶⁶ Para un catálogo detallado de los castigos: GUDÍN, Faustino. *El estado de derecho frente a la tortura, luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp.45-49.

“(…) fue, por tanto, anterior a la propia pena de prisión y el hecho de castigar con la propia cárcel era algo ajeno”⁶⁷.

La pena privativa de libertad pertenece a tiempos recientes, es una invención de mediados del siglo XVI y comienzos del siglo XVII⁶⁸. En estos siglos comienzan a surgir la categoría de trabajos forzados como sustitutos al castigo corporal o la muerte, ejemplo de ello era el trabajo en minas y galeras, aun cuando esta última -como cárcel flotante- es remontable a Grecia y Roma, fueron sumamente usuales hasta el siglo XVIII⁶⁹.

Con el asentamiento de los estados monárquicos y su doctrina absolutista, la práctica de hacer pompa de estos castigos continuó ejerciéndose. A pesar de que la tolerancia de la población a estos⁷⁰ fue disminuyendo, este periodo continuó moviéndose entre los extremos de la crueldad y la gracia, pues si se entendía que en nombre del Rey es que se imponían los castigos, éste tenía, por consiguiente, el poder de perdonar su aplicación⁷¹.

Estos elementos que daban cuenta de la arbitrariedad imperante, junto a la severidad y desproporción de los castigos, harán reflexionar a múltiples intelectuales acerca de la necesaria creación de nuevos pilares en que sentar el derecho penal, los que pasamos a revisar a continuación.

2.2 Postulados Liberales.

Al llegar el siglo XVIII un grupo de pensadores provenientes de las clases intermedias europeas detectan la necesidad de que el poder político se encuentre limitado y que su ejercicio responsabilice a quien lo detenta. Estos autores harán constar la importancia del hombre en

⁶⁷ GUDÍN, Faustino y NISTAL, Javier. *La historia de las penas, de Hammurabi a la cárcel electrónica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p.38.

⁶⁸ *Ibid.*, p.57.

⁶⁹ *Ibid.*, p.64

⁷⁰ *Ibid.*, p.65

⁷¹ *Ibid.*, p.67.

forjar su destino, anteponiendo a la mente humana como la mejor herramienta para la solución a sus problemas. El racionalismo de este siglo le entregó un papel preponderante a la razón sobre el factor fe, generando un clima de optimismo en orden a mejorar la sociedad, incluyendo a las instituciones jurídicas.

Esto dará lugar a un orden de ideas que desafiarán el modelo del antiguo régimen, explica PRIETO SANCHÍS, quien aporta algunas características globales de este pensamiento que, en definitiva, contravendrá las bases procesales y penales de los siglos pasados. Así, afirma que

“(…) la secularización, incompatible con un Derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, que tampoco podía asimilar un sistema jurídico arbitrario y carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que excluye una concepción expiatoria de la pena donde ésta no reporte ningún beneficio social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldad de los procedimientos y de los castigos”⁷².

2.3 Origen de la de Mínima Intervención Penal.

Hacia 1764, Cesare de Bonesa, Marqués de Beccaria, publica en el anonimato su libro “Tratado de los derechos y las pena”. Esta será la primera vez en que un texto recoge un programa político criminal basado en una intervención mínima⁷³. El jurista italiano reconoce que, en gran medida sus ideas son tributarias de los pensamientos filosóficos franceses⁷⁴, autores a los cuales guardo una profunda admiración. Las principales proposiciones de este autor y que

⁷² PRIETO SANCHIZ, Luis. (2001). *Op. Cit.*, p. 489.

⁷³ ASÚA, Batarrita. *Reivindicación o superación del programa Beccaria*. en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, p.9.

⁷⁴ “Yo mismo debo todo cuanto sé a los libros franceses. Ellos son los que han despertado en mi alma los sentimientos de humanidad” escribe Beccaria en una carta en respuesta a uno de sus traductores el Abate Morellet; en AGUDELO, Nodier. *La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración, revista nuevo foro penal, nro. 45, 1989*, Universidad EAFIT, Medellín, p.296.

lo enmarcan con este principio se relacionan al establecimiento estrictamente legal de la pena y la utilidad de imponerla; la clasificación de los delitos; y la moderación del castigo.

Respecto al establecimiento legal de los delitos y sanciones, si bien se incluyen someramente en la Carta magna de 1215⁷⁵, y se halla repartidas en diversos cuerpos normativos de la Edad Media, será en esta época cuando alcance una importancia capital, convirtiéndose en un requisito básico del poder sancionador, y permitiendo la protección de los ciudadano frente a los nacientes Estados.

Relevante es mencionar que, a diferencia de la Carta Magna, que solamente alcanzaba en sus acuerdos a la Nobleza, el ideario ilustrado de Beccaria se sustentará en la idea de igualdad de todos ante la ley. Esto daría pie para que, dos décadas después, el principio de legalidad llegará a ser incorporado en la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano del año 1789⁷⁶. A diferencia de las anteriores codificaciones, hablando aquí de legalidad en sentido estricto, esto es, la ley como fuente de prescripciones penales claras y precisas aplicables a la realidad. Asimismo, este principio informa acerca de la conducta sancionada y los efectos de su comisión, ideas concordantes con los anhelos de seguridad jurídica y garantías de libertad en auge en la época.

Una lectura detenida del texto del marqués nos da a entender que se dirige eminentemente al legislador:

⁷⁵ LEIVA, Manuel. y LUGO, Larisbel. *La influencia de Beccaria en el derecho penal moderno*, Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 37, n.º 101, Universidad Externado de Colombia, 2015, Bogotá, [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5682960> [consultado: 27 julio 2020], p.143.

⁷⁶ Artículo VIII. *La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.*

“Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”⁷⁷.

Incluso al referirse a la labor de los jueces señala a fin de prevenir la arbitrariedad que deben alcanzar su convicción para sancionar mediante un silogismo perfecto. Refiriéndose a las premisas, asienta:

“(…) pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no a la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena”⁷⁸.

Advirtiendo, acto seguido, los peligros de una interpretación más laxa:

“Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo perfecto, se abre la puerta a la incertidumbre”⁷⁹.

En cuanto a la pena, ve en ella una finalidad necesaria, que no es otra que preservar el contrato social⁸⁰. No sin asertividad, marca:

“Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su propia libertad con solo la mira del bien público”⁸¹

⁷⁷ BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993, p.61.

⁷⁸ *Ibid.*, p.63.

⁷⁹ *Ibid.*.

⁸⁰ Recordemos que, hasta ese entonces, era posible excepcionarse de su aplicación según el ánimo de la autoridad a través del instituto de la Gracia.

⁸¹ *Ibid.*, p.60.

Con esto, quiere hacer notar que se abandona el estado de naturaleza para alcanzar la tranquilidad que hará a los hombres más prósperos, por lo cual, es necesario sancionar a quien va contra las normas básicas de convivencia y preservar el lazo que hermana a los hombres. Vemos aquí como Beccaria se aparta de las ideas retributivas, pues no busca expiar un error, ni una venganza contra el hechor, su interés es más consiste en preservar la unión armónica de los hombres en sociedad evitando, asimismo, futuros delitos.

En la vereda de la utilidad de la pena tiene palabras para los fines preventivos del derecho penal. El fin, afirmará, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego, deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo⁸².

“No solo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes”⁸³.

Lo dicho se encuadra con una triple visión preventiva que encontramos en Beccaria: una primera visión *general* en que conmina a los ciudadanos a no cometer delitos; una segunda *especial* en la que incapacita al reo temporalmente; y última *variante especial* de enmienda de su conducta, que también conocemos por resocialización.

Un pacto o convenio social señalará la entidad de la sanción, por lo cual, la clasificación de los delitos va a relacionarse con el daño social, determinando la medida de la pena. Sobre la entidad del castigo, cuestionó la excesiva crueldad tomando partido por la dulzura de las penas, haciendo ver, con ello, que la finalidad preventiva se lograba por la certeza de imponerlas antes que por la magnitud del castigo.

⁸² *Ibíd.*, p.80.

⁸³ *Ibíd.*, p.68.

“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas (...) la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad”⁸⁴.

Con ello, calificará de tiranía la imposición de sanciones que sobrepasen el daño hecho a la sociedad.⁸⁵

Podemos concluir que los postulados presentados por Beccaria presentan un marcado reclamo en la proporción de los castigos, englobando por consiguiente una postura de mínima intervención penal, la que debe tratar el esclarecimiento de la verdad judicial a través de un procedimiento racional, y cuando sea el caso, sancionar los delitos conforme a su gravedad, pero nunca perdiendo de vista la humanización de las penas.

La construcción de estas ideas dará paso desde el rigorismo a la moderación, constituyéndose como herencia un sistema con claras finalidades garantistas.

⁸⁴ *Ibíd.*, p.116.

⁸⁵ También dedico un apartado a la aplicación del tormento- recordar que hasta el siglo XVIII la tortura era práctica común y estaba sentada en las bases procesales- declarando que el carácter de reo se adquiría solo con una sentencia condenatoria, y la tortura en cualquier etapa era una real infamia. *Ibíd.*, pp.88-89.

3. CAPITULO TERCERO. EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL EN DIVERSOS AUTORES A CONSECUENCIA DE LA EXPANSIÓN PENAL

3.1 El fenómeno de expansión penal.

A la ampliación político criminal, notoria en las legislaciones desde las últimas dos décadas del siglo pasado, se le ha denominado *expansión del derecho Penal*, a consecuencia de ella se ha producido una amplitud de los ámbitos punibles y una mayor intensidad de la intervención penal.

La voz expandir alude al acto de extender algo, o hacer que ocupe más espacio⁸⁶ que, en este caso, se traduce en el aumento de la órbita de competencia e intromisión social del Derecho penal, haciendo nuevos comportamientos penalmente relevantes y objeto de sanción.

Aunque el termino ya era usado en la década de los 80 en igual sentido, es la descripción del fenómeno⁸⁷ realizada por el penalista JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ⁸⁸ la ordenado y acuña metódicamente el concepto, popularizándolo.

3.1.1 Causas.

Silva Sánchez invita a un dialogo con el diagnóstico que desde la sociología instaló el alemán ULRICH BECK utilizando el termino sociedad del riesgo, para explicar como la generación de riqueza a través de los complejos procesos productivos y tecnológicos actuales

⁸⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es>. [última vista el 16 de octubre de 2020].

⁸⁷ CARRASCO, Edison. *El concepto de “expansión” del derecho penal puesto en cuestionamiento*. Su relación conflictiva con el concepto de inflación penal [en línea]. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.37.3059> [última vista el 16 de octubre de 2020].

⁸⁸ SILVA, Jesús. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Civitas, 1999.

necesariamente está acompañada de la creación de riesgos⁸⁹. BECK señala que las sociedades post industriales basadas en la generación de servicios se caracterizan por un creciente aumento de las interconexiones entre sus habitantes, haciendo cada vez más dependientes a sus integrantes del trabajo que otros realizan.

Resultado de la complejidad productiva y de interconexión se han producido tres problemas fundamentales. En primer lugar, la creación de riesgos de enormes dimensiones generados por el hombre a consecuencia de las estructuras productivas que pueden llegar a afectar a numerosos e indeterminados grupos de personas; Segundo, la imposibilidad de determinar la responsabilidad individual del agente creador del riesgo en el proceso productivo; y tercero la sensación de temor generalizado a consecuencia de no lograr la atribución individual de la responsabilidad, existiendo un sentimiento de inseguridad colectiva.

Como respuesta al fenómeno, el ordenamiento jurídico se ha planteado calcular y prevenir los riesgos, estableciéndose en el presente sanciones administrativas, responsabilidades civiles objetivas y la utilización de figuras delictivas para prevenir o minimizarlos.

Esta circunstancia, según ELENA GARCÍA, se manifiesta en el poder punitivo a través de tres elementos⁹⁰:

- i. La justificación del fundamento que legitima la intervención del derecho penal en la necesidad de controlar el riesgo;
- ii. La aparición de la comparación entre distintos riesgos y el concepto de riesgo permitido; y,
- iii. La construcción de la imputación de responsabilidad sobre la base de dicho riesgo Esta mirada ha contribuido a que la política criminal cree nuevos delitos

⁸⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, España, 2006, p.25.

⁹⁰ DE LUIS GARCÍA, Elena. *Derechos humanos y justicia penal: ¿límite o fundamento?*, En claves de la justicia penal. Capítulo XXIII, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P.620.

como los protectores de bienes jurídicos colectivos o anticipatorios de la responsabilidad penal.

Mientras que SILVA SÁNCHEZ⁹¹, explica cuáles son las razones que han llevado a la expansión penal en nuestras sociedades post industriales⁹², destacando:

- i. *Nuevos intereses*⁹³ que representan una ampliación razonable de derecho penal pues con los cambios sociales han surgido nuevos intereses, como por ejemplo tipificar el blanqueo de capitales.
- ii. *La aparición de nuevos riesgos*⁹⁴ surgidos de los ámbitos en que el mundo se ha basado su desarrollo actual, tales como la tecnología, las comunicaciones, la informática.
- iii. *La institucionalización de la inseguridad*⁹⁵ ocurrida en el seno social se asientan problemas de vertebración, tales como la inmigración, multiculturalidad, desempleo y marginalidad, que han contribuido a un clima subjetivo que reclama la fuerte imposición de la ley para mantener cohesión.
- iv. *Una sensación social de inseguridad*⁹⁶, expresada en la profunda interdependencia que tenemos en el desarrollo de nuestras vidas del quehacer de otras personas o actividades sobre las cuales no se tiene dominio, la cual hace sentir frágiles o en situación de desprotección a las personas, lo que configura una sociedad del miedo que, muchas veces, es agravada por la presencia de los medios de comunicación con noticias sensacionalistas.
- v. *Configuración en sociedad de sujetos pasivos*⁹⁷. En el seno social se asienta grupos de personas que no participan de las actividades productivas, como desempleados o jubilados disminuyendo los grupos activos que toman riesgos en emprendimientos. Estos grupos adoptan una actitud de aversión al riesgo y, dado que representan una

⁹¹ Utilizamos la segunda edición, revisada y ampliada SILVA, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, España, 2ª Ed., 2001.

⁹³ SILVA, Sánchez. (2001), *Op. Cit.*, p.25.

⁹⁴ *Ibíd.*, p.26.

⁹⁵ *Ibíd.*, p.28.

⁹⁶ *Ibíd.*, p.32.

⁹⁷ *Ibíd.*, p.42.

gran parte del electorado, orientan las decisiones políticas en línea a disminuir las esferas de actuación arriesgada llevando a una ampliación penal, para así desincentivar ese tipo de conductas.

- vi. *La identificación de la mayoría social con la víctima del delito*⁹⁸. Perdiendo, a su vez, relevancia el sujeto activo del delito como elemento de preocupación en el fenómeno criminal, pues la crisis de las posturas rehabilitadoras hace entender cada vez más al hechor como un sujeto dotado de características incorregibles y que por voluntad propia elige el camino de la criminalidad.
- vii. *Descrédito de otras instancias de protección*⁹⁹. La demolición de una ética social mínima hace creer a la población la necesidad de un aseguramiento fáctico de los comportamientos individuales, posicionándose el derecho penal como un mecanismo de pedagogía política social.
- viii. *Gestores atípicos de la moral*¹⁰⁰. Son grupos organizados que generan una moral colectiva buscando emplear al derecho penal en el aseguramiento de sus postulados, a través de la tipificación de conductas, como por ejemplo asociaciones ecológicas y feministas.
- ix. *La actitud de la izquierda política*¹⁰¹. La política socialdemócrata en Europa, indica SILVA SÁNCHEZ, ha tenido una actitud ambivalente con el valor entregado al Derecho penal, negando, por un lado, la utilidad de este frente a una sociedad dividida en clases, y por otro, propugnando su uso como mecanismo de control de los poderosos a través de su criminalización. Esta falta de coherencia argumentativa llevaría a un desprestigio generalizado de la herramienta punitiva.
- x. *El gerencialismo*¹⁰² patente en el surgimiento de una justicia negociada, pues la colectividad, al comprenderse como víctima, denigra los principios penales - i.e. debido proceso, culpabilidad etc.- observándolos como trabas a la solución de problemas, presionando por una justicia más desformalizada que logre asegurar eficazmente su seguridad, promoviendo, en tanto, tratos de inmunidad con autores confesos y formas de mediación entre las partes.

⁹⁸ *Ibíd.*, p.52.

⁹⁹ *Ibíd.*, p.61.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p.66.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁰² *Ibíd.*, p.74.

3.1.2 Manifestaciones del fenómeno.

Entre los principales cambios patrocinados por esta tendencia expansionista del Derecho penal, subrayamos:

- i. *La introducción de nuevos bienes jurídicos penales.* Toma relevancia tutelar bienes jurídicos colectivos, que están en función de todos los miembros de una colectividad¹⁰³ aun cuando han existido con anterioridad. Algunos, incluso, que son herederos de la época liberal¹⁰⁴, hoy destacan como piedras angulares del desarrollo social, tal como la protección del medio ambiente.
- ii. *Flexibilización de las reglas de imputación.* Considerando la dificultad de atribuir responsabilidad penal por el origen de los riesgos, lo difuso de su control, y la intervención de múltiples actores, se ha tornado frecuente la anticipación punitiva con la creación de delitos de peligro abstracto, conductas que sin producir lesión a un bien jurídico específico, representan una acción peligrosa capaz de generar en potencia un daño a aquel, como el conducir en estado de ebriedad. Lo relevante es la pérdida de los requisitos relacionados a la causalidad.
- iii. *Nuevos tipos penales.* Tales como delitos económicos y corrupción pública, que pueden alcanzar magnitudes considerables, teniendo capacidad suficiente de desestabilizar ciertos ámbitos económicos de una nación y acarrear en consecuencia problemas para su población.
- iv. *Agravación de los existentes.* Muy notorio en los delitos clásicos contra la propiedad, la vida e integridad, que han visto aumentar la penalidad con que son castigados.
- v. *Relativización de los principios político criminales garantistas.* Ejemplo de ello es el relajamiento al principio de legalidad con la descripción de los comportamientos típicos, siendo frecuente la utilización de leyes penales en blanco.

¹⁰³ PRADO, Gabriela, DURÁN, Mario. (2017). *Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile.* *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(1), 263-295. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100263> [última vista el 16 de octubre de 2020].

¹⁰⁴ Como la fe pública o la seguridad del estado.

- vi. *Mayor uso de las penas privativas de libertad.* El uso de la prisión permitiría la inocuización del delincuente que, asimismo, es visto como una persona normal que elige a plena voluntad el camino criminal, adquiriendo las pena caracteres retributivos.

Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS estima que, en la actualidad, estamos frente a un nuevo paradigma de intervención penal¹⁰⁵ basado en un modelo securitario que se distingue por su severa respuesta al delito, haciendo frecuente la pena de prisión, incrementando la criminalización de comportamientos, anticipando la intervención penal, modificando reglas de imputación de responsabilidad y relajando las garantías penales y procesales¹⁰⁶.

El fuerte anclaje de este modelo, denuncia el autor, ha sido su aprovechamiento de las bases teóricas que explican la sociedad del riesgo, mostrándose como una consecuencia natural de ese fenómeno¹⁰⁷, y señalando la política criminal establecida a su alero¹⁰⁸. Con ello, se ha querido dar respuesta a los problemas de estas sociedades¹⁰⁹, patrocinando:

- i. Una ampliación penal a ámbitos que pueden resultar problemáticos como la fabricación de productos, la delincuencia organizada, riesgos nucleares, tecnológicos, entre otros;
- ii. Una valoración de la intervención penal por sobre cualquier otro medio de control social;
- iii. Un mayor esfuerzo en el castigo de la criminalidad de los poderosos;
- iv. Acomodando garantías y contenidos procesal-penales a fin de perseguir las nuevas formas de criminalidad.

¹⁰⁵ DIEZ RIPOLLES, José. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2004, núm. 06-03[en línea]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [última vista el 16 de octubre de 2020].

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2005, núm. 07-01 [en línea]. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [última vista el 16 de octubre de 2020].

¹⁰⁷ *Ídem*.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p.4.

¹⁰⁹ Apartado 3.1.1: la creación de nuevos riesgos que afectan importantes colectivos, la dificultad de atribuir responsabilidad por ellos a personas determinadas y la exageración del sentimiento de inseguridad.

Explica el autor que el modelo penal garantista está en crisis y no encuentra en los modelos resocializadores o de justicia reparadora alternativas dignas¹¹⁰, al contrario, abunda el desánimo en la eficacia de los tratamientos de reinserción en paralelo que ha recuperado el prestigio la función intimidadora del conjunto de la sociedad o la inoquización personal del delincuente a través de penas elevadas y su cumplimiento efectivo¹¹¹.

Entre las causas que llevan a este nuevo modelo penal de seguridad, DIEZ RIPOLLÉS comparte muchas de las explicaciones dadas por SILVA SÁNCHEZ, tales como la prevalencia de sentimientos colectivos de inseguridad, aumento de relevancia a la víctima, revalorización del componente afflictivo de la pena, el redescubrimiento de la prisión, entre otros. Se suma la ausencia de confianza ante el poder sancionador estatal y la implicancia de la sociedad en la lucha contra la delincuencia, relacionado a estos dos últimos factores desarrollaré en los párrafos siguientes la politización de la intervención penal que a menudo acarrea el denominado populismo punitivo.

A lo ya planteado podemos agregar que, con mayor frecuencia, han crecido los discursos de tolerancia cero contra la delincuencia entre los gobernantes de diferentes países. Desde su aparición en la ciudad de New York en la década de los 70, se ha mundializado el modelo norteamericano en materias penales¹¹². Proponía esta doctrina una dura respuesta contra la criminalidad, castigando severamente cualquier desobediencia normativa, pero frecuentemente extralimitándose en su discurso a esferas ajenas a la delincuencia, atacando también diversos grupos urbanos, como grafiteros y raperos con la excusa de evitar la degradación urbana.

Se pretende a través de frases tales como, “se les acabo la fiesta delincuente” o “barrer las calles de la criminalidad”, demostrar a la ciudadanía la posibilidad de erradicar la delincuencia a través de una política criminal robustecida. Esta forma de entender la reacción

¹¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José. *Op. Cit.* (2005) p.2.

¹¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José. *Op. Cit.* (2004) p.5.

¹¹² LANDVROVE, Gerardo. *El nuevo derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.33.

penal trae consecuencias en el derecho penal sustantivo, procesal, penitenciario y policiaco¹¹³, pasando a ocupar sendos apartados en los programas políticos de postulantes a cargos electorales, y es utilizado como respuesta reiterada ante cualquier problemática colectiva.

Este rumbo ha llevado a reflexionar sobre el camino que está tomando esta rama del derecho, habida consideración del legado ilustrado que configuró un Derecho penal garantista que señaló, como piedras angulares, un cumulo de principios que limitaron la actuación del Estado en estas materias.

Así, nos enfrentamos a un problema de legitimación mientras mayor sea la intrusión en la sociedad de la amenaza penal, pues no podemos desconocer que es necesario limitar el poder estatal, ya que en su seno, es donde se definen, de la manera más transparente y dramática, las relaciones entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales¹¹⁴.

3.2 Posturas frente a la expansión penal.

3.2.1 Abolicionismo.

Propugnan la desaparición del derecho penal como medio de solución de los problemas sociales proponiendo el reemplazo de su maquinaria penal por métodos alternativos no punitivos como técnicas de solución de conflictos.

Aun cuando sus bases teóricas no sean homogéneas, dadas las posturas que buscan la abolición completa del sistema penal, las que sólo la privación de libertad, es innegable la vinculación intelectual de esta corriente con el desarrollo de la criminología crítica que se

¹¹³ Véase más arriba el apartado: 3.1.2

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo penal, discurso en el primer seminario sobre Teoría y Dogmática Penal Contemporáneas, 2009, [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&tlng=es [última vista el 16 de octubre de 2020].

sustentó en gran medida en postulados marxistas, alcanzando su apogeo en la década del 60 y mediados del 70.

Situando al derecho como un reflejo de las estructuras económicas en que los poderosos controlan a las clases más bajas, el delito no es visto como una decisión personal del individuo, y la categorización de delincuente a ciertos ciudadanos tendría, en efecto, una construcción artificial. En ese entender, el sistema penal es el principal elemento generador de criminalidad, pues etiqueta a sus miembros atrapándolos en un espiral difícil de abandonar.

En esta postura es clara la desconfianza al sistema punitivo, acusándole de promover mayores problemas, amplificando la problemática criminal. Proponen para erradicar este vicio, sustituir los mecanismos punitivos por soluciones privadas a los conflictos, superando la conflictividad a través de su devolución a la comunidad, quienes podrán darle una solución directa y más efectiva.

NILS CHRISTIE estima conveniente reconducir a la justicia privada -civil- la mayoría de los conflictos¹¹⁵, restituyendo la paz a través de la debida compensación la víctima. Misma opinión comparte LOUK HUSLMAN quien prefiere hablar de “situaciones problemáticas” para referirse a delitos y también es defensor de que sean solucionados en forma directa por los afectados¹¹⁶.

Es valorable la contribución en la humanización del proceso penal que esta mirada nos entrega, pero ha sido transversalmente tildada como utópica e incluso se ha tomado en cuenta la nacionalidad de sus principales exponentes -HUSLMAN de Holanda y CHRISTIE Noruego- para dar cuenta de que sus postulados no son exportables al resto del mundo, pues en esas

¹¹⁵ CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p.128.

¹¹⁶ HUSLMAN, Louck, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1982, p.7.

naciones la criminalidad es baja y la posibilidad de resolución privada alta¹¹⁷, restándole capacidad real de solucionar los problemas de la criminalidad violenta¹¹⁸.

Aunque es escaso el dialogo que genera con la intervención mínima, pues desarticula por completo el aparataje hasta ausentar la necesidad de intervención punitiva, sus ideas pueden contribuir en orden a despenalizar materias, o a evitar la estigmatización innecesaria y con ello reducir el sufrimiento.

3.2.2 Reduccionismo.

Frente a la expansión penal, ha sido la escuela de Frankfurt en Alemania la respuesta más sobresaliente en línea a mantener firme las bases del derecho penal liberal, destacándola como una construcción útil en la actualidad¹¹⁹ y un paradigma al que se debe apuntar.

HASSEMER, uno de sus principales exponentes, destaca que no se debe abandonar las conclusiones garantistas heredadas del derecho penal clásico, debiendo mantenerse especialmente las reglas de imputación. Observando las características actuales de las sociedades, su propuesta se inclina por una inclusión extraordinaria de derechos colectivos, señalando la necesidad de mantener la defensa preminente de bienes jurídicos individuales. De acogerse los primeros, deben ser sumamente definidos y reconducibles al desarrollo individual de la persona¹²⁰.

No obstante, acusa que la inclusión de bienes jurídicos colectivos y el relajamiento en las reglas de imputación produciría la desnaturalización del derecho penal, pues perdería el carácter de última herramienta. Propone para mantener un derecho penal que pueda responder a la sociedad

¹¹⁷ SILVA, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, p.19.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.22.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos* En: BUSTOS RAMIREZ, Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p.25.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo derecho penal*, en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp.67-72

del riesgo, diferenciar entre uno clásico abocado a la defensa de los bienes jurídicos tradicionales -vida, integridad, patrimonio- y un derecho de intervención. Este último se ubicaría entre el derecho penal y el administrativo sancionador, ayudando a resolver en mejor forma los problemas criminales de las sociedades post industriales, diferenciándose en dos elementos del clásico, relajando las garantías procesales y penalizando con sanciones menos estrictas¹²¹.

Esta introducción permitiría una solución adecuada para aquellas materias que excedan lo tutelado en el derecho penal nuclear, siendo mayor su eficacia dado que es más fácil su aplicación.

Otra respuesta destacada ha sido dada por el jurista italiano LUIGI FERRAJOLI, quien ha denominado a su postura como sinonimia de Estado constitucional de derecho¹²², significando con ello la propuesta de un sistema cuya estructuración garantista global buscase el resguardo de los derechos subjetivo constitucionalizados, incluso más allá del plano penal, tales como la propiedad en el derecho civil o la paz en el plano internacional.

La propuesta del autor tiene pretensiones generales en la teoría del derecho pues pretende en cada ámbito irrogar la protección del más débil, declarando abiertamente su desconfianza en la acumulación de poder, provenga ésta de públicos o privados, pues denuncia que con facilidad estos grupos tenderán a librarse del Derecho¹²³.

De ahí que su principal crítica a la forma en que se han desarrollado los estados de bienestar, sea el descuido en que ha dejado a sus ciudadanos con la desregulación de la criminalidad de los poderosos, pues los grupos de poder actuarían cooptando al Estado, obligándolo a centrar su esfuerzo, únicamente, en la libertad económica. Además, la exclusiva

¹²¹ *Ibid.*, p.33.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. (2009) Op. Cit.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121.

preocupación de limitar el poder estatal (manteniéndolo en forma mínima) fue un elemento que, comprobadamente, vino en amplificar las desigualdades sociales.

En el plano estrictamente penal, FERRAJOLI se muestra defensor de un Derecho penal mínimo ceñido al empleo de un conjunto de garantías -estricta legalidad, lesividad, materialidad, culpabilidad- dirigidas a proteger a los ciudadanos, y que dotan al Estado de un carácter ético, pues lo autolimitan en su persecución atacando solo aquellas conductas estrictamente señaladas con anterioridad al hecho.

De esta manera, garantías sustanciales como la estricta legalidad, el principio de lesividad, culpabilidad y materialidad; y procesales, como la contradicción, igualdad entre las partes, imparcialidad del juez, presunción de inocencia, carga de la prueba, oralidad, publicidad; permitirán la debida correspondencia entre la conducta efectiva del acusado con la descripción que realicen las leyes acerca de la antijuricidad.

La importancia, según lo argüido, radica en el principio de legalidad, razón por la que el autor denuncia que se han venido ampliando los bienes protegidos por el derecho penal en forma indeterminada, los que no han sido incluidos en forma clara o precisa. De igual modo la anticipación de la responsabilidad penal ha llevado a una devaluación del concepto de bien jurídico, pues no siempre queda claro en las descripciones penales su efectivo daño, o incluso la alta probabilidad de siquiera lesionarlos - patente en tipificaciones “como dirigidos a” “capaces de”- lo que daría cuenta de la utilización indebida del aparato penal.

Para FERRAJOLI al estar estructurado el sistema garantista en la defensa de bienes jurídicos determinados va a ser fundamental el hecho que causalmente lo lesione,

“(…) un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima nulla poena sine

crimine, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace”¹²⁴.

SILVA SANCHEZ sobre este punto, asume una postura realista en torno a la imposibilidad de volver al derecho penal de corte liberal.¹²⁵ Según su análisis, la inclusión de nuevos bienes jurídicos supraindividuales y presuntivos ha diluido la separación entre el derecho penal y el administrativo sancionador, por lo que concluye que estamos frente a la *administrativización* del derecho penal.

Lo anterior es patente en los delitos acumulativos, pues la constatación aislada de un hecho no tendría la entidad de dañar un bien jurídico específico. Sin embargo, varias acciones de igual tipo -acumulación- sí dañarían aquel bien, rompiéndose el principio básico de la lesividad, pues no atribuye a la acción determinada de un sujeto el ser la causa de un daño resultante. Esta lesiva acumulación de conductas individuales sería, para FERRAJOLI, casos típicos del derecho administrativo pues, a diferencia del derecho penal, no resulta relevante la lesividad.

Por esta razón, estima conveniente dirigir hacia el derecho administrativo sancionador los controles que derivan de la sociedad de riesgos, pero dada la imposibilidad de esta postura en los tiempos actuales, propone realizar una diferenciación dentro del derecho penal entre distintos niveles -velocidades-.

Esta división estaría dada por la existencia de una primera velocidad que se ocupará de los bienes jurídicos clásicos, mantendrá los rigores en las reglas de imputación y garantía y tendrá entre sus penas el establecimiento de la prisión.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*. En revista nuevo foro penal, [Nº. 79, 2012](#), Universidad EAFIT, Colombia, [en línea]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4136980> [consultado: 18 de julio de 2020]. p.110.

¹²⁵ Véase más arriba apartado 3.1.1

La segunda velocidad se ocuparía de la persecución de delitos surgidos en la sociedad del riesgo cuya difícil persecución sería ayudada por el relajamiento de las garantías procesales y de imputación, permitiéndose la inclusión de tipificaciones laxas, con miras a incluir los bienes jurídicos colectivos y los delitos de acumulación, renunciando a la pena de prisión en este segundo bloque. Sería esta última abdicación la que lo habilitaría para relajar el catálogo de garantías, sancionando las contravenciones solo con privaciones de derechos o sanciones pecuniarias¹²⁶.

Para SILVA SÁNCHEZ los delitos económicos debiesen reconducirse a esta segunda velocidad, denunciando que la inclusión de nuevos delitos no es el tema de mayor atención sino el uso desmedido de la prisión, puesto que la inclusión de tipos penales ha estado marcada por el uso de una penalidad elevada.

Esta graduación se encontraría en el ordenamiento jurídico, y es posible reconocer que no son iguales las garantías del proceso penal que el civil o comercial y dado esta realidad no debe ser extraño la posibilidad de graduación dentro del mismo proceso penal.

3.2.3. Expansionismo

En la doctrina reciente prolifera la idea de una excesiva expansión de la política criminal, reflejada de manera más severa en el Derecho penal económico. Las causas determinantes del fenómeno son, en la opinión de cada autor, distintas, pero, en general, se acepta como referencia el catálogo propuesto por SILVA SÁNCHEZ en su influyente ensayo sobre la expansión del Derecho penal¹²⁷, enumeradas supra.

En lo que aquí nos ocupa, la primera de las consecuencias de ese cúmulo de factores causales concurrentes sería el olvido por parte del Derecho penal del principio de lesividad.

¹²⁶ SILVA, Sánchez. (2001), *Op. Cit.*, pp.160-162.

¹²⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op.Cit.*, pp. 21 a 61.

Parecería, en efecto, que el legislador, en lugar de encontrar en el bien jurídico un criterio limitador, se hubiera lanzado a la identificación de derechos, intereses, funciones y valores en el ordenamiento jurídico -fundamentalmente en la Constitución- para asumir su tutela penal, con lo que el originario principio limitador, dejando de lado la idea de lesividad material, se habría transformado en excusa de la expansión¹²⁸.

El sistema penal se estaría escorando, así, hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones económicas, condicionando gravemente la eficacia crítico-garantista del principio de lesividad, al crear nuevos -pretendidos- bienes que, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrán erigirse como criterios fundantes ni limitadores del poder punitivo'.

La segunda consecuencia sería que la progresiva e injustificada intervención del Derecho penal en las actividades económicas comporta la relativización de los criterios de imputación de responsabilidad y de los principios garantistas. Se estaría olvidando, así, que el Derecho penal sólo debe asumir la defensa de lo que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de imputación.

Finalmente, caracterizaría al nuevo Derecho penal una profunda administrativización, dado que la intervención en el ámbito económico dinámico y complejo-, exige un generoso recurso a leyes penales en blanco, que confían la definición de lo prohibido a la normativa administrativa. Con el consiguiente vaciamiento de la antijuricidad, que pasaría a ser puramente formal. El Derecho penal de protección de bienes jurídicos se habría convertido en un Derecho de gestión de riesgos.

¹²⁸ MUÑOZ LORENTE, José. *Obligaciones constitucionales de incriminación Y Derecho Penal simbólico*. En *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 6/2001, p. 105.

Si se proclama la idoneidad y vigor de las causas que dan lugar a la orientación expansiva, no se puede sino vaticinar su vigencia. Con lo que las propuestas tendentes a minimizar los efectos de una imparable huida al Derecho penal no se deberían dirigir a reforzar los tradicionales límites al ius puniendi -de ineficiencia demostrada-, sino, una vez perdida esta batalla, a la búsqueda de nuevas alternativas que, por lo demás, deberían partir de un dato obvio: la dimensión transnacional de la delincuencia socioeconómica -la globalización del crimen- exige una respuesta penal de dimensión similar.

En el acápite siguiente, ahondaremos acerca de este diagnóstico con el propósito cierto de elaborar una propuesta de flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios político-criminales, aplicable a los delitos que, producto de esta expansión, se alejan de los modelos clásicos y cuya compleja estructura no admite análisis limitados a reiterar esquemas explicativos tradicionales.

4. CAPÍTULO CUARTO: HACIA UN DERECHO PENAL RACIONAL

4.1. Sociedad del riesgo, globalización y expansionismo penal.

En las últimas décadas la sociedad ha cambiado a un ritmo vertiginoso. Un mundo como el actual, en el que las tecnologías de la información y comunicación dominan la vida de la mayoría de los ciudadanos, era impensable. Sin embargo, desde hace algunas décadas, la tecnificación de la sociedad avanza de una manera tan rápida que se nos hace difícil asimilar un desarrollo tan acelerado.

La sociedad contemporánea ha sido calificada como sociedad del riesgo, concepto acuñado por el sociólogo alemán ULRICH BECK en 1986 en su obra “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”.¹²⁹ Antes, otros autores ya habían reflexionado sobre los riesgos emergidos en el contexto de una sociedad técnico-productiva, pero fue BECK el que introdujo el concepto para referirse a una nueva forma de organización y estructuración de la sociedad, y que empieza a irrumpir a finales de la década de los 70 en todos sus niveles.

Se trata de una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano se siente amenazado. Hay autores, como DEL ROSAL BLASCO, que entienden que lo verdaderamente novedoso no son los “nuevos” riesgos, sino la forma en la que los mismos se gestionan en las sociedades contemporáneas.¹³⁰ Siguiendo a MENDOZA BUERGO¹³¹, puede afirmarse que entre los aspectos definitorios de la sociedad presente son los siguientes:

¹²⁹ Del autor, véase también: *Las políticas ecológicas en la edad del riesgo*, Roure, Barcelona, 1998; y *La sociedad del riesgo global*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2002

¹³⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 473-497, p. 488

¹³¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y ss.

Primero, se muestra un evidente cambio en la clase de peligros surgidos en relación con los habidos en tiempos anteriores. A diferencia de los peligros provocados por desastres naturales o plagas de otras épocas, los nuevos son artificiales, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste. Estos riesgos de la modernización son consecuencias secundarias del progreso tecnológico y se presentan como efectos indeseados (a menudo no previstos y a veces imprevisibles) de actividades inicialmente dirigidas a fines positivamente valorados.

Un segundo aspecto definitorio de la sociedad del riesgo es la complejidad con que se organiza. El incremento en las interconexiones causales y los encuentros espontáneos determina que la responsabilidad se desdibuje cada vez más, dificultando su determinación: las actividades generadoras de esos nuevos riesgos suelen entrecruzarse unas con otras, de manera que su control es muy difícil, así como la atribución de responsabilidad por ellos.¹³²

Y, por último, se subraya la creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, y que tiene lugar aún cuando dichos peligros no resulten ser reales. Ello ha motivado que los ciudadanos demanden cada vez más al Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.

Ante tal escenario, se afirma que el Derecho penal actual ha devenido en un Derecho en expansión como contrapartida a esta sociedad del riesgo, de manera que lo que viene en calificarse como expansión del Derecho penal, refiere básicamente a la defensa de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial.

Frente a estas nuevas expresiones de criminalidad cabe entonces preguntarnos si resulta, en efecto, adecuado que el Derecho penal se expanda con la finalidad de hacer frente a esos nuevos peligros o, por el contrario, debe mantenerse dentro de su ámbito clásico de tutela,

¹³² En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01 (2005), pp. 3.

reservando para otras ramas del Derecho los nuevos espacios que reclaman protección. De proponernos una respuesta afirmativa, ¿debe hacerlo manteniendo su configuración actual o sería necesario buscar alguna fórmula diferente?

Frente a estas preguntas, la doctrina asume que, enfrentados a estas nuevas realidades, las fórmulas a aplicar son diversas. No obstante, bien podemos agruparlas en torno a dos discursos ideológicos y político-criminales relevantes: de un lado, se presentan las tendencias modernizadoras y, de otro, las tendencias de resistencia a la modernización (resistencias que, a su vez, distinguen a aquellas de corte garantista de las de índole reduccionista).

Entre las tendencias de resistencia a la modernización del Derecho penal, se aúnan aquellas líneas doctrinales que niegan su capacidad para hacer frente a los nuevos retos surgidos de la sociedad moderna, todas las cuales tienen en común la reducción al mínimo de los límites del Derecho penal. Como pormenorizamos ut supra, la tendencia de resistencia a la modernización o tendencia reduccionista más destacada es la representada por la Escuela de Frankfurt en Alemania cuyo máximo exponente es HASSEMER¹³³, autor que aboga por mantener intacto el sistema conceptual del Derecho penal clásico y patrocina que el Derecho penal no debe encargarse de la defensa de la sociedad ante los nuevos riesgos, pues lo contrario supondría el abandono de los principios del Derecho penal clásico, privándolo de sus señas de identidad, y desvirtuando su carácter de ultima ratio.

Así, agrega que el Derecho penal debe reducir su objeto de protección al Derecho penal tradicional, nuclear o básico, mediante el que se tutelarían, exclusivamente, los bienes jurídicos individuales más importantes, quedando conformado por ilícitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, los patrimoniales más graves, etc.¹³⁴

¹³³ Véase HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, 1992, pp. 235-249, p. 241.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pp. 32 y 33

No obstante, cabe morigerar lo sentenciado pues, pese a su negativa a que el Derecho penal intervenga en el marco de la sociedad moderna, sí reconoce que es necesario arbitrar mecanismos específicos que hagan frente a los nuevos riesgos que se derivan de dicho modelo de sociedad. Si bien la intervención del Derecho penal sería ineficaz - además de ilegítima - contra los nuevos riesgos, desplegando, como sostiene, únicamente unos efectos simbólicos, HASSEMER propone crear un nuevo Derecho de intervención para evitar la desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad del riesgo.

“Se trataría de un Ordenamiento sancionador que estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, el que no sería objetable desde el punto de vista normativo”.¹³⁵

En esta misma línea, BARATTA propone una serie de principios de mínima intervención, cuyo respeto legitimaría al Derecho penal, bajo el entendido de que ámbitos como la seguridad del trabajo, la corrupción administrativa, las relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países o las graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos, deben ser excluidos del Derecho penal. Se trataría de restituir a dichos conflictos la dimensión política que le es propia

A esta tendencia reduccionista, se suman el garantismo penal de FERRAJOLI, quien declara que un programa de Derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales¹³⁶, como condición de su legitimidad política y jurídica. El penalista critica la imprecisión con que los bienes tutelados y los tipos penales son

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995 (original 1989), pp. 474 y ss., en particular, 475 y 476. Del mismo autor, véase también *Criminalidad y globalización*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 115, 2006, pp. 301-316.

descritos. El uso de términos vagos y enrevesados, considera, brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y la inventiva judicial que desmontan la estricta legalidad de los tipos penales.

Así, reflexiona en que se ha producido una creciente anticipación de la tutela, configurándose delitos que tiene por causa peligros abstractos o presuntos, definidos todos por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo y por la descripción abierta y no taxativa de la acción. El resultado de tal inflación es la disolución del concepto de bien penal como criterio axiológico de orientación y delimitación de las opciones penales.¹³⁷

Finalmente existe una posición a la que podríamos denominar de la “resignación limitada”, y que ha sido sustentada por JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ¹³⁸. Para este autor, la expansión del Derecho penal es irrefrenable por diversos motivos, entre los que destaca la configuración y aspiraciones de la sociedad actual. Frente a este avance irrefrenable no cabría más que resignarse a una cierta laxitud de los principios de garantía del Derecho Penal. De acuerdo a esto, surge una configuración dualista del Derecho Penal, o en palabra de SILVA SÁNCHEZ, “un Derecho penal de dos velocidades”¹³⁹, caracterizado por un doble estándar de reglas de imputación y principios de garantía.

Para esta concepción, supra abordada, frente a un Derecho penal que marcha sin vuelta atrás hacia la expansión y flexibilización de las garantías y reglas de imputación sólo cabe exigirle el cumplimiento irrestricto de las garantías y límites propios de Derecho penal clásico en aquel sector en que se utiliza la pena privativa de libertad. En cambio, en aquel sector en que se emplean penas no privativas de libertad –que idealmente debería corresponder al nuevo sector invadido por la expansión– se puede admitir una flexibilización controlada de garantías y presupuestos de imputación de responsabilidad.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi., *Op.Cit.*, p. 307.

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal...*, *Op.Cit.*, p.36.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 159.

Así, por ejemplo, que en el campo del Derecho penal económico se podría aceptar esta flexibilización de las reglas de imputación (responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión) y de los principios políticos criminales (legalidad, mandato de determinación o culpabilidad). Se trataría, por tanto, de aceptar un modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no sean de prisión.

El problema de esta teoría es que la “flexibilización”, “relajación,” o prescindencia de las garantías del “viejo y buen derecho penal liberal”¹⁴⁰ son inaceptables en cualquier ámbito del ordenamiento punitivo cualesquiera que sean las sanciones conminada. El principio de legalidad, el mandato de determinación, el principio de culpabilidad, el de proporcionalidad o el de intervención mínima, son conquistas de la cultura jurídica obtenidas no sin dificultades y oposiciones en el intento para asegurar espacios crecientes de libertad y seguridad del individuo frente al Estado. Una sociedad democrática supone el respeto de los derechos fundamentales de todos, por lo que el discurso de la resignación y aprobación de la flexibilización en ciertos sectores del Derecho penal a la manera de SILVA SÁNCHEZ, no parece adecuado desde esta perspectiva.

Así es como surgen críticas venidas, precisamente, desde las más recientes tendencias modernizadoras que estiman que el Derecho penal, en efecto, es un instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna, y que aceptan la posible flexibilización de los criterios de imputación y garantías penales y procesales que ello pudiera implicar. Uno de los representantes de esta corriente es BERND SCHÜNEMANN en Alemania.

Para SCHÜNEMANN,

¹⁴⁰ *Ibid.*

“(…) la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad”¹⁴¹

Lo cual haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho. El Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada.

El autor, en una crítica a la sociedad del riesgo de BECK, sugiere que las amenazas vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en que la vida era un constante riesgo, y la dimensión específica de los grandes riesgos industriales ya aparecía claramente en el siglo XIX¹⁴². Bajo esta suerte, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, pues debido a la densa red de industrialización existente, no se agotan los ámbitos en que resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, (descubriendo, por ejemplo, que la emisión de sustancias tóxicas tiene por causa una determinada fábrica).

Siendo, según SCHUNEMANN, característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia¹⁴³.

La sociedad moderna y, en concreto, los avances científicos generan ventajas reales, pero también riesgos que requieren una intervención del Derecho penal con la creación de nuevos delitos, al igual que suscitan problemas en los delitos más clásicos⁵². Las alegaciones de que el

¹⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Presentación de la monografía de GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 14 y 15

¹⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 189.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 198.

Derecho penal en los nuevos ámbitos no puede ser eficaz carecen de fundamento, puesto que, si se tiene voluntad política para ello, se puede dotar al sistema policial y judicial de los medios necesarios para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad, que no es posible con los medios tradicionales.

En este sentido, CORCOY BIDASOLO¹⁴⁴ asegura la que relación entre Derecho y sociedad implica que, frente a una modernización de esta última, el Derecho penal debe responder realizando esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos. La sociedad moderna es una sociedad del riesgo y, en su opinión, los beneficios que estos riesgos proporcionan justifican su aparición, pero el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad, precisa tener una cierta seguridad y confianza en que esos riesgos no son superiores a los que aparentan ser. Por lo mismo, defiende la intervención punitiva para combatir los nuevos peligros, aunque advierte que en ello es imposible que el Derecho penal no sufra menoscabo en sus criterios de imputación y garantías penales y procesales.

CORCOY pone de relieve que quienes se muestran partidarios de limitar el Derecho penal al clásico o nuclear, lo hacen, antes que todo, en nombre de la libertad; sin embargo, opina aquellos emplean el ideal de la libertad de manera insustancial, dado que el ejercicio de la libertad no es posible si no se tiene una cierta seguridad, esto es, si no se puede confiar en que no existirán injerencias extrañas en la esfera personal.

Con esto, afirma que la libertad, en su sentido amplio – comprendiendo el libre desarrollo de la personalidad- sólo puede cobrar sitio en un ambiente de seguridad y confianza¹⁴⁵.

La autora agrega que, ante la situación de desamparo en que se encuentra el ciudadano frente a las nuevas tecnologías, y ante la complejidad con que se organizan hoy en día las

¹⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 188.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 192.

instituciones, tanto públicas como privadas, el control por parte del Derecho penal no es sino necesario además de legítimo, debiendo restringir su ámbito de aplicación en base al principio de intervención mínima - ya no entendido en el sentido de la Escuela de Frankfurt- y al de proporcionalidad, cumpliendo así con las exigencias garantistas y al mismo tiempo con las necesidades de protección de bienes jurídico-penales.

Así pues, la discusión relativa a si, ante la nueva sociedad del riesgo, el Derecho penal debe optar por ser un “Derecho penal nuclear”, ajustado al Estado de Derecho aunque sea a costa de la prevención, o admitir sin límites la protección penal de los nuevos ámbitos, incluso olvidando los principios garantistas del Derecho penal, debe ser resuelta de un modo tal que sirva a los intereses predominantes de la actual sociedad, pero sin olvidar dichos principios.

4.2. Desafíos para un Derecho penal moderno constitucionalmente legítimo.

En lo antecedente, hemos estudiado cómo una de las características actuales del Derecho Penal - y por tanto de la política criminal de la que es tributario - radica en su tendencia expansionista.

Tal como sugiere CANCIO MELIÁ, puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.¹⁴⁶ Los rasgos centrales de dicha inclinación serían la administrativización del Derecho Penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa; la globalización del

¹⁴⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000*, Revista Jueces para la Democracia, nº 44 (2002), p. 19.

Derecho Penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la criminalidad de igual alcance; y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho Penal.¹⁴⁷

El Derecho penal moderno ha expandido su intervención hacia nuevos sectores, mediante formulaciones típicas amplias o de remisión a normas de inferior jerarquía, con frecuencia sobre la base del peligro al objeto de tutela y de imputaciones omisivas, extendiendo, simultáneamente, el ámbito de reproche. Circunstancias todas ellas, que tienen lugar en un clima de notorio deterioro de las garantías penales y procesales y fundamentalmente, esto es, de los clásicos principios de contención al ejercicio del poder penal.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este “Derecho penal del enemigo”¹⁴⁸ sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, como apunta GARCIA MARTIN, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.¹⁴⁹

Este fenómeno, en el plano teórico, se traduce en un debate sobre la legitimidad del actual Derecho Penal marcado por una aparente dialéctica entre reduccionismo versus expansión. La clásica concepción del Derecho penal de cuño liberal y garantista, como instrumento de defensa del ciudadano frente al poder sancionatorio del Estado, ha sido desplazada, en las últimas décadas, -y al abrigo de una constante exigencia ciudadana de mayor intervención jurídico penal del Estado- por una innegable expansión de normas de contenido

¹⁴⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y Derecho Penal del Enemigo*. En: BERNUZ BENÍTEZ, María José; PÉREZ, Ana Isabel (Coords.). *La tensión entre libertad y seguridad*. Universidad de la Rioja, 2006, p.113.

¹⁴⁸ Expresión acuñada por GÜNTER JAKOBS en 1985, para referirse a las normas del Código Penal alemán con las que el Estado no trata de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos, recurriendo para ello a un derecho penal especial y excepcional

¹⁴⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Nº 7 (2005), p. 2.

penal e incluso, meramente policial, que permite afirmar, precisamente, que el Derecho penal ya no es lo que era. Afirmación que, justo es precisarlo, no responde a una melancólica nostalgia, sino a la constatación de la realidad.

Tales son las tensiones entre el Derecho Penal de Enemigo y el Estado Constitucional Dignatario, que hay quienes, entre ellos CANCIO MELIÁ y GRACIA MARTÍN, le niegan directamente el status de Derecho Penal.¹⁵⁰ Otros, reprochan su ineficiencia o, derechamente, lo estiman contrario a los derechos humanos.

Aún cuando la fuerte tendencia moderna del Derecho Penal -proyectado a contrapelo de del garantismo constitucional-, en simultáneo, la dinámica de los sistemas jurídicos actual, contrariamente, muestra estar orientándose hacia principios ligados a lo que ha dado en llamarse *neoconstitucionalismo* y *garantismo*, curso jurídico que estructura de forma estratificada los ordenamientos, haciendo depender la validez de las normas inferiores de su compatibilidad y conformidad con las superiores.

En estos sistemas, producto de la presencia a nivel constitucional de normas de principios o con fuerte arraigo axiológico, se incorporan elementos propios de la moral crítica como agentes de racionalización de la producción normativa infraconstitucional, evidenciando notorias incompatibilidades con la moderna tendencia del *ius puniendi*. Para ilustrarlo, constatemos algunas tensiones y/o incompatibilidades entre el Derecho Penal de Enemigo y la dignidad humana cautelada por el neoconstitucionalismo penal.

1° El Derecho Penal del Enemigo promueve una segmentación de los miembros de la sociedad, postulando la aplicación de estatutos sancionatorios diversos a quienes estima distintos. En efecto, una de las bases del sistema estipulativo propuesto por el Derecho Penal de Enemigo consiste en que este se aplicaría a *no personas*¹⁵¹. Sin embargo, construye la categoría

¹⁵⁰ CANCIO MELIÁ, *Op.Cit.*, p. 22.

¹⁵¹ *Ibid.*

de no persona a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos (personas) y, como lo anota GRACIA MARTÍN, para infringir el derecho penal de ciudadanos se debe ser ciudadano y persona¹⁵². Por lo tanto, el Derecho Penal de Enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de éste, con lo que protege a unos y degrada a otros.

Que se excluya del ejercicio de algunos derechos fundamentales a ciertos individuos como medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social, significa que esa privación que afecta a los enemigos constituya un medio para un fin. Sin embargo, una justificación de esta naturaleza es manifiestamente insuficiente. La dignidad humana pertenece a todos los individuos de la especie y requiere para todos ellos idéntico respeto.

Ya Pufendorf, siguiendo al poeta Homero, decía:

“En la mera expresión de Hombre hay alguna dignidad”

Y ella no surge de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y sus atributos.¹⁵³ Se trata, pues, de una situación de igualdad en el derecho, cuyo fundamento radica en la capacidad de elegir y en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal.

2° El Derecho Penal del Enemigo, como negación de la vigencia del derecho penal de ciudadanos - único derecho penal - implica, en virtud de la supresión de todos los límites al ejercicio de la potestad punitiva estatal encarnados en los Derechos Fundamentales, un ejercicio directo de pura coacción, que lo convierte en un dispositivo de fuerza puesto al servicio de la

¹⁵² GRACIA MARTÍN, Luis. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 213.

¹⁵³ PUFENDORF, Samuel. *La Constitución del Imperio Alemán 1667*. Edeval, Valparaíso, Chile, 2009

exclusión, y como lo señala Welzel, aquello desconoce la dignidad del hombre, pues lo instrumentaliza y lo convierte en una cosa entre las cosas.¹⁵⁴

Así pues, el derecho penal de enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión, normalmente judicial o administrativa – y por tanto no necesariamente representativa de la voluntad popular – de someterlos a tal estatuto. Es una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos, y cuáles no, son dignos de prebendas fundamentales.

Y es que la compleja rúbrica Derecho Penal de Enemigo se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. No obstante, el destinatario del Derecho – especialmente de sus sanciones – sólo puede ser el individuo, en tanto ser humano, ente pre jurídico y natural. Es el hombre quien crea al Derecho y no a la inversa, y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, como su responsabilidad.

Este sustrato ontológico del derecho habrá de ser lo primero a considerar, teniendo por base, justamente, la dignidad del ser humano¹⁵⁵, pues esta dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto a aquel que consideramos respetuoso de la ley como al que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad e incluso oponerse frontalmente al orden de esta. No existe razón para negar que una decisión semejante sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes”, “afuncionales”, deben

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Tirant Lo Blach, Valencia, 2005, p 251.

¹⁵⁵ Tal como lo sostiene María Cristina Fix Fierro, tras la segunda guerra mundial se inauguró una nueva época en la cual la convivencia de los pueblos se sostuvo en el respeto de la dignidad de todas las personas. Para el Derecho Constitucional de aquel entonces, la dignidad humana se eleva a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por tanto, de valor jurídico supremo. En línea con Kant, la dignidad se entiende como el primer predicado ontológicamente relevante y distintivo de la persona, elevándola a la categoría de *ser cualitativamente primero y distinto del mundo o la creación*. En FIX FIERRO, María Cristina. *La dignidad de la persona en España y en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, p. 12.

también ser reconocidos como personas responsables y tratados como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.

Recuerda Ferrajoli que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos estatus subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los de la personalidad —que corresponden por igual a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas— y los de la ciudadanía —que corresponden exclusivamente a los ciudadanos—. Entre los derechos del hombre en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del hábeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto de todos ellos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad intrínseca del ser humano.

Luego, negar la dignidad, en este contexto, es negar - de paso - una de las bases que estructura al propio sistema jurídico. De esta manera, el denominado derecho penal moderno – al menos en su manifestación como Derecho Penal del Enemigo – presenta diversas y profundas tensiones con el concepto de Dignidad humana, razón por la cual, al ser aquél un concepto constitucionalizado convierte en inválida cualquier iniciativa de su promulgación como norma vigente en un Estado constitucional garantista de Derecho.

Así, en todo ordenamiento jurídico en el cual se consigne a la dignidad como valor constitucional cualquier norma de menor jerarquía que importe el trato del ser humano como medio para un fin, cualquiera sea este, es inválida por contravenir el fundamento esencial de lo que se ha dado en llamar el constitucionalismo humanista o dignatario.

Es precisamente la idea fuerza de la dignidad humana vinculante para el derecho el argumento más fuerte y respetuoso frente a la tan promocionada construcción teórica desprovista de contenido sustancial – axiológico- que conocemos como el derecho penal del enemigo.

4.3. Propuestas para un Derecho penal racional y eficiente.

Examinado el panorama del derecho penal actualmente vigente, y repasadas algunas de las causas que han dado lugar a un incremento punitivo, a priori irreflexivo, y que ponen en entredicho el carácter de ultima ratio que se espera del instrumento penal, cabe entonces preguntarse sobre cómo podemos racionalizar su empleo.

De acuerdo a lo supra expuesto, el devenir neoconstitucionalista de los sistemas jurídicos contemporáneos ha emplazado a las leyes penales indicándoles el garantizar bienes jurídicos fundamentales, antes que expandir su ámbito de reproche conculcando valores ónticamente inalienables.

Entre estas dos posturas antagónicas, una de apego irrestricto a los principios fundamentales que limitan el *ius puniendi*, la otra que prescribe considerar nuevas realidades que deben ser enfrentadas, queramos o no, resulta esencial determinar criterios que permitan jerarquizar los medios y con ello, racionalizar los recursos de manera que la respuesta frente al delito sea eficaz.

En este orden, teorías como la del bien jurídico y los fines de la pena, se dirigen en ese sentido.¹⁵⁶

En primer lugar, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* que plantea DIEZ RIPOLLÉS supone, como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa sólo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad, o como indica SILVA SÁNCHEZ, la obtención de criterios de delimitación del objeto que debe ser protegido

¹⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2005, p. 288

por el Derecho penal es decisivo, pues permite contar con un baremo político criminal que autoriza a examinar los procesos de incriminación o desincriminación.¹⁵⁷

La pregunta que cabe es cómo fundamentar este principio de manera que cumpla con su cometido limitador. Para poder resolver cuándo se está frente a un bien jurídico salvaguardable penalmente, es esencial tener en consideración cuestiones referidas al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*¹⁵⁸. Tales valoraciones, sugiere ROMANO, deben ser consideradas si se pretende resolver cuándo se está frente a un bien jurídico penal y cómo estando frente a un bien de esta naturaleza debe ser éste protegido.

Acerca del *merecimiento* de éstas, su justificación se halla en razones de justicia, las que llaman a individualizar y considerar como realidades de especial significación, las que tienen un importante arraigo en la conciencia social. Conforme ello, es dable estimar que afectadas o puestas en peligro tales realidades pueden repercutir fuertemente dentro del contexto social, con lo que se autorizaría la intervención de los instrumentos punitivos.¹⁵⁹

Ahora bien, como advierte SILVA SÁNCHEZ, estas consideraciones, que deben apreciarse atendiendo al contexto histórico-cultural en el que se manifiestan, a raíz de su contenido axiológico, pueden resultar difíciles de delinear en términos claros, lo que daría lugar a una cierta imprecisión.

En relación a la *necesidad* de pena, si bien el legislador penal dispone de cierto arbitrio, ello no supone, claro está, arbitrariedad en sus decisiones al tiempo de sancionar un acto cierto,

¹⁵⁷ Op.Cit., p. 276.

¹⁵⁸ ROMANO, Mario. Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Bosch*, Barcelona, 1995, p. 139.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, José-María. La Expansión del Derecho Penal...; Op.Cit., p. 287-289

por cuanto deben enmarcarse dentro de un determinado contexto jurídico y político, y que se plasma en la Constitución. En este sentido, en connivencia con DIEZ RIPOLLÉS, nos parece esencial el control de racionalidad legislativa penal que debe ejercer el Tribunal Constitucional, y que realiza por medio de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas leyes.¹⁶⁰ No cabe duda que una acuciosa labor, extrayendo los valores y principios constitucionales, permitirá establecer los parámetros sobre los cuales habrá de actuar el legislador.

Otra propuesta metodológica es la promovida por el *Análisis Económico del Derecho*, en tanto instrumento de medición de eficiencia del actuar punitivo del Estado. Aunque esta rama de las ciencias jurídicas es preminente en el mundo anglosajón, nuestra cultura jurídico penal se ha mostrado reticente a incorporar mecanismos que apelen a la eficiencia económica, arguyendo una supuesta antinomia entre eficiencia y respeto a las garantías, o como bien expone SILVA SÁNCHEZ, rechazar estas construcciones sobre la base de cuestionar la noción de delincuente como sujeto racional, implica poner en entredicho el carácter preventivo de las normas penales.¹⁶¹

Sin embargo, aun cuando este escepticismo hacia el análisis eficientista del Derecho¹⁶², es de consuno que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, y en este sentido, no hay razones para prescindir de instrumentos que permitan medir su eficiencia, así como prevenir delitos con el menor costo social. Como destaca SILVA SÁNCHEZ además, las teorías utilitaristas sobre prevención desarrolladas en el siglo XVIII – léase Bentham y Beccaria- se construyeron sobre consideraciones de eficiencia, por lo que el principio de *ultima ratio* ha menester se cimiente sobre consideraciones de eficiencia¹⁶³: si la finalidad del Derecho penal es la prevención de

¹⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Op.Cit.*, p. 295.

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, José-María. *Eficiencia y Derecho Penal*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46495.pdf> [última vista el 9 de octubre de 2020]

¹⁶² En su defensa, y como método útil para examinar la eficiencia de las instituciones jurídicas, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?*. En: COURTIS, Christian. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, p. 321.

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, José-María. *Eficiencia...*, *Op.Cit.* p. 134.

delitos, así como la reducción de las reacciones informales y la propia violencia estatal, ello impone recurrir a instrumentos,

"(...) ya sea, entre otros, la amenaza de la pena, como la actuación de la policía, que signifiquen un menor costo social que lo que puede representar el delito o el recurso de la venganza particular. Es decir, en el constante autoanálisis al que debe someterse el Derecho penal, debe revisar cuan eficiente es con el menor costo posible".¹⁶⁴

Ahora bien, es indudable que valoraciones de este carácter, deben tomar en cuenta el respeto a la persona y su dignidad¹⁶⁵. Es decir, el Derecho penal perdería legitimidad si se construye sólo sobre bases puramente eficientistas de carácter económico. Por ejemplo, pretender reducir drásticamente las tasas de criminalidad imponiendo masivamente la pena de muerte o castigos corporales.

Algunas de las variables más importantes que deben ser tomadas en consideración, dicen relación con la *probabilidad de la aprehensión* y la *severidad del castigo*. Es decir, el delincuente, como sujeto racional, "*homo oeconomicus*, que es modelo de hombre que sirve de base a este análisis"¹⁶⁶ toma en cuenta estos elementos como costos de oportunidad al momento de resolver la comisión de un delito. Pues bien, de estas dos variables, y en esto no hay mayor discusión, la que tiene mayor fuerza disuasiva para el posible delincuente, es la primera de ellas, a saber, la probabilidad de ser detenido, más que la sanción en sí misma. Por tanto, el mayor costo, como indica Silva Sánchez, debe presentarse en la esfera policial, judicial e incluso, social. Es por ello, nuestro modo de ver, que un sistema que enfatiza en la sanción y en su gravedad, por sobre otros mecanismos, es indicio de ineficiencia. Así, como indica

¹⁶⁴ *Ibid*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.1998, p. 215

De este modo, aun cuando nadie duda que el principio de *ultima ratio* constituye un límite esencial al poder punitivo del Estado, las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios que brinden un contenido material, sobre todo considerando el basamento político que subyace en este principio, por cuanto la decisión de intervenir penalmente es del legislador. Si una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*, entonces resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad.

CONCLUSIONES

El Derecho penal mínimo, como modelo ideal de Derecho penal y de política criminal, ha traído de nueva cuenta al debate el uso de medios para limitar el poder de punir, aunque esta vez agregando nuevos interrogantes pues, los sistemas penales actualmente vigentes, han sido desafiados por una sociedad del riesgo y globalizada que reclama el ejercicio de nuevos remedios jurídicos, sobre la base de una reconducción del derecho de castigo, frente a los – inéditos- males sociales nacidos en su seno.

La polémica se produce en el ámbito de la competencia sancionadora, en la que el Derecho penal de corte mínimo o reduccionista se entrelaza con modernos discursos expansionistas que tensan la clásica calificación de tutela de extrema ratio que revistiere al Derecho Penal.

Mientras el modelo minimalista discute la legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales y, en particular, de penas privativas de libertad, así como de la legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”; el Derecho penal ampliado sostiene que, en una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen interacciones interpersonales anónimas crecientes, se tienen que cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal.

Y es que es irrecusable que, junto a los bienes jurídicos personales, como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental ha asumido la necesidad de intervenir penalmente ante la aparición de “nuevos riesgos” – ecológicos, genéticos, socioeconómicos, etc- que tienen su origen en la complejidad estructural con que, aceleradamente, se ha organizado.

La actual “sociedad de riesgo” ha hecho mella en las iniciales concepciones del Derecho Penal mínimo que lo han hecho trascender hacia posiciones más amplias, en las que éste no puede renunciar a la protección de los bienes jurídicos colectivos en tanto su funcionalización de bienes jurídicos individuales esto es, en tanto que aquellos, tengan siempre como referente un bien jurídico individual.

En este escenario, no se puede rechazar la tutela penal de aquellos bienes jurídicos amenazados por inéditos riesgos, pues ello implicaría desconocer las nuevas necesidades que son fruto de la evolución social. Los bienes jurídicos penalmente protegible están sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras sociales o culturales de una comunidad y que ocupa un espacio y tiempos determinados.

Constestes a ello, cabe entonces valorar concretamente, para cada caso, el merecimiento y la necesidad de una pena para determinar si realmente nos hallamos ente un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique una protección jurídica reforzada, es decir, que para su protección jurídica se requiera de la actuación penal.

En todo caso, agregamos, ha menester anclar tales criterios a premisas de orden constitucional, de modo de delimitar – e incluso ampliar- el objeto de la intervención sancionadora penal a bienes o intereses de específica relevancia constitucional.

Así las cosas, garantismo -como en el viejo Derecho penal liberal- y eficiencia - en la sociedad de riesgo- pueden convivir, también en ese controvertido marco que llamamos Derecho penal económico, pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, Nodier. *La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración*, revista nuevo foro penal, nro. 45, Universidad EAFIT, Medellín, 1989.
- ASÚA, Batarrita. *Reivindicación o superación del programa Beccaria*”. en “*El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.
- BALMACEDA, Gustavo. *Manual de derecho penal parte general*, Librotecnia, Santiago, 2014.
- BARONA, Silvia. *Proceso penal desde la historia, desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, España, 2006.
- BLOCH, March. *La sociedad feudal*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2016.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000*, Revista Jueces para la Democracia, n° 44 2002.
- CARNEVALI, Raúl. *Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional. Ius et Praxis* [online] vol. 14, n.1, 2008 [en línea]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- CARRASCO, Edison. *El concepto de “expansión” del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de inflación penal*, 2017 [en

línea]. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.37.3059> [última vista el 16 de octubre de 2020].

- CENTRO, Democracia y comunidad. *Límites a la potestad punitiva del Estado: Bases para un adecuado análisis de iniciativas legislativas*. Informe de asesoría para el Senado de Chile, 2019.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- CORRECHER, Jorge. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y Derecho Penal del Enemigo*. En: BERNUZ BENÍTEZ, María José; PÉREZ, Ana Isabel (Coords.). *La tensión entre libertad y seguridad*. Universidad de la Rioja, 2006,
- DE LUIS GARCÍA, Elena. *Derechos humanos y justicia penal: ¿límite o fundamento?*, en “claves de la justicia penal”. Capítulo XXIII, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009
- DIEZ RIPOLLES, José. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 06-03, 2004. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07-01, 2005 [en línea]. Disponible: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta. Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “*El garantismo y la filosofía del derecho*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal, discurso en el primer seminario sobre Teoría y Dogmática Penal Contemporánea*. Ariel, Buenos Aires, 2009 [en línea. Disponible en : http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&tlng=es [última vista el 16 de octubre de 2020].
- FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*, en: Revista nuevo foro penal, N°. 79, Universidad EAFIT, Colombia, 2012 [en línea]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4136980> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- FERRAJOLI, Luigi. *El populismo penal en la sociedad del miedo*, en: ZAFFARONI, Eugenio, FERRAJOLI, Luigi, TORRES, Sergio, y BASILICO, Ricardo, *La emergencia del miedo*, editorial Ediar, Argentina, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FIX FIERRO, María Cristina. *La dignidad de la persona en España y en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo Veintiuno Editores S.A., Madrid, 1999.
- GARRIDO, Mario. *Derecho Penal parte general, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N° 7, 2005.
- GUDÍN, Faustino. *El estado de derecho frente a la tortura, luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- GUDÍN, Faustino y NISTAL, Javier. *La historia de las penas, de Hammurabi a la cárcel electrónica*, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho, términos de teoría del discurso*, Trotta, 1998.
- HART, Herbert. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press. 1968.

- HASSEMER, Winfried. *Rasgo y crisis del Derecho Penal moderno*, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45, 1992 [en línea]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en: BUSTOS RAMIREZ, Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.
- HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo derecho penal*, en HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar? Razones por la que merece la pena la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, 1992.
- HULSMAN, Louck, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1982.
- KIERSZENBAUM, Mariano. *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas*, Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2017 [en línea]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- LANDVROVE, Gerardo. *El nuevo derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LEIVA, Manuel. y LUGO, Larisbel. *La influencia de Beccaria en el derecho penal moderno*, en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 37, n.º 101, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015 [en línea]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5682960> [última vista el 16 de octubre de 2020].
- LUZÓN PEÑA, Diego. *Lecciones de derecho pena parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, (2016).
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

- MANTECÓN, Tomás. *Disciplinamiento social, escenografías punitivas y cultura plebeya en el antiguo régimen*, en: UNDURRAGA, Verónica y GAUNE, Rafael (editores), *Formas de control y Disciplinamiento, Chile, América y Europa siglos XVI-XIX*, Uqbar editores, Santiago, 2014
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, B de F, Montevideo, 2003.
- MUÑOZ, Francisco. *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985.
- MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- NADER, Jorge. *La responsabilidad penal del juzgador*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
- NÁQUIRA, Jaime. *Principios y penas en el Derecho penal chileno*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 10, 2008 [en línea]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>. [última vista el 16 de octubre de 2020].
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Tercera Edición*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- OSANDON, María. *La formulación tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno parte general*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.
- PRADO, Gabriela, DURÁN, Mario. *Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile*. *Revista de derecho (Coquimbo, 2017)*, pp. 263-295. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100263> [última vista el 16 de octubre de 2020].

- PRIETO SANCHIZ, Luis. *La filosofía penal en la Ilustración española*, en: ARROYO, Luis y BERDUGO, Ignacio. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2001.
- PUFENDORF, Samuel. *La Constitución del Imperio Alemán 1667*. Traducción y Estudio Preliminar Marco Hueste. Edeval, Valparaíso, Chile, 2009.
- RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. *La retribución penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*, Editorial Elapelf, Toronto, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general, tomo I*, Civitas, Madrid, 1997.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Presentación de la monografía de GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- SILVA, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, José maría Bosch editor s.a., Barcelona, 1992.
- SILVA, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Civitas, 1999.
- SILVA, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, España, 2ª Ed., 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Bosch, Barcelona, 1995.
- SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- TAPIA, Patricia. *Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española*. En Revista Polít. crim. Vol. 8, N° 16 ,Art. 7, 2013 [en línea]. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf [última vista el 16 de octubre de 2020].

- TOMAS Y VALENTE, Francisco. *La tortura judicial en España*, Editorial Critica, Barcelona, 2000.
- VELÁZQUEZ, Fernando. *Derecho penal parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- VILAJOSANA, Josep. *Las razones de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blach, 2005.
- WENDT, Rudolf. *The principle of ultima ratio and/ Or the principle of proportionality* [en línea]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200873 [última vista el 16 de octubre de 2020].
- ZAFFARONI, Eugenio. *La palabra de los muertos*, en conferencias sobre criminología, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005.