

## DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL\*

Raúl Carnevali Rodríguez\*\*

### RESUMEN

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. Precisamente, una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*, por lo que resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad. El artículo pretende brindar una respuesta a esta búsqueda, examinando algunos principios que legitiman la intervención punitiva y cuáles son las nuevas orientaciones de orden político criminal. En este sentido, se valora el papel que puede desempeñar el Tribunal Constitucional, como asimismo la propuesta metodológica que constituye el *Análisis Económico del Derecho*, como instrumento de medición de eficiencia.

### PALABRAS CLAVE

*Ultima ratio*, principio de legalidad, política criminal, racionalidad, eficiencia.

---

\* Este Trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto FONDECYT N°1060410 titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”, el que dirijo como investigador responsable. Una versión preliminar se presentó en las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Derecho “Los principios generales del Derecho”, organizadas por la Universidad de Talca, el día 22 de agosto de 2007. Artículo recepcionado el 8 de marzo de 2008 y aprobada su publicación el 23 de abril de 2008.

\*\* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad de Talca. Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la misma Universidad. Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl

### ABSTRACT

There is no doubt that the *ultima ratio* principle represents an essential limit to the state criminal punitive power. Difficulties arise when it is to be determined some criteria giving a material content, mainly considering the political underlying meaning of this principle, as the criminal prosecution decision belong to the lawmaker. Thus, the *prima ratio* nature of the modern criminal law is one of its features; therefore, it is urgent to search arguments to precise when criminal law is necessary, in terms of efficiency and rationality. This paper pretends to answer to this searching by examining some principles that legitimate the state criminal punitive power and also determining new guidelines in criminal policy. In this context, the role that it can be played by the Constitutional Court is assessed as well as the economic analysis of law, as a weighing up instrument of efficiency.

### KEY WORDS

*Ultima ratio*, principle of legality, criminal policy, rationality, efficiency

## 1. Consideraciones previas

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal<sup>1</sup>. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas —formales e informales—. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

---

<sup>1</sup> Se ha seguido la distinción que hace BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal*. 3º ed. Madrid: Ariel Derecho, 1989, p. 43-44, para quien el principio de necesidad tiene diversas proyecciones, a saber, *ultima ratio* o *extrema ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi»”. GONZÁLEZ RUS, Juan José (Coor.). *Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Ediciones Universidad de Córdoba, 1996, p. 253, afirma que el principio de intervención mínima tiene una doble manifestación: principio de fragmentariedad y subsidiariedad —*ultima ratio*—; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. 5º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 81 y ss., hablan más bien del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, que sería el postulado que englobaría al principio de intervención mínima y sus dos expresiones, subsidiariedad y fragmentariedad; en el mismo sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. 2º ed. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 61, para quien el principio de subsidiariedad conforma la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio<sup>2</sup>. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social<sup>3</sup>. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general<sup>4</sup>.

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista<sup>5</sup>. Es así, que la *Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 señala en su Art. 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...”<sup>6</sup>. Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de ésta se consideraban pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el *Antiguo Régimen* administraba la justicia penal<sup>7</sup>. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la

---

<sup>2</sup> Sin pretender ser exhaustivo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1991, p. 164 y ss, quien pone como ejemplo de aplicación de medios no penales para prevenir el delito: a) instalación de cajas fuertes donde se deposita lo recaudado y a las que no tienen acceso los empleados de gasolineras; b) prohibición de ventas de bebidas alcohólicas en autopistas; c) políticas de empleo para jóvenes; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 199 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 82-84; GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención”, p. 249 y ss.; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7º ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 86-88; MERA FIGUEROA, Jorge. *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*. Santiago: ConoSur, 1998, p. 120 y ss.

<sup>3</sup> Como lo pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención”, p. 250, se trata de una exigencia propia de un Estado social de Derecho.

<sup>4</sup> Así expresamente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 246.

<sup>5</sup> SÁEZ CAPEL, José. “Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal”. En: DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al* (Dir.). *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 245 y ss.

<sup>6</sup> La Declaración completa en [http://www.senat.fr/lng/es/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lng/es/declaration_droits_homme.html) (consultado el 27 de febrero de 2008).

<sup>7</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 11-14.

materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaria<sup>8</sup>, el “revolucionario” Jean Paul Marat<sup>9</sup> o Bentham<sup>10</sup>, transitaban en esa dirección.

Por cierto, las dificultades no se presentan a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, por el contrario, en la doctrina es pacífico fijar su alcance en los términos expuestos. Empero, los problemas sí se manifiestan cuando el objetivo perseguido es darle un contenido material, que nos permita valorarlo como un criterio orientador que legitime al Derecho penal<sup>11</sup>.

Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de *ultima ratio* como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho. Y es que conociendo la actual estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá precisar cuáles son los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal<sup>12</sup>. A este respecto, debe tenerse en consideración que si lo que se pretende es legitimar al Derecho penal a través de principios como el que se examina, la cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. Dicho en otros términos,

---

<sup>8</sup> BECCARIA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido por BERNALDO DE QUIROS, Constan-  
cio. México: Editorial Cajicas, 1957, Capítulos I, II y III. Así, en p. 67 señala: “La tercera consecuencia es que si  
llegase a probarse que la atrocidad de las penas, inmediatamente opuesta al bien jurídico y a la finalidad misma  
de impedir delitos, fuese inútil, también en este caso aquella no sólo sería contraria las virtudes benéficas, efecto  
de una razón ilustrada que prefiere mandar más bien a hombres felices, que no a una manada de esclavos en que  
se mantenga siempre una perpetua circulación de tímida crueldad, sino que sería también contraria a la propia  
justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”. Para conocer el Derecho penal de la época y la influencia  
de los alegatos de Beccaria, CRUZ REYES, Euménides. “Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de  
Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 5, 2003, p. 25 y ss.

<sup>9</sup> MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Traducido por A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p.  
76: “No basta que las leyes sean justas, claras y precisas; es necesario escogitar los mejores medios para hacerlas  
observar” Luego en p. 77: “Está en interés de la sociedad que sean siempre proporcionadas a los delitos, porque  
le conviene más evitar los crímenes que la destruyen que los crímenes que la perturban”.

<sup>10</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal*. Edición preparada por RODRÍGUEZ GIL, Magda-  
lena. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 296, señala que son penas superfluas aquellas “en que podría conse-  
guirse el mismo fin por medios más suaves, como la instrucción, el ejemplo, las exortaciones, las dilaciones ó  
las recompensas” (sic). Más adelante observa que si bien Montesquieu y Beccaria señalaron la importancia de  
la proporción entre el delito y la pena no precisaron cómo llegar a ella. Para suplir aquello Bentham estableció  
cinco reglas, p. 297 y ss.

<sup>11</sup> Como también lo pone en evidencia, pero desde clave funcionalista, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Al-  
gunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad  
abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 31, N° 3, 2004,  
p. 515 y ss., p. 530; GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención”, p. 249.

<sup>12</sup> LUZÓN PEÑA, Curso, p. 83; MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y  
democrático de derecho*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 25 y ss.

por qué la legitimidad del Derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o disminuir ésta.

No cabe duda que principios como el de *ultima ratio* tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, *la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador*. De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten<sup>13</sup>. Apreciado en los términos expuestos, el principio tendría un grado de laxitud, que podría afectar su carácter limitador del *ius puniendi*<sup>14</sup>, sin embargo, su concreción puede hallarse —aunque no exclusivamente—, como se indicó *supra*, en los presupuestos axiológicos que conforman un Estado social y democrático de Derecho y que se desprenden de la Constitución. De ahí pues, el papel fundamental, como veremos, que le corresponde al Tribunal Constitucional.

Como señalan Maurach/Zipf: “*Iure est civiliter utendum*, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una *exigencia político-jurídica dirigida al legislador*: La norma penal constituye en cierto modo la *ultima ratio* en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio”<sup>15</sup>.

Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de *ultima ratio* el Derecho penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado *Derecho penal*

---

<sup>13</sup> MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 9: “...el recurso de la pena por parte del legislador se legitima en nuestro ordenamiento por la finalidad de prevención general y, dentro de los límites impuestos por el principio de la reeducación del condenado, la tutela proporcional y subsidiaria de bienes jurídicos respecto de ofensas causadas culpablemente”.

<sup>14</sup> Precisamente, PRITTWITZ, Cornelius. “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”. Traducido por CASTIÑEIRA, María Teresa. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 427, se pregunta si estos principios no son más que meras proposiciones programáticas

<sup>15</sup> MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General*. 7º ed. Traducido por BOFILL, Jorge/AIMONE, Enrique. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 34-35. (La cursiva en el original).

*moderno* es su carácter de *prima ratio*<sup>16</sup>. Es decir, en el Derecho penal propio de las “modernas sociedades de riesgo” se observa una tendencia expansiva —huida *al* Derecho penal—, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto<sup>17</sup>. El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico<sup>18</sup>.

Por otro lado, como certeramente afirma Pritwitz, tampoco es suficiente para limitar el recurso del Derecho penal la sola exigencia de un Estado de Derecho<sup>19</sup>. Sostiene el autor que un Estado liberal, donde la proposición *in dubio pro libertate*<sup>20</sup> tiene un sentido, surge la pregunta de quién asume los costos de una política criminal restrictiva. O en un Estado social, en donde se exige más ayuda que represión, qué límite disponer si la ayuda que se requiere debe provenir del Derecho penal. Es más, para Pritwitz de la democracia no se pueden desprender presupuestos para un Derecho penal reducido<sup>21</sup>.

La cuestión a dilucidar es cómo conciliar una adecuada relación entre *criminalización primaria* —formación de leyes penales— y *criminalización secundaria* —aplicación de las leyes penales— de manera que una excesiva criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia —teoría de la espada desafilada<sup>22</sup>—.

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Traducido por LARRAURI, Elena. *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 29-30; EL MISMO. *Persona, mundo y responsabilidad*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco/DÍAZ, María del Mar. Bogotá: Temis, 1999, p. 15 y ss.; HERZOG, Felix. “Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”. Traducido por LARRAURI, Elena/PÉREZ, Fernando. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 317 y ss.; SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*. Traducido por VIRGOLINI, Julio, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 55-56.

<sup>17</sup> Admirando la intuición del legislador al haber desarrollado esta clase de delitos y sin la “colaboración” de la ciencia penal, SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 31; VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 251 y ss.

<sup>18</sup> En todo caso, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 305, precisa que el Derecho penal sí tiene un componente de simbolismo importante, el problema se presenta cuando se asume como función exclusiva.

<sup>19</sup> PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán”, p. 441.

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco/ARROYO ZAPATERO, Luis. Barcelona: Bosch, 1984, p. 39, señala que el postulado *in dubio pro libertate* apunta a una legislación penal limitada a la criminalización de conductas socialmente dañosas. Mientras no se demuestre aquello debe quedar libre de la amenaza penal.

<sup>21</sup> PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán”, p. 441.

<sup>22</sup> Como señala PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán”, p. 444, no es posible dejar que se desfile la espada de la pena empleándola para cualquier ocasión insignificante.

Qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta para limitar la *huida al Derecho penal* y precisar en qué casos incentivar la *huida del Derecho penal*. O también, cuándo sí es legítimo *huir al Derecho penal* y evitar la *huida de él* es lo que pretende examinarse en las páginas que siguen.

## 2. Criterios de legitimidad en el ejercicio del *ius puniendi*. Algunos principios garantísticos

### 2. 1. Derecho penal como medio de control social

Como es sabido y sin entrar en mayores detalles, la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social<sup>23</sup>. Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación. Generalmente se afirma que el fin del Derecho penal se identifica con el fin de la pena, es decir, que los fines del Derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad<sup>24</sup>. Aquello es discutible, pues, como se verá a continuación, *el Derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad*<sup>25</sup>. En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir —así, no imponer una pena—, como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. T. I. 5º ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 13; CURY, *Derecho Penal*, p. 37. Acerca de la función de protección exclusiva de bienes jurídicos, cuyo rol legitimador se discute, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 267 y ss.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. T. I. Traducido por LUZÓN, Diego/DÍAZ Y GARCÍA, Miguel/DE VICENTE, Javier. Madrid: Civitas, 1997, p. 67 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal*, p. 315 y ss.; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. 2º ed. Santiago: ConoSur, 1992, *passim*, p. 169 y ss.; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo-Buenos Aires. IB de F., 2004, p. 149 y ss.; TABÁREZ, Juárez. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Traducido por CUÑARRO, Mónica. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 51 y ss.

<sup>24</sup> Cuestionan tal identidad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 180: "..., el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir", p. 187; PIÑA, "Algunas consideraciones", p. 522.

<sup>25</sup> La doctrina mayoritaria asocia Derecho penal con la imposición de algunas de sus consecuencias, como puede apreciarse en la exposición que hace CURY, *Derecho Penal*, p. 37-38 de las distintas nociones de Derecho penal que surgen de la doctrina.

<sup>26</sup> Como afirma SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, p. 365 (citado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 188), la función del Derecho penal no consiste sólo y únicamente en la protección de bienes jurídicos, sino además, en un complejo entramado que comprende el interés de la víctima y su protección, el interés del

La propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena —así, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento—, lo pone de manifiesto. Mientras el sistema inquisitivo se dirige esencialmente a la búsqueda de la verdad histórica, cierta y por tanto, a cumplir a ultranza el principio de legalidad —al menos formalmente, pues la práctica dice otra cosa—, sancionando si el hecho se subsume en algún tipo penal<sup>27</sup>, el sistema acusatorio en cambio, apunta más bien a la solución del conflicto, procurando la verdad procesal y no tanto descubrir la verdad histórica<sup>28</sup>. Lo que no quiere decir que el sistema acusatorio no se dirija en ese sentido —se exige una verdad que permita verificar la imputación a fin de destruir la presunción de inocencia—, lo que se pretende significar es que no es su único objetivo<sup>29</sup>. Es

---

autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y seguridad jurídica. Agrega además, que si de dicho entramado se separa el interés en la protección y se lo absolutiza para la creación del Derecho, se pierde la teleología de la ley penal como ‘Magna charta’ del delincuente conforme lo entiende von Liszt. Como señalo en mi artículo “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, semestre I, 2005, p. 39, una excesiva ingerencia del Derecho penal a través de instrumentos dirigidos a una eventual ‘mayor’ protección a la víctima puede introducir factores de desestabilización de la norma penal.

<sup>27</sup> La confesión del imputado tenía extrema importancia en un orden en el que la búsqueda de la verdad histórica, principalmente en los orígenes del sistema inquisitivo, no sólo tenía como propósito la reconstrucción de hechos que se hallaban ocultos porque así lo quería el autor —obviamente no se reconocía la presunción de inocencia— y es que además, se identificaba el delito con el pecado. No sólo interesaba determinar la ocurrencia de un hecho, sino también el pensamiento, la intimidad del sujeto. Era el inquisidor quien *poseía* la verdad, por tanto debían descorrerse los velos que la ocultaban, y si esto último ocurría era porque así lo quería el autor. Es por esta razón que la tortura adquirió tanta relevancia, pues era indispensable para lograr la confesión y así extraer la verdad. La tortura tuvo una minuciosa regulación —también como garantía para el imputado a fin de impedir actuaciones innecesarias— para así lograr que la confesión estuviera dotada de la necesaria calidad que permitiera reconstruir la verdad histórica. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducido por CÓRDOBA, Gabriela/PASTOR, Daniel, 25º ed. alemana, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 558; FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Traducido por GARZÓN, Aureliano. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 43-44; RIEGO, Cristián. “Nuevo estándar de convicción”. En: *Informe de Investigación*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Nº 17, 2003, p. 6; PAILLAS, Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 77 y ss.; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto *et al.*, Madrid: Trotta, 1995, p. 565, señala que con la inquisición, al reaparecer en el s. XIII con las Constituciones de Federico II, tratándose de los procesos por crímenes de lesa majestad y los procesos eclesiásticos por los delitos de herejía y brujería, las torturas adquirieron mayor fuerza y dureza, pues el ofendido era Dios y por ello la acusación, obligatoria y pública, suponía una investigación de la verdad que no admitía incertidumbre, por tanto la colaboración del acusado debía ser forzosa.

<sup>28</sup> HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 27; cuestionando la distinción entre verdad ‘formal’ y verdad ‘material’, ACCATINO, Daniela. “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”. *Anuario de filosofía jurídica y social*. Nº 24, 2006, p. 39 y ss.

<sup>29</sup> BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 60-63.



decir, el sistema acusatorio alcanza su pretensión, aun cuando no logre dilucidar la verdad absoluta, si se soluciona el conflicto y de esta forma se mantiene la paz social. Solución que, incluso, puede pasar por la no imposición de una pena, aunque el hecho *históricamente* sí sea un delito.

Pues bien, el fin esencial, primario que justifica la presencia del Derecho penal dentro de una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir o, mejor dicho, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella. Es decir, el Derecho penal como medio de control social *formalizado* inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos<sup>30</sup>.

Por tanto, el Derecho penal se legitima en la medida que, por una parte, previene la comisión de delitos y por la otra, impide la llamada “justicia de propia mano”<sup>31</sup>. Ahora bien, para dicho cometido no basta pues, emplear instrumentos que apuntan a la pura intimidación, por el contrario, es preciso que dichos mecanismos correspondan a lo que la ciudadanía espera de su Derecho penal. *El ejercicio del instrumento punitivo debe hallar su basamento en el consenso social*<sup>32</sup>. En este sentido, la función motivadora de las sentencias también cumple un importante papel de legitimación del Derecho penal. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias resulta primordial dentro de un Estado de Derecho, dado que el control último de la actividad jurisdiccional lo tiene el pueblo. Aun cuando la exigencia de controlabilidad

---

<sup>30</sup> El Derecho penal como instrumento de control social altamente formalizado, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 390-391; HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 113 y ss.; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 31-36; CARBONELL, *Derecho penal*, p. 59 y ss.; MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. “El principio de intervención penal mínima”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1987, p. 113-114.

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 181.

<sup>32</sup> Sin entrar en mayores detalles, es indudable que el Derecho penal aún goza de respeto dentro de la sociedad —independiente de las valoraciones, acertadas o no, que se hacen del funcionamiento de sus estructuras—, por lo que resulta muy difícil que propuestas dirigidas a abolirlo tengan alguna acogida (al respecto, HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Traducido por POLITOFF, Sergio. Barcelona: Ariel, 1984; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis, 1990, p. 75 y ss.). Como bien señala ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 33, en el abolicionismo se aprecia un grado de ingenuidad en la forma que proponen para solucionar los conflictos. En todo caso, si bien no resulta admisible plantear la eliminación de los mecanismos que ofrece el Derecho penal para solucionar los conflictos, sí puede destacarse de tales propuestas el que hayan resaltado sus deficiencias; HASSEMER, Winfried. “*Por qué no debe suprimirse el derecho penal*”. Traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/29/por-que-no-debe-suprimirse-el-derecho-penal-w-hassemmer/> (consultado el 27 de febrero de 2008).

constituye una función burocrática, a través de los recursos, el más importante es el control democrático, pues es ejercido por la propia ciudadanía, que puede conocer de qué forma fue resuelto un determinado conflicto penal<sup>33</sup>.

En este contexto, y entendiendo que el empleo de dichos instrumentos supone el ejercicio de violencia, aun cuando sea institucionalizada, también se plantea como uno de los fines que debe perseguir el Derecho penal la reducción de ésta. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el *quantum* de violencia que emplea —así, policía, actuación de órganos de persecución como Ministerio Público, los tribunales y las medidas que pueden decretar para hacer cumplir sus resoluciones, las penas— se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación. Por tanto, si conforme a este *autoanálisis* se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el *exceso* de violencia, entonces debe hacerse<sup>34</sup>. Por lo demás, la historia del Derecho penal nos ilustra cómo el Estado se ha sometido a revisiones constantes y se ha autolimitado en sus intervenciones punitivas. Así, la menor aplicación de la pena de muerte, la reducción de las penas privativas de libertad, procesos de desincriminación o despenalización<sup>35</sup>.

Tenemos pues, por un lado, el interés de reducir aquella violencia que proviene de la sociedad, ya sea a través de la comisión de delitos o de reacciones informales y por otro lado, el propósito de disminuir la que proviene del Estado y que está dirigida a enfrentar, precisamente, dicha violencia. Es decir, la propia sociedad de donde surge la violencia que se quiere limitar cede a su vez al Estado el uso de otra violencia, para que, legítimamente, la enfrente. Es en este ejercicio dialéctico, como muy bien expone Silva Sánchez<sup>36</sup>, donde se *formaliza* tal medio de

---

<sup>33</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Madrid: Trotta, 1999, p. 13 y ss. quien hace ver que dicha función social de la motivación no se ve afectada por el hecho de que en la práctica muy pocos lean las sentencias.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 181 y ss., p. 242 y ss.; EL MISMO. “Eficiencia y Derecho penal”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. 1996, p. 121; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. 4º ed. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel/SANCINETTI, Marcelo. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 28.

<sup>35</sup> Se habla de desincriminación para referirse a la conversión de un hecho punible en lícito. En cambio, la despenalización se refiere a transformar una ilícito penal en ilícito administrativo. Al respecto, PALAZZO, Francesco. “Principio de Ultima Ratio e hipertrofia del Derecho penal”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Vol. I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 435. Sobre este punto, vinculado a lo acontecido en Italia, BERNARDI, Alessandro. “Breves notas de la línea evolutiva de la despenalización en Italia”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 9, 2004, p. 5 y ss.

<sup>36</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186.

control social, disponiendo de ciertos principios formales y materiales, para cuya estructuración se han dedicado los últimos dos siglos.

Principios de carácter formal que permiten fundamentar la legitimidad del Estado para emplear el Derecho penal, son los principios de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— y del debido proceso —*nulla poena sine iudicio*—<sup>37</sup>. Entre los principios de carácter material pueden citarse, entre otros, los de proporcionalidad, humanidad, culpabilidad e igualdad<sup>38</sup>.

Nuestras reflexiones se dirigirán a los de estructura formal, y particularmente al de legalidad, considerando, como se expuso *supra*, la dimensión política que contiene el principio de *ultima ratio*, que sirve de orientación al legislador. Y es que si bien el principio de legalidad nos indica la forma, el instrumento a través del cuál *legítimamente puede actuar el Estado*, a través del principio de *ultima ratio* es posible darle un contenido a dicho instrumento. Con ello no se quiere significar que este principio no tenga un papel que desempeñar respecto de aquellos de carácter material, pero al menos resulta más lejano.

## 2. 2. Principios de legalidad y del debido proceso

El principio de legalidad constituye el pilar esencial de todo Derecho penal que se precie de garantista, el que, como se expuso al inicio de este trabajo, se va conformando con el triunfo de las ideas de la Ilustración<sup>39</sup>, atribuyéndose a Feuerbach la formulación latina con que se lo conoce universalmente<sup>40</sup>.

De él resulta esencial destacar su *fundamento político constitucional*, por cuanto al emanar la ley de un Parlamento democráticamente elegido conforma una garantía de certeza y

---

<sup>37</sup> PIÑA, “Algunas consideraciones”, p. 523.

<sup>38</sup> Como apunta SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259, se dirigen a expresar aquellas garantías individuales del delincuente y por tanto, su precisión más bien queda sujeta a valoraciones que pueden hacerse dentro del marco constitucional.

<sup>39</sup> Art. 8 de la *Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”. Por su parte, BECCARIA, *Tratado de los delitos*, Cap. III, p. 67: “la primera consecuencia de estos principios es que tan solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por el contrato social”.

<sup>40</sup> FEUERBACH, Anselm von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de la 14ª ed, ZAFFARONI, Eugenio/HAGEMEI, Irma. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

seguridad para los ciudadanos. Precisamente, el talante democrático del que deben estar dotadas las leyes penales favorece su eficacia preventivo general, tanto positiva como negativa<sup>41</sup>, es decir, la imposición de éstas y la eventual pena que lleva consigo cuenta con el consentimiento ciudadano<sup>42</sup>. Es por este motivo, que los llamados Decretos leyes, que surgen dentro de gobiernos *de facto* sin respaldo de un Parlamento democráticamente elegido, en estricto rigor no son leyes. Otra cosa es, sin embargo, que se apliquen por consideraciones prácticas, sobre todo, si el quiebre constitucional se ha prolongado en el tiempo, lo que no impide, claro está, una vez restablecido dicho orden su revisión e interpretación conforme a tales valores<sup>43</sup>.

Como destacan Marinucci y Dolcini: “Para comprender y precisar el alcance del principio de legalidad; es siempre necesario remontar a su **matriz político-institucional**. La matriz original, como se ha visto, se deriva de los principios del **Estado liberal de Derecho**, en particular con la idea que, en el cuadro de la separación de los poderes estatales, el monopolio de la potestad punitiva corresponde al Parlamento, que es el único poder representativo de la voluntad popular, siendo el Poder Ejecutivo expresión sólo de la mayoría parlamentaria y el Poder Judicial está privado de cualquier investidura por parte de los ciudadanos. Con la afirmación del **Estado democrático** y por tanto, con la introducción del sufragio universal, el Parlamento llega a ser expresión de la voluntad de todo el pueblo: se afirma que atribuirles el monopolio de la producción de las normas penales significa asegurar —garantía de la libertad de los ciudadanos— una más fuerte legitimación política de las decisiones políticas del Estado, y una todavía más acentuada exclusión de las intervenciones del Poder ejecutivo y del Poder judicial”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 81;

<sup>42</sup> COBO/VIVES, *Derecho penal*, p. 73, destacan que este principio, apreciado desde una perspectiva política representa la materialización de los valores fundamentales del Estado de Derecho. Afirman además, que siendo la ley una emanación de la voluntad popular, las sanciones penales se justifican por el consentimiento del interesado; CARBONELL, *Derecho penal*, p. 106.

<sup>43</sup> Al respecto, CURY, *Derecho Penal*, p. 171-172; POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. 2º ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 95-96; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte General*. T. I. 3º ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 81-82. Sobre el caso argentino, ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 114.

<sup>44</sup> MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, p. 29 (destacados en el original). No obstante existir consenso acerca del fundamento democrático del principio, una de las grandes discusiones que están teniendo lugar en la Unión Europea es la falta de legitimación democrática de las normas que de sus instituciones surgen y que tienen incidencia en materias penales. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2001, p. 150 y ss.; MANNOZZI, Grazia/ CONSULICH, Federico. “La sentenza della corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici”.

Por otro lado, suele destacarse del principio de legalidad su *vertiente formal*, esto es, que la norma debe tener rango de ley —*lex scripta*— que surge del Poder Legislativo. Empero, lo que puede resultar claro desde la perspectiva del Derecho continental en que estamos insertos, puede no serlo si se examina desde la esfera del *Common Law*. En efecto, la cuestión es si la exigencia de que la conducta que se castiga deba ser clara y precisa y regulada con anterioridad a su comisión supone una exigencia de reserva de ley. Estas consideraciones tienen hoy particular relevancia en el ámbito del Derecho comunitario europeo, pues para su construcción confluye un conjunto de sistemas jurídicos diversos, lo que genera tensión en no pocas materias<sup>45</sup>. Asimismo, en el Derecho penal internacional, donde el derecho consuetudinario mantiene un papel fundamental en la generación de normas<sup>46</sup>.

*Supra* se puso en evidencia las diferencias que se presentan con el sistema del *Common Law* para entender el mandato de *nullum crimen sine lege*. Y es que aquí se apunta más bien al *nullum crimen sine iure*. Para Pagliaro, sin embargo, las diferencias entre ambos sistemas no tienen mayor importancia, pues, en definitiva, el fin último en los ordenamientos del *Common law* es asegurar la certeza del derecho y la garantía del ciudadano que se consigue igualmente con otros medios técnicos. Para el autor, esta concepción como la del Derecho continental se

---

*Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2006, p. 899 y ss.

<sup>45</sup> CARNEVALI, *Derecho penal*, p. 185 y ss.

<sup>46</sup> WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*. Traducido por CÁRDENAS, Claudia/DÍAZ, María del Mar/GUTIÉRREZ, María/MUÑOZ, Antonio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 107-109; AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho penal internacional*. Traducido por MALARINO, Ezequiel. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 36 y ss. Respecto de los juicios de Nuremberg se ha planteado que éstos habrían vulnerado el principio de legalidad. Sin embargo, se ha argumentado que tal violación no tuvo lugar, pues aun cuando la incriminación se formuló *ex post facto* los hechos delictivos ya se habían desarrollado con el tiempo, por lo que es posible estimarlos como crímenes internacionales. Asimismo, la guerra de agresión se desprendía del Pacto de la Sociedad de las Naciones y del Pacto Briand-Kellog de 1928, a los que se habían adherido gran parte de la comunidad internacional, aunque las sanciones sólo se dirigían a los Estados. Todo ello sin perjuicio de las sanciones ya contempladas en el Tratado de Versalles. En relación a las conductas contrarias las leyes de la guerra, la ilicitud de éstas emanaba de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1929, aun cuando no contenían delitos. Por último, se argumentaba que muchas de estas conductas se hallaban en los ordenamientos penales internos alemanes y japoneses. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "Hacia la conformación de un Tribunal penal internacional. Evolución histórica y desafíos futuros". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*. N° 10, 2003, p. 34-36. Cuestionamientos de esta naturaleza también se argumentaron en el caso Eichmann, quien fue juzgado por tribunales israelíes por delitos que fueron cometidos no sólo fuera de Israel, sino cuando ese Estado ni siquiera existía. FAWCETT, J. E. S. "The Eichmann case". *British Yearbook of International Law*. T. XXXVIII, 1962, p. 181 y ss.; GREEN, L. C. "The maxim *nullum crimen sine lege* and the Eichmann Trial". *British Yearbook of International Law*. T. XXXVIII, 1962, p. 457 y ss.; CARNEGIE, A. R. "Jurisdiction over violations of laws and customs of war". *British Yearbook of International Law*. T. XXXIX, 1963, p. 402 y ss.

inspiran en el *ius naturalismo*. Esta última antepone la tutela del hombre y del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político, la del *Common law* en la exigencia de justicia material para el caso concreto. Incluso, asevera Pagliaro, los sistemas jurídicos continentales en casos de fuerte tensión política —Italia los vive permanentemente— se aplican soluciones similares a las que tendrían lugar conforme al *common law*<sup>47</sup>.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *The Sunday Times*<sup>48</sup>, se examina el alcance de la voz *ley*. En el fundamento 47 señala: “El Tribunal constata que la palabra ‘ley’ en la expresión ‘prevista por la ley’ engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Así no da importancia al hecho de que el ‘contempt of court’ sea una creación del Common Law y no de la legislación. Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio<sup>49</sup> si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está ‘prevista por la ley’ con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico”. En el fundamento 49 se establecen cuáles son las condiciones que debe reunir la expresión ‘prevista por la ley’: “La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación.

---

<sup>47</sup> PAGLIARO, Antonio. “Límites a la unificación del Derecho penal europeo”. Traducido por SUÁREZ, Carlos. En: VVAA. *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, p. 690-691. Sobre la diferencias de enfoques entre el *common law* y el *civil law*, aunque tratadas en el ámbito del Derecho penal internacional, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”. *Revista de Derecho penal y Criminología*. N° 7, 2001, p. 95 y ss.

<sup>48</sup> Sentencia de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*. En: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, p. 518.

<sup>49</sup> Se refiere al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Así, muchas leyes sirven, por las fuerzas de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica”.

Hoy también se presentan interrogantes desde la *vertiente material* del principio de legalidad, es decir, en cuanto al mandato de determinación —principio de taxatividad—. En términos muy esenciales dicho mandato apunta a que las conductas y sus penas se encuentren suficientemente precisas como para brindar seguridad al ciudadano de conocer qué es lo que incrimina y cuál es su consecuencia —exigencia de tipicidad—<sup>50</sup>.

No obstante tratarse de una exigencia mínima de garantía de seguridad para el ciudadano es posible apreciar en ciertas esferas la presencia de tipos penales que pondrían en entredicho tal pretensión. Suele citarse como campo paradigmático de esta “mayor imprecisión” el *Derecho penal económico*. Que así suceda, en todo caso, no debe extrañar, pues el dinamismo con que actúan los agentes económicos, de alguna manera exige al legislador una suerte de mayor flexibilidad al momento de precisar los tipos penales, único camino que permitiría incriminar ciertos comportamientos. A ello debe unirse, el recurso de la técnica legislativa —no sólo en el Derecho penal económico— de las leyes penales en blanco, que implica, en algunos casos, recurrir para complementar la norma penal, a disposiciones de otros sectores e incluso, a normas de rango inferior a la ley<sup>51</sup>. Sin entrar a discutir las implicancias de esta técnica, no se puede negar que su demanda obedece a necesidades de orden político criminal, que se modifican constantemente, más aún en un mundo globalizado que es particularmente complejo<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 254: “El mandato de determinación tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una “*lex certa*”. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la “*lex stricta*”. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribía todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas”; SÜß, Frank. “El trato actual del mandato de determinación”. Traducido por FELIP, David. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 223 y ss.; FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 3° ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1995, p. 70-73; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 187-190; COBO/VIVES, *Derecho penal*, p. 71.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 120 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*. Lima: Ara editores, 2003, p. 147 y ss.

<sup>52</sup> MERA, *Derechos humanos*, p. 70 y ss.; FELLER SCHLEYER, Claudio. “Orientaciones básicas del Derecho penal en un Estado democrático de Derecho”. *Revista de Ciencias Penales*. T. XL, 1993, p. 39.

En general, pretender exigir que todo hecho sea subsumido por la ley, es decir, taxatividad absoluta, paralizaría el sistema penal, pues muchos conflictos penales no podrían ser abarcados, lo que terminaría por afectar la función preventiva que está llamado a cumplir. Por ello, que a un Derecho penal respetuoso de las garantías sólo podría exigírsele que sea lo suficientemente determinado como para comunicar al ciudadano qué es lo que castiga y limitar al juez el marco de su decisión, evitando así, la arbitrariedad judicial, ya que, en definitiva, es el juez el llamado a “precisar” la norma. Como afirma Hassemer, si bien el postulado de la *lex certa* conforma la clásica expresión de un sistema jurídico orientado *input*, por el cual se pretende abarcar y controlar la realidad a través del lenguaje. Si llega a producirse una reconversión hacia una orientación *output*, esto es, que el legislador considere cuáles son las consecuencias de sus actos y valore los efectos empíricos de éstos, la exigencia de *lex certa* se vería seriamente amenazada, pues impondría al legislador que adopte una postura antes de que pueda valorar las consecuencias de su decisión normativa. Según Hassemer, se debe buscar un equilibrio entre flexibilidad y precisión y para ello, *el legislador debe contar con la lealtad de la jurisprudencia a fin de que ésta le otorgue a la norma la dirección querida por el legislador*. Mediante el *método ejemplificativo* se procura evitar los excesos de la precisión, ya que el juez contaría con ejemplos del que puede deducir un caso. Por otro lado, impide los defectos de la flexibilidad, formulando los elementos de un modo preciso, vinculándolos a consecuencias jurídicas descritas con precisión<sup>53</sup>.

Conforme a lo señalado precedentemente, una menor taxatividad, no implica un Derecho penal de menor exigencia garantista. Por el contrario, partiendo de la premisa acerca de la imposibilidad de que la ley lo “comprenda todo”, son, tanto los tribunales como la ciencia los que deben cumplir una importante función *de desarrollo* de Derecho. Para ello, es esencial una *jurisprudencia motivada y profunda* conforme a una interpretación teleológica, y construcciones dogmáticas bien asentadas, que aporten una necesaria seguridad jurídica<sup>54</sup>.

En este orden de ideas se dirige la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 2007, que se pronunció sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 434 del Código penal<sup>55</sup>. Según los requirentes esta

---

<sup>53</sup> HASSEMER, *Fundamentos*, p. 314-319.

<sup>54</sup> BALDÓ LAVILLA, Francisco. “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed). *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 357 y ss., p. 369, p. 371-372

<sup>55</sup> Sentencia de 30 de marzo de 2007. Rol N° 549. En: [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado el 26 de Febrero de 2008). (La cursiva es mía). En la sentencia se alude a conceptos que forman parte del lenguaje común. Pues bien, en Alemania Bottke se refiere a la “utilización crítica del lenguaje cotidiano” (*methodik kritischer alltags-*



norma es incompatible con la exigencia del artículo 19 N° 3 de la Constitución, pues su tenor es vago, genérico, impreciso, ambiguo, y no contiene la descripción de la conducta concreta. Además, señalan que el tenor del artículo 434 no describe expresamente ninguna conducta, puesto que el concepto “actos de piratería” no lo hace. El Tribunal rechaza el requerimiento y afirma: “Décimo segundo: Que la disposición cuestionada sanciona expresamente “actos”, descartando la punición de un estado o condición. Tales actos son de piratería, por lo que se concentra en este término el quid del problema. El precepto a que nos referimos no deriva la descripción de la conducta inculpada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto. La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sancionase cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. *Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal.* En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° 89, de 12 de marzo de 1993, ha precisado lo siguiente: “Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento, una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta

---

*sprachnützung*) como un medio idóneo para resolver los problemas que son sometidos a la consideración de la dogmática penal. El lenguaje cotidiano contiene una sabiduría que tiene relevancia penal y que permitiría acceder a la comprensión del derecho. Es preciso, según Bottke, acudir al lenguaje común —al análisis del sentido común— que se presenta como un recurso crítico para el sometimiento jurídico de los ciudadanos. BOTTKE, Wilfried. “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea”. Traducido por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 310 y ss. Para mayor detalle, BOTTKE, Wilfried. *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992.

de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad justificante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones”. Décimo tercero: Que la descripción típica del acto de piratería puede ser aprehendida mediante los métodos de interpretación que corresponde al juez de la causa utilizar, particularmente si la sanción criminal se relaciona con un bien jurídicamente protegido en forma explícita en el Código Penal (Título IX. Crímenes y simples delitos contra la propiedad; párrafo 2. Del robo con violencia e intimidación en las personas). A su vez, el término piratería tiene pleno arraigo en la cultura jurídica universal; en especial, en su acepción básica de “abordaje de barcos en el mar para robar”, es de comprensión común”.

Precisamente, la exigencia de fundamentación de las sentencias a que se hace referencia se vincula con el segundo principio a examinar, a saber, el del debido proceso —*nulla poena sine iudicio*—. En efecto, la exigencia de motivación debe comprenderse dentro de la garantía constitucional del debido proceso, pues toda sentencia judicial es expresión indiscutible del ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>56</sup>. Es por ello que toda sentencia sólo puede legitimarse en la medida en que se hayan respetado las garantías fundamentales, reconocidas tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales<sup>57</sup>. Por tanto, que el Código Procesal Penal haya establecido como exigencia la fundamentación de la sentencia —Art. 342 letra c): *exposición clara, lógica y completa*— autoriza, en caso de omisión de tales presupuestos, su anulación, pues no se cumplen las expectativas impuestas por el legislador, ya que la motivación dota a la sentencia de legitimidad, tanto para los justiciables como para la sociedad<sup>58</sup>.

En términos generales, puede decirse que toda persona tiene derecho a que su causa sea conducida de manera justa —*fair trial* anglosajón—, y para ello se debe garantizar a todo ciudadano imputado de un delito de los medios necesarios como para que pueda defenderse en condiciones de relativa igualdad frente al Estado, que de por sí ya está en posición de superioridad<sup>59</sup>. En efecto, si se examinan las diversas garantías dispuestas frente a la persecución penal y del procedimiento éstas apuntan a resguardar al imputado frente al enorme poder que

---

<sup>56</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “Acerca de la valoración de la prueba y la fundamentación. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema que acoge Recurso de Nulidad”. *Boletín Centro de Estudios del Derecho, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo*, N° 5, enero 2004, p. 3.

<sup>57</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2001, considerando sexto. Rol N° 1660-01.

<sup>58</sup> Así lo manifiesta, BOFILL GEENZCH, Jorge. “Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2001”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002, p. 183.

<sup>59</sup> ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 80.

tiene aquél cuando ejerce el *ius puniendi*<sup>60</sup>. Todas estas garantías, que pueden comprenderse dentro de la noción del debido proceso, se dirigen fundamentalmente a que el Estado pueda imponer *legítimamente* una pena<sup>61</sup>.

### 3. Las nuevas orientaciones de orden político-criminal. Cuestionamientos al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal

En las primeras páginas de este trabajo se indicó que una particularidades de las llamadas sociedades postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo, lo que ha conducido a una suerte de cuestionamiento de aquellos principios de corte garantístico a los que se ha hecho alusión, a saber, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *ultima ratio* sino que, derechamente, el Derecho penal es *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuán eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal<sup>62</sup>.

Sin pretender ser exhaustivo, se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento en el intervencionismo penal, ya sea a través de agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal<sup>63</sup>. Evolución, que comienza

---

<sup>60</sup> Precisamente, esta clase de consideraciones son las que permiten aseverar que el Ministerio Público no puede interponer recursos de nulidad fundados en el Art. 373 a) del Código Procesal Penal, esto es, sobre la base de infracción de derechos y garantías, por cuanto éstas se disponen a favor del perseguido por la acción penal y no del persecutor. Como señalan HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 410: “tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no a favor del Estado”. En p. 404 a 409 examinan diversos fallos de la Corte Suprema sobre la materia.

<sup>61</sup> El principio del debido proceso que puede fundamentarse en el Art. 19 N° 3 inc. 5 de la Constitución, Art. 1 del Código Procesal Penal, así como en tratados internacionales —entre otros, Convención Americana de Derechos Humanos—, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en el marco del sistema interamericano. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago: Librotecnia, 2007, *passim*; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2005*. Santiago, 2005; HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal*, T. I, p. 67-71; BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, *passim*.

<sup>62</sup> Empleando el título de la obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2° ed. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>63</sup> ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 4° ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 25-27; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 44 y ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis. “El Derecho penal en la intervención de la política populista”. Traducido por ROBLES, Ricardo. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES

a apreciarse ya de manera notoria en los años ochenta<sup>64</sup>, cuando puede observarse un mayor acento en políticas asegurativas —prevención general asegurativa— y que estaría dando lugar a una especie de oscurantismo a diversas garantías, ya sean formales —principio de legalidad— o materiales —así, la proporcionalidad, culpabilidad—. En definitiva, se aprecia una tendencia de “huida *al* Derecho penal”, a diferencia de lo ocurrido en la década del sesenta<sup>65</sup>.

La pregunta es ¿por qué ha ocurrido aquello? Si bien existen diversas razones que permitirían fundamentar tal *huida* —no todas ellas vinculadas directamente—, sí puede afirmarse que responden a un fenómeno común: el énfasis en el valor “seguridad”<sup>66</sup>.

No obstante existir cierto consenso en cuanto a dicha aseveración, también surge la pregunta, ¿deben rechazarse *per se* estas manifestaciones de expansión? Soy del parecer que no. Ahora bien, es indudable que debe tenerse en consideración y valorarse cuán eficiente puede ser el Derecho penal en nuevas áreas, es decir, precisar si responden a necesidades sociales. Por

---

DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 471 y ss.; HASSEMER, Winfried. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”. Traducido por LARRAURI, Elena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 235 y ss;

<sup>64</sup> Así lo pone de manifiesto, aunque situando dicho cambio a partir de 1975, ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Traducido por GÓMEZ, Carmen/GARCÍA, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25 y ss.

<sup>65</sup> ROXIN, *La evolución*, p. 20 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”. *Actualidad penal*, 1996-1, p. 247-251. indica que la década del sesenta vino marcada en el plano de la ideología jurídico-penal por dos frases emblemáticas: “adiós a Kant y Hegel” y “retorno a Von Liszt”, expresando el abandono de las tesis retributivas que le otorgaban al Derecho penal una función ético-social, generando procesos de despenalización y énfasis en las posturas preventivo especiales.

<sup>66</sup> ROXIN, *Derecho Penal*, p. 60-62; BARATTA, “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”. *Nueva Doctrina Penal*, 1999/B, p. 402-405; 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, p. 1-37 [<http://criminnet.ugr.es/recpc/> consultado el 5 de marzo de 2008]; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”. En: FARALDO CABANA, Patricia (Dir). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 15 y ss.; BERGALLI, Roberto. “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”. En: LOSANO, Mario/MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 59 y ss. En América Latina, especialmente, algunos sostienen que ha habido un cambio en el discurso, de la seguridad nacional a la seguridad ciudadana, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 18; GUZMÁN DALBORA, José Luis. “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”. *Gaceta Jurídica*. N° 265, 2002, p. 7 y ss.

de pronto, hoy parece difícil de sostener que atentados contra el medio ambiente<sup>67</sup> o en general, delitos de peligro común puedan quedar fuera del Derecho penal por no responder a los criterios propios del llamado *Derecho penal clásico*, al que tanto se alude por la *Escuela de Frankfurt*<sup>68</sup>.

Las sociedades actuales son particularmente complejas, por ello se llega a hablar de *sociedad de riesgos* como veremos *infra*. Precisamente, la posible ocurrencia de tales riesgos ha determinado la generación de tipos penales que suponen adelantar la barrera punitiva a casos donde no puede apreciarse una víctima o esta se torna difusa —delitos de peligro abstracto—<sup>69</sup>.

Es cierto que el Derecho penal debe hacer frente a tales peligros, pero también se corre el riesgo de que dicha barrera protectora se adelante de tal manera que termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria, como puede ser el Derecho administrativo sancionador. Es preciso pues, tener cuidado ante la creciente tendencia de incriminar los llamados *delitos de víctima difusa*, ya que ponen de manifiesto más bien objetivos de organización política, económica y social, y sólo de forma lejana se afecta al individuo<sup>70</sup>. Es pues, tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante. Es decir, el camino incorrecto sería desconocer, sin más, estas tendencias. Por el contrario, su deber es enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización. Lo que no puede hacer la ciencia penal

---

<sup>67</sup> Fuertemente crítico hacia un Derecho penal del medioambiente, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente”. Traducido por IÑIGO, Elena/PASTOR, Nuria/RAGUÉS, Ramón. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 507 y ss.

<sup>68</sup> Rechazando algunos de sus postulados, SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; ROXIN, *La evolución*, p. 90-94; MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. “Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”. Traducido por CARNEVALI, Raúl. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*. N° 8, 2001, p. 231 y ss.; FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”. *Política Criminal*. N° 1, 2006. A5, p. 1-30 [http://www.politicacriminal.cl, consultado el 28 de febrero de 2008] expone acerca del carácter discriminatorio del sistema penal chileno de corte liberal; a favor de una expansión del Derecho penal y crítico a posturas comprendidas dentro del Derecho penal liberal, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 127 y ss.

<sup>69</sup> POZUELO PÉREZ, Laura. “De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coor.). *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 110-113.

<sup>70</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 291.

es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención<sup>71</sup>.

### 3. 1. Nuevos riesgos

Es un lugar común hablar hoy de la “sociedad del riesgo”<sup>72</sup>. Se suele afirmar para explicar su configuración, que si bien tenemos un mejor estándar de vida nos vemos expuestos a riesgos, que, en su mayoría, *resulta difícil controlar sus cursos causales* —así, energía nuclear, productos defectuosos y en general, todos aquellos riesgos que provienen de las nuevas tecnologías—<sup>73</sup>. Ello, por cierto, influye para que el valor *seguridad* adquiera una particular relevancia dentro del actual contexto social, exigiéndose al Estado que procure adoptar medidas que minimicen dichos riesgos, entre ellas, las penales<sup>74</sup>. La cuestión es, sin embargo, como lo destaca Roxin<sup>75</sup>, hasta dónde puede el Derecho penal hacer frente a tales riesgos, con sus instrumentos liberales y ajustados al Estado de Derecho, dentro del que se comprende la noción del bien jurídico. En efecto, los bienes jurídicos involucrados en esta esfera tienen un carácter supraindividual, con lo cual se plantea el problema de precisar cuándo un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo o supraindividual. Justamente aquí surge la tesis de los delitos de acumulación<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> SCHÜNNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 54, destaca que en Alemania la ciencia penal muchas veces se enfrasca en discusiones estériles y sin mayor relevancia, perdiendo así la oportunidad de influir en la praxis; MUÑOZ CONDE, Francisco. “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”. *Revista Penal*. N° 5, 2000, p. 45, destaca que la dogmática la mayoría de las veces está alejada de la praxis y orientada al interior del sistema; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas, 2004, p. 91 y ss. resalta el desinterés de los gobernantes españoles por conocer las peticiones de la doctrina.

<sup>72</sup> Fundamental el trabajo de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traducido por NAVARRO, Jorge/JIMÉNEZ, Daniel/BORRÁS, María Rosa. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>73</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 26-28.

<sup>74</sup> PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y Derecho penal”. Traducido por NIETO, Adán/DEMETRIO, Eduardo. En: DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al* (Dir.). *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 245; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 4, 2003, p. 111 y ss.

<sup>75</sup> ROXIN, *Derecho Penal*, p. 61.

<sup>76</sup> KUHLEN, Lothar. “Unweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (105) 1993, p. 697 y ss.; manifestando algunas críticas a esta construcción, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 131 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La protección del futuro y los daños cumulativos”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 11, 2005, p. 151 y ss.; HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Traducido por SALAZAR, Eduardo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 04-14, 2002, p. 1-13 [<http://criminet.ugr.es/recpc/> consultado el 5 de marzo de 2008].

—*Kumulationsdelikte*— para la cual el delito se configura cuando por una repetición de actos aislados, aun cuando sean inocuos, en su conjunto sí pueden afectar al bien, en la medida en que esta *generalización de actos supone un serio riesgo de afectación del funcionamiento del sistema*<sup>77</sup>.

El peligro que representan categorías como las expuestas es que infringirían el principio de culpabilidad, pues para poder imputar se deben comprender otras contribuciones, las que son ajenas al hecho del autor. Asimismo, se trata de estructuras que se construyen sobre presupuestos similares al Derecho administrativo sancionador, que por esencia es un derecho de daño acumulativo<sup>78</sup>, es decir, el injusto se configura por la repetición de actos —efecto sumativo—, pues, lo que persigue son objetivos de organización, en que lo esencial es el peligro que para el funcionamiento de un sistema puede tener la repetición de actos<sup>79</sup>. Lo determinante no es pues, el grado de lesividad de la conducta individual —sí Derecho penal— sino su acumulación y generalización. Lo expuesto pone en evidencia entonces, la propensión a una especie de “administrativización” del Derecho penal, pues se comprenden en esta esfera los mismos fundamentos de imputación que son propios del Derecho administrativo sancionador<sup>80</sup>.

### 3. 2. Mayor protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales

Otra de las características de la sociedad actual y que también ha motivado un fenómeno expansivo, es la creciente presencia de la víctima en la solución del conflicto, fundamentalmente, por la mayor identificación de ésta con la sociedad<sup>81</sup>. Lo anterior pone de manifiesto un cambio de paradigma dentro de la sociedad.

Mientras en los años sesenta primaba la idea de la corresponsabilidad social en la generación de la delincuencia, hoy, de la mano, tanto de la desconfianza en el fin resocializador

---

<sup>77</sup> Crítico, KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”. Traducido por MOLINA, Fernando. En: VVAA, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, p. 446.

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 126.

<sup>79</sup> Criterios de distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo, CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos individuales”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N° 1, 2000, p. 147-150.

<sup>80</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 19, 2007, p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 121 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 165.

<sup>81</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 52 y ss.; GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Traducido por ESCRIVÁ, Manuel. Barcelona: Flor del Viento ediciones, 1997, p. 96 y ss.

de la pena como de la consolidación de la ética de la responsabilidad personal, la colectividad presta toda su atención e identificación, cuando está frente a un conflicto penal, a la situación de la víctima, “dirigiendo” toda la responsabilidad en el autor del delito, sobre el cual debe recaer el rigor de la pena<sup>82</sup>. Esta clase de consideraciones ha hecho que, de una u otra forma, el sistema penal tienda a ser más riguroso y menos flexible.

Otra interesante manifestación de nuestra actual configuración social, es la cada vez más importante intervención de los llamados *gestores de la moral colectiva*<sup>83</sup>. Entre los que pueden comprenderse, los grupos medioambientalistas, feministas, homosexuales, antidiscriminación, entre otros. Cabe señalar, que las manifestaciones de estos grupos de presión también se vinculan, pues no se está frente a compartimentos estancos, con la tendencia, expuesta precedentemente, de mayor identificación con la víctima<sup>84</sup>. Lo curioso es, sin embargo, que a estos grupos en el pasado se los relacionaba con movimientos despenalizadores, o cercanos a la Criminología crítica, tradicionalmente ligados a la izquierda política, que asociaban el recurso punitivo con los sectores más conservadores de la sociedad<sup>85</sup>. En cambio, hoy son fuertes impulsores de políticas de criminalización o de endurecimiento de las penas, cuyas ideas se difunden con mayor rapidez gracias a las facilidades tecnológicas<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> GARAPON, *Juez*, p. 105: “Durante los Treinta Gloriosos, es decir desde los cincuenta a los ochenta, la sociedad volvía hacia sí la responsabilidad de la delincuencia, como lo testimonia el título del conocido film, *Todos somos asesinos*. Al menor delincuente se le consideraba mayoritariamente un inadaptado al que había que educar, como alguien que se había perdido en el crecimiento. Hoy, a la inversa, la delincuencia se ve en términos de responsabilidad personal. Está lectura en términos más jurídicos que políticos corresponde a una menor tolerancia”; GARLAND, David. *La cultura del control*. Traducido por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 143 y ss. También debe considerarse que a partir de los años sesenta, comienzan a gestarse los movimientos dirigidos a brindarle una mayor participación a la víctima en el conflicto penal, CARNEVALI, *Las políticas de orientación*, p. 28-30.

<sup>83</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 66-69; POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/MORILLAS CUEVA, Lorenzo *et al.* (Coor.). *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 723 y ss.

<sup>84</sup> Movimientos sociales como aquellos dirigidos a lograr un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres o de los menores. DÍAZ GUDE, Alejandra. “La influencia del ‘movimiento pro víctimas’ en la justicia restaurativa”. *Crea, Universidad Católica de Temuco*, N° 4, 2004, p. 199 y ss.

<sup>85</sup> POLAINO, “La controvertida legitimación”, p. 724.

<sup>86</sup> Los medios de comunicación se han constituido también en un factor importante en la generación de sensaciones de inseguridad, dada la particular *dramatización* con que se exhiben las noticias. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007, p. 65 y ss.; CERVINI, Raúl. “Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*. T. XL, 1992, p. 5 y ss.; ALBRECHT, “El Derecho penal”, p. 480-481; GARAPON, *Juez*, p. 110-111.



Un ejemplo de cómo a veces las presiones sociales lideradas por determinados grupos, pueden dar lugar a decisiones político criminales discutibles, tiene lugar en materia de Violencia de género<sup>87</sup>. Sin dejar de afirmar la relevancia del tema, que ha motivado por lo demás, que se dicten importantes cuerpos normativos<sup>88</sup>, la cuestión es, cuán necesarias son varias de estas disposiciones, pues es evidente el riesgo que supone tratar fenómenos de esta naturaleza con leyes penales. Los casos que se subsumen en esta esfera, propia de la violencia de género, tienen una especial complejidad como para pretender tratarlas sólo con leyes sancionatorias, más si éstas son penales. No sólo porque una política contra la violencia de género demanda la adopción de medidas que se dirijan a un cambio de valores en la sociedad, sino porque muchas veces los sujetos involucrados en el conflicto, y en particular las víctimas, no desean sólo una solución punitiva, sino también que se apliquen efectivas medidas de rehabilitación. Por otra parte, se presenta el riesgo que el Derecho penal asuma funciones eminentemente simbólicas, con escasa repercusión, al atribuírsele propósitos de pedagogía social, que no le corresponden de manera exclusiva<sup>89</sup>. Asimismo, puede generar importantes repercusiones de desaprobación, al valorar la sociedad que no está cumpliendo su propósito preventivo.

---

<sup>87</sup> POLAINO, “La controvertida legitimación”, p. 726 y ss.

<sup>88</sup> Así, en España la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. Conjunto de normas que ha generado importantes discusiones, muchas de ellas con un marcado tono crítico. FARALDO CABANA, Patricia. “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”. *Revista Penal*. N° 17, 2006, p. 72 y ss.; BOLEA BARDÓN, Carolina. “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 09-02, 2007, p. 1-26 [<http://criminnet.ugr.es/recpe/> consultado el 5 de marzo de 2008]; MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 08-02, 2006, p. 1-13 [<http://criminnet.ugr.es/recpe/> consultado el 5 de marzo de 2008]. En Chile se han presentado diversos proyectos de ley, entre otros, Boletín N° 4937-18 para sancionar el femicidio; Boletines N° 5200 y 4886-07 para modificar la ley de violencia intrafamiliar. CASAS BECERRA, Lidia/MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. *Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones*. Santiago: Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, N° 16, 2004; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *La defensa de casos de violencia intrafamiliar*. Santiago, 2007.

<sup>89</sup> HERZOG, Felix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. Traducido por ANARTE BORRALLA. *Revista Penal*, N° 4, 1999, p. 55: “La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social”. Alegando que se trata de políticas con un fuerte contenido populista, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)”. *Jueces por la democracia*. N° 58, 2007, p. 43 y ss. Sobre el panorama en Chile, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “El Derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”. *Persona y sociedad*. Vol. XVIII, N° 2, 2004, p. 227 y ss.

### 3. 3. Derecho penal de la peligrosidad

Otra manifestación de mayor punitivismo en nuestra sociedad, discutiéndose su real necesidad dados los eventuales riesgos de mayor intervencionismo, guarda relación con los imputables peligrosos y la adopción de medidas inocuizadoras<sup>90</sup>.

Éste es, probablemente, el tema que mayores discusiones está generando dentro de la doctrina: el Derecho penal de la peligrosidad.

Como destaca Silva Sánchez: “El nada sospechoso profesor alemán *Winfried Hassemer* ha advertido que tenemos un problema y que si las teorías críticas y liberales del Derecho penal no lo han percibido es porque partían de la estrategia de eliminar el pensamiento asegurativo del Derecho penal. Esta estrategia es ya anacrónica. Por tanto, y de nuevo con *Hassemer*, es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una “ultima ratio” y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida, del trabajo académico”<sup>91</sup>.

Precisamente, la discusión acerca de la inseguridad ciudadana, la criminalidad reiterada, en la que participan *multireincidentes*, ha generado especial intranquilidad a la ciudadanía, independientemente de si tal preocupación descansa o no en un sustento empírico. ¿Qué hacer con aquellos sujetos que siendo imputables y encontrándose cumpliendo una condena, existe el riesgo de que vuelvan a delinquir una vez cumplida ésta? ¿Debe la sociedad asumir ese riesgo o es lícito que adopte medidas al respecto? Son preguntas que generan particular temor. Para la sociedad es difícil de admitir que la respuesta penal sólo puede medirse sobre la base de la culpabilidad por el hecho y que debe asumir los riesgos que puede representar un sujeto peligroso que ha cumplido su pena. Para el conjunto social constituye un momento

---

<sup>90</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 163 y ss.; EL MISMO, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*. N° 8, 2001, p. 177 y ss.; BRANDARIZ *Política criminal*, p. 92 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel. “El tratamiento del delincuente habitual”. *Política Criminal*. n° 4. A3, 2007, p.1-16, p. 7 y ss. [<http://www.politicacriminal.cl>, consultado el 3 de marzo de 2008]; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Medidas de seguridad ‘inocuizadoras’ para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre la discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad”. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. N° 2, 2001, p. 480 y ss.

<sup>91</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Editorial “Peligrosidad”. *InDret*, 4/2007. [<http://www.indret.com> consultado el 29 de febrero de 2008] (cursiva en el original).

particularmente relevante el reingreso del condenado a la vida social, sobre todo, si ha cometido un delito particularmente grave<sup>92</sup>.

En todo caso, no estamos frente a temas nuevos, pues ya en su momento los positivistas de fines del siglo XIX y principios del XX pusieron el acento en la peligrosidad<sup>93</sup>.

No cabe duda de que se está frente a un tema especialmente sensible para la doctrina, sobre todo, desde que Jakobs introdujo en la discusión la noción del *Derecho penal del enemigo*<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, p. 186-187.

<sup>93</sup> En los últimos treinta años del siglo XIX irrumpió con fuerza en Italia —Lombroso, Ferri, Garofalo— y Alemania —entre otros, Von Liszt, con matices distintos Merkel— la llamada *Escuela positiva* que cuestionaba cómo se comprendía el delito hasta ese entonces. Se sostenía, con matices en algunos casos, que quien delinquía era un sujeto peligroso socialmente —conforme a cierta escala tipológica— y era válido emplear determinados instrumentos para neutralizarlo. Llegándose a plantear la transformación del Derecho penal en un instrumento de “profilaxis social”. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. XXV.

<sup>94</sup> En JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. Traducido por PEÑARANDA, Enrique. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293 y ss. comienza a tratar el tema, en donde traza la distinción con el ciudadano. En p. 98 señala que mientras el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad, el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos. Esencialmente, cuando se habla de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), se caracteriza por adelantar la intervención penal, disminuyendo la proporcionalidad entre el hecho y la pena. Asimismo, se reducen las garantías procesales, por cuanto el autor no garantiza la mínima seguridad cognitiva sobre su comportamiento, al haber abandonado definitivamente el Derecho; EL MISMO. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. Traducido por MANSO, Teresa. En: ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (coord versión alemana); MUÑOZ CONDE (coord. versión española). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 58 y ss.; JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, *passim*. Dado que son numerosos los trabajos que se han escrito sobre el tema, podemos citar, sin pretender ser exhaustivos, CANCIO MELIÁ/Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. 2 tomos. Buenos Aires-Montevideo: Edisofer, IB de F, 2006; GRACIA MARTÍN, Luis. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 89 y ss., p. 117 y ss., quien hace ver que no se trata de un concepto nuevo. Por el contrario, ya se puede encontrar en la sofística griega; MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006; VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Política Criminal*. n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [http://www.politicacriminal.cl consultado el 3 de marzo de 2008]; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 163-167, quien expone sobre un Derecho penal de tercera velocidad; BRANDARIZ *Política criminal*, p.199 y ss.; examinando la realidad política colombiana, APONTE, Alejandro D. “Derecho penal de enemigo vs Derecho penal del ciudadano. El Derecho Penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*. N° 8, 2001, p. 251 y ss.; el caso italiano, RESTA, Federica. “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”. *L'indice penale*. N° 1, 2006, p. 181 y ss.

Pero creo, compartiendo la postura de Feijoo, que mucho se ganaría en el debate si ésta se reconduce desde el nuevo y difuso concepto de enemigo, que tanta discrepancia genera —en no pocos casos fundados sólo en prejuicios ideológicos—, hacia un tema más viejo y conocido por todos, cómo es: qué hacer con aquellos ciudadanos culpables, que son peligrosos<sup>95</sup>.

Al respecto, existen dos posturas antagónicas: por un lado, la de quienes abogan por un Derecho penal, de apego irrestricto a los principios fundamentales que limitan el *ius puniendi* —Derecho penal mínimo de corte liberal— y por tanto, todos aquellos modelos que van más allá de la culpabilidad son ilegítimos<sup>96</sup> y, por otro lado, la de quienes consideran que existen ciertas realidades que deben ser enfrentadas, queramos o no, y que se comprenden dentro del Derecho de las medidas de seguridad<sup>97</sup>.

Quizás el concepto mismo de peligrosidad y medidas tendientes a su neutralización, no ayuda, pues, de alguna forma evoca a concepciones autoritarias de la sociedad o a las persecuciones durante las dictaduras —concepción de la seguridad nacional—, en donde la disidencia era tratada como enemigo interno. Empero, la cuestión es, y allí se plantea el desafío,

---

<sup>95</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”. *Revista de Derecho penal contemporáneo*. N° 16, 2006, p. 156-157.

<sup>96</sup> Aquí podría comprenderse la Teoría del garantismo expuesta por FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto *et al.*, Madrid: Trotta, 1995. En términos generales, se parte de la premisa que del poder debe esperarse un uso abusivo, por lo que resulta esencial imponer límites, a través de un sistema de garantías y vincular al poder con la protección de derechos. Con ello, el garantismo se opone a toda manifestación de decisionismo, pues se exige el apego irrestricto al principio de legalidad. Un estudio del pensamiento jurídico de Ferrajoli, CARBONELL, Miguel/SALAZAR, Pedro (Ed.). *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>97</sup> FEIJOÓ, “El derecho penal”, p. 135: “Una vez aireadas ciertas cuestiones ya no es posible esconder la cabeza bajo tierra como los avestruces, o mirar para otro lado. Se trata de retos a los que antes o después la ciencia del derecho del siglo XXI tiene que hacer frente. Tenemos, por tanto, que analizar qué puede aportar al final —a pesar del rechazo— la idea del derecho penal del enemigo. Por otro lado, si dogmáticamente podemos definir las características de lo que podemos denominar derecho penal del enemigo e identificarlo, ello nos puede servir para deslegitimar apartados concretos del ordenamiento vigente; es decir, se trata de un instrumento más para deslindar los modelos legítimos de los modelos ilegítimos de derecho penal —no más difuso que las referencias al derecho penal simbólico o al derecho penal del riesgo—”. Más adelante, p. 176, señala que la aparición de sanciones de carácter inocuidador no es *per se* incompatible con el Estado democrático de Derecho; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”. *Revista Penal*. N° 17, 2006, p. 142 y ss. Crítico a que las medidas de seguridad se determinen proporcionalmente conforme a la gravedad del delito y no sobre la base de la peligrosidad, CERESO MIR, *Curso*, T. I, p. 37-38. Sobre la necesidad del reconocimiento constitucional de la peligrosidad y las medidas de seguridad, FALCONE SALAS, Diego. “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXIX, semestre II, 2007, p. 235 y ss.

cuán válidas pueden ser consideraciones de esta naturaleza en un régimen democrático, cuya estructura central radica en valores como la tolerancia y la libertad. Es decir, cuán legítimas pueden ser medidas que se dirijan a controlar a un individuo, incluso después de cumplida su pena. Y es que, no me cabe la menor duda de que autores como Jakobs o Silva Sánchez cuando exponen acerca de un derecho penal de la tercera velocidad o un derecho penal de la seguridad, no lo hacen pensando que éste sólo puede aplicarse en regímenes totalitarios. Por el contrario, lo que se preguntan es bajo qué circunstancias se puede *justificar* dentro de un Estado de Derecho<sup>98</sup>.

Debe tenerse en consideración, que estos temas ya están insertos en la política criminal norteamericana y lo están siendo en la europea<sup>99</sup>. En los Estados Unidos, políticas de esta naturaleza obedecen esencialmente a que el enfoque científico, ya no se centra en descripciones clínicas de sujetos, sino más bien en cálculos de probabilidades, estadísticamente fundados. Se trabaja sobre la pregunta: *Cuánto riesgo como sociedad estamos dispuestos a tolerar y cómo debe ser la intervención penal para controlar ciertos riesgos*. Qué intensidad es la necesaria para manejar los riesgos. De manera que también la neutralización puede comprender, no sólo

---

<sup>98</sup> Para apreciar que la idea de peligrosidad está, y desde hace tiempo, inserta en la esfera política, basta tener en consideración el mensaje de la Presidenta de la República en el proyecto de ley que modifica el Código penal y el Código procesal penal en materia de seguridad ciudadana (Boletín 4321-07): “Por ello, el Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Justicia, analizaron la forma en que las normas del nuevo proceso penal están siendo aplicadas, con el objeto de detectar aquellas situaciones que permitan que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o la recuperen fácilmente, y propongan aquellas modificaciones legales que den solución a esas falencias”. Más adelante: “Una de las principales causas de la sensación de inseguridad se encuentra en el hecho de que un porcentaje importante de los delincuentes que cometen delitos graves son reincidentes en los mismos hechos. Por ello, el presente proyecto de ley busca sancionar de manera más enérgica aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada”.

<sup>99</sup> OTTAVIANO, Santiago. “‘Selective incapacitation’. El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo”. *Prudentia Iuris*. N° 49, 1999, p. 137 y ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”. *InDret*, 4/2007. [http://www.indret.com consultado el 3 de marzo de 2008], examina, entre otras medidas, la castración química, las custodias de seguridad alemanas, las sentencias indeterminadas inglesas; DRESSLER, Joshua. *Cases and materials on Criminal Law*. 3° ed. St. Paul, MN: Thomson, 2003, p. 616-617. Sobre la castración química en los Estados Unidos, MURRAY John S. “California’s Chemical Castration Law: A Model for Massachusetts?”. *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*. Summer, 1998 (Lexisnexis Academic, 30 h.); FLACK, Courtney. “Chemical castration: an effective treatment for the sexually motivated pedophile or an impotent alternative to traditional incarceration?” *The Journal of Law in Society*. Fall, 2005 (Lexisnexis Academic, 25 h.); SPALDING, Larry Helm. “Florida’s 1997 chemical castration law: a return to the dark ages”. *Florida State University Law Review*. Winter, 1998 (Lexisnexis Academic, 26 h.).

el encierro, sino también la vigilancia electrónica, libertad vigilada e, incluso, la participación en entrenamientos militares<sup>100</sup>.

Con respecto a los delitos sexuales violentos, tanto en Estado Unidos como en Europa, se contemplan medidas que claramente se inclinan por la vía inocuizadora<sup>101</sup>. Si después de cumplida la pena se estima que mantiene su peligrosidad —pronóstico de reincidencia— se impone una medida de seguridad. En consecuencia, para aplicarse no requiere ni habitualidad ni reincidencia. Se parte de la imposición de una pena impuesta sobre la base de la culpabilidad y proporcionalidad, a la que se puede sumar medidas orientadas por principios inocuizadores.

#### 4. Eficiencia y racionalidad

Examinadas algunas de las causas que han dado lugar a un incremento punitivo —a veces irreflexivo—, y que ponen en entredicho el carácter de *ultima ratio* que se espera del instrumento penal, cabe preguntarse cómo podemos racionalizar su empleo. Conforme lo expuesto *supra*, se le ha *atribuido* a las leyes penales funciones que no le corresponden o al menos, no de manera exclusiva. Es así, que frente al descrédito de otras instancias de control social le atribuyen el rol de sostenedor de los valores éticos de la sociedad, con el riesgo cierto de confundir el contenido del Derecho penal con determinadas proposiciones valorativas. Es decir, para la sociedad éstas se sostienen y reafirman en la medida que el Derecho penal así lo exige. Convirtiéndose así, en una especie de *orientador moral*, en desmedro de otras instancias a las que sí les corresponden tales funciones<sup>102</sup>.

La cuestión no es pues, sólo destacar el papel de *ultima ratio* que le corresponde al Derecho penal, sino darle un contenido que autorice precisar cuándo su recurso es necesario, amén de legítimo. Cuándo pueden estimarse ya eficientes otros medios de solución de conflictos, como es el caso del Derecho Administrativo Sancionador<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> OTTAVIANO, ““Selective”, p. 148.

<sup>101</sup> LIEB, Roxanne/QUINSEY, Vernon/BERLINER, Lucy. “Sexual Predators and Social Policy”. *Crime and Justice*. N° 23, November, 1998, p. 43 y ss.; ROBLES, ““Sexual Predators”, p. 8 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, p. 177 y ss.

<sup>102</sup> Así ya lo expuse en “¿Es adecuada la actual política criminal? *Gaceta Jurídica*. N° 242, 2000, p. 12; Díez RIPOLLÉS, José Luis. “La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control”. En: Díez RIPOLLÉS, José Luis/PRIETO DEL PINO Ana María/SOTO NAVARRO, Susana (Ed.). *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 274; OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. “Eficiencia del Derecho penal. El caso de los delitos contra el medio ambiente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXIV, 2003, p. 383.

<sup>103</sup> En similares términos, POZUELO, “De nuevo sobre”, p. 117.

En este contexto, 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, me parece que teorías como la del bien jurídico y los fines de la pena, se dirigen en ese sentido<sup>104</sup>. En efecto, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* supone, como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa sólo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad<sup>105</sup>. La pregunta es cómo fundamentar dicho principio de manera que cumpla con su cometido limitador<sup>106</sup>. Para poder resolver cuándo se está frente a un bien jurídico protegible penalmente, es esencial tener en consideración cuestiones referidas al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*<sup>107</sup>. Tales valoraciones deben ser tenidas en consideración, si se pretende resolver cuándo se está frente aun bien jurídico penal y cómo estando frente a un bien de esta naturaleza debe ser éste protegido.

En cuanto a consideraciones de *merecimiento*, éstas hallan su basamento 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. En consecuencia, estimarse que su puesta en peligro o su afectación pueden generar especiales repercusiones de fuerte intensidad dentro del contexto social, y con ello autorizar la intervención de los instrumentos punitivos<sup>108</sup>. Ahora bien, tales consideraciones deben apreciarse atendiendo el contexto histórico-cultural en el que se manifiestan, por lo que, debido a su basamento axiológico, pueden presentarse dificultades a la hora de señalar criterios claros, lo que da lugar a una cierta imprecisión<sup>109</sup>. En

---

<sup>104</sup> Así, Díez Ripollés, “La racionalidad legislativa”, p. 288.

<sup>105</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 276, sostiene que la obtención de criterios de delimitación del objeto que debe ser protegido por el Derecho penal es decisivo, pues permite contar con un baremo político criminal que autoriza a examinar los procesos de incriminación o desincriminación; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, p. 160 y ss.; MENDOZA, *El Derecho penal*, p. 169-170; GARCÍA-PABLOS, “Sobre el principio de intervención”, p. 259.

<sup>106</sup> Crítico, HASSEMER, “Rasgos y crisis”, p. 239, señala que el principio de protección de bienes jurídicos también puede fundamentar una demanda de criminalización; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”. *Cuadernos de Política Criminal*. 1989, p. 735, destaca que la noción de bien jurídico no ha sido capaz de cumplir una función crítica, autorizando así cualquier intervención penal estatal.

<sup>107</sup> ROMANO, Mario. “«Merecimiento de pena», «necesidad de pena» y teoría del delito”. Traducido por SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed). *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 139 y ss.

<sup>108</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 287-289; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, p. 162.

<sup>109</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 289; CADOPPI, Alberto. “Il ruolo delle *Kulturnormen* nella ‘opzione penale’ con particolare riferimento agli illeciti economici”. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1989, p. 294, señala que es la “cultura” de la colectividad la que forma el concepto de bien jurídico relevante en el ámbito del Derecho penal.

lo que dice relación a la *necesidad* de pena, puede llegar a considerarse que se está frente a un bien merecedor de pena, pero que, por razones de utilidad, debe ser protegido por otros medios, con un menor contenido de lesividad que el Derecho penal, o cuando se estime que el recurso punitivo puede dar lugar a mayores consecuencias negativas<sup>110</sup>. En definitiva, aun cuando los criterios expuestos —justicia y utilidad— no se le pueden *imponer* al legislador, pues éste dispone de un espacio de libertad en sus decisiones político criminales, tampoco se puede dejar de reconocer que éstos, en la medida que respondan a un determinado horizonte jurídico, político y cultural común, sí deberían serle *exigible* o al menos vincularlo<sup>111</sup>.

Si bien es cierto, el legislador dispone de cierto arbitrio, ello no supone, claro está, arbitrariedad en sus decisiones, por cuanto éstas, como se dicho, deben enmarcarse dentro de un determinado contexto jurídico y político, que se ve plasmado en la Constitución. En este sentido, me parece esencial el control de racionalidad legislativa penal que debe ejercer el Tribunal Constitucional<sup>112</sup>, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas leyes<sup>113</sup>. 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. Si bien, se trata de una materia que va más allá de lo que se pretende a través de este trabajo, creo que el Tribunal Constitucional no puede eludir esta tarea, escudándose en el *legalismo de las mayorías*. Y es que también las sociedades democráticas a través de las mayorías han creado injustos<sup>114 115</sup>.

<sup>110</sup> HASSEMER, /MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 73; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, p. 166; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 289.

<sup>111</sup> ROXIN, *Derecho Penal*, p. 64; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 77.

<sup>112</sup> Así lo expresa, Díez Ripollés, “La racionalidad legislativa”, p. 295 y ss.; HIRSCH, Hans Joachim. “Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho”. Traducido por GUZMÁN, José Luis. En: DE FIGUEREDO DIAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio *et al* (Dir.). *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 133-134, quien considera que el desarrollo progresivo del Derecho constitucional permitirá brindarle una mayor atención al principio de *ultima ratio*.

<sup>113</sup> Art. 93 N° 7 de la Constitución de la República.

<sup>114</sup> Acerca de la discusión entre el principalismo constitucionalista y el legalismo de las mayorías, a Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2005, p. 183 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Recensión a Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2005. *Revista de Derecho penal y Criminología*. N° 16, 2005, p. 380 y ss., p. 388-390. Sobre papel que en este sentido deben desempeñar los tribunales constitucionales, NOGUEIRA, Humberto. *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur*. Santiago: Lexisnexis, 2005, p. 16 y ss.

<sup>115</sup> RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Traducido por DEL CAMPO, Aníbal. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1980, p. 127 y ss., p. 134, frente a la afirmación “la ley es la ley” señala que también existen *injustos legales* y por tanto, una ley puede ser ilegítima. Si bien la ley procura seguridad jurídica, no es el único valor que el derecho tiene que realizar, también deben concurrir la conveniencia y la justicia. Según el autor, en caso de que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal magnitud que se esté frente a una ley, expresión



El Tribunal Constitucional español en sentencia de 20 de julio de 1999, estimó inconstitucional el art. 174 bis a) del Código penal anterior al de 1995, que castigaba el delito de colaboración con banda armada por infracción del principio de proporcionalidad<sup>116</sup>. Señala: “En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados “actos de colaboración” con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar”.

Por lo anterior, no puedo compartir el razonamiento expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de junio de 2007<sup>117</sup>, por el que rechazó declarar inconstitucional la norma del proyecto modificatorio de la Ley N° 20.084, que establecía como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, argumentando, entre otras razones, que, tanto la determinación de la pena como las modalidades de cumplimiento son de competencia exclusiva del legislador (considerandos 28° y 29°). Como bien se expone en el voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic, nadie duda de tal atribución del legislador, la cuestión es cómo se materializa. En este caso en particular, resolviendo la conformidad o no de la ley que regula materias de esta clase con los derechos que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran contemplados en los tratados internacionales<sup>118</sup>.

---

de ‘derecho arbitrario’, se debe ceder ante la justicia —*Derecho suprallegal*—.

<sup>116</sup> En: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/hb.html> (consultado el 7 de marzo de 2008).

<sup>117</sup> Sentencia de 13 de junio de 2007. Rol N° 786. En: [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado el 7 de marzo de 2008)

<sup>118</sup> “DECIMO. Que, a juicio de este disidente, el precepto cuestionado no se encuentra en armonía con los derechos invocados por los requirentes, toda vez que resulta incompatible con lo preceptuado por la Convención sobre Derechos del Niño, ya que el establecimiento de la internación en régimen de encierro por a lo menos dos años,

No quisiera terminar este trabajo sin referirme, aunque brevemente, a la propuesta metodológica que constituye el *Análisis Económico del Derecho*, como instrumento de medición de eficiencia de determinados instrumentos, en este caso el punitivo. Aunque frecuentemente estudiado en el mundo anglosajón<sup>119</sup>, nuestra cultura jurídico penal ve con cierta reticencia el recurso a mecanismos que apelen a la eficiencia económica, sobre una supuesta antinomia entre eficiencia y respeto a las garantías<sup>120</sup>.

A pesar del escepticismo que en algunos genera el Análisis Económico del Derecho<sup>121</sup>, si se concuerda que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no se puede prescindir, precisamente, de instrumentos que permiten medir su eficiencia: *cómo podemos prevenir delitos con el menor costo social* —por lo demás, como se afirmó *supra*, el principio de *ultima ratio* se debe cimentar sobre consideraciones de eficiencia—<sup>122</sup>. En este sentido, si la finalidad del Derecho penal es la prevención de 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

---

pudiendo extenderse hasta por 5, claramente no es una medida que cumpla un objetivo tendiente a rehabilitar y resocializar al menor en aras de su interés superior y su desarrollo integral, y tampoco puede afirmarse que la norma cuestionada constituya un acto de cumplimiento del deber de promoción de derechos que establece el artículo 5º, más aún si la privación de libertad es establecida en la Convención como “*ultima ratio*”, lo que significa que ha de ser un mecanismo de aplicación subsidiaria sólo una vez agotadas otras vías que sean menos lesivas de los derechos y el interés superior del menor, requisito que no se vislumbra como cumplido por la disposición que se impugna, más aún si el mismo artículo 37 de la Convención expresa que “Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad”, exigencia también desatendida al establecerse un régimen de internamiento o de encierro mínimo por dos años”.

<sup>119</sup> El trabajo que marca el inicio en esta dirección es el de BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*. N° 76, 1968, p. 169 y ss.

<sup>120</sup> Así lo expresa, POZUELO, “De nuevo sobre”, p. 122.

<sup>121</sup> TITLE, Charles R. “Los desarrollos teóricos de la criminología”. Traducido por CANDIOTI, Magdalena. En: BARBERET, Rosemary/BARQUÍN, Jesús (Ed.). *Justicia Penal siglo XXI. Un selección de Criminal Justice 2000*. Granada: Comares: 2006, p. 13-16; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología*. 2º ed. Madrid: Dykinson, 2004, p. 266 y ss.; BRANDARIZ *Política criminal*, p. 89-92. Como bien expone SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 105, 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. En defensa, 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 (Ed). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, p. 321 y ss.

<sup>122</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 121-122, p. 94 quien destaca además, que las tesis utilitaristas sobre prevención desarrolladas en el siglo XVIII —así, Bentham y Beccaria— se construyeron sobre consideraciones de eficiencia; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. N° 2, 2001, p. 540.

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 cuán eficiente es con el menor costo posible<sup>123</sup>.

Ahora bien, es indudable que valoraciones de este carácter, deben tomar en cuenta el respeto a la persona y su dignidad<sup>124</sup>. 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<sup>125</sup>.

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 — toma en cuenta estos elementos como costos de oportunidad a la hora de resolver la comisión de un delito<sup>126</sup>. 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<sup>127</sup>. Es por ello, a mi modo de ver, que un sistema que enfatiza en la sanción y en su gravedad, por sobre otros mecanismos, es indicio de ineficiencia<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 121.

<sup>124</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 127; EL MISMO, “Reflexiones sobre la base de la Política Criminal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo*. N° 8, 2001, p. 197.

<sup>125</sup> Así, RAGUÉS, “Tres grandes dilemas”, p. 540.

<sup>126</sup> En estos términos, POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Traducido por SUÁREZ, Eduardo. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 215, quien sostiene que tales consideraciones también son aplicables al delincuente con poca educación o respecto a delitos no pecuniarios. Sobre el modelo de hombre en el Derecho, RADBRUCH, *El hombre*, p. 20-21, quien señala que la concepción del ser humano de la Ilustración y del Derecho natural, orientando así el orden jurídico de un Estado liberal, era del *homo oeconomicus*. En cambio, el *homo sociologicus*, fue el propio de los Estados sociales que surgen con posterioridad. También, SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 98-99.

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia”, p. 114. Para MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. Vol. XIX, N° 2, 2006, p. 194, el modelo de persecución que debe adoptar el Ministerio Público debe tener en consideración que el delincuente valora como costo probable el tiempo y dedicación para la comisión del hecho y la sanción esperada. Por tanto, opera como disuasivo en la actividad criminal el que exista una alta relación entre detenidos y condenados por un mismo delito y que la pena sea efectivamente cumplida.

<sup>128</sup> BENTHAM, *Tratados*, p. 298, señala como segunda regla, *Cuanto menos cierta sea la pena tanto más grave debe ser*. Al respecto afirma: “Luego también es cierto que cuanto más puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto más se puede disminuir la gravedad de ella, y esta es otra utilidad que resultaría de una legislación

Está de más afirmar que la propuesta metodológica que se examina es bastante más compleja de lo que aquí se ha sugerido. Pero sí quisiera al menos resaltar que ésta no debe ser entendida como una manifestación de la cultura neoliberal que nos invade y, por tanto, un producto de exportación norteamericano para generar mayores mecanismos de control punitivo<sup>129</sup>. Por el contrario, sobre la base de investigaciones científicas y empíricas entrega herramientas para precisar el real funcionamiento de determinadas instituciones, entre ellas, las penales. Lo anterior no quiere decir, claro está, dejar de lado el estudio *teórico* —*law in the books*—, pero tampoco se debe prescindir del estudio *práctico* —*law in action*—, como lamentablemente ocurre por estos lados, donde rara vez las propuestas legislativas van acompañadas de estudios empíricos, que demuestren su eficiencia<sup>130</sup>.

---

simplificada, y de una buena forma procesal”.

<sup>129</sup> Haciéndose cargo de tales críticas, las que considera absurdas, ORTIZ DE URBINA, “El análisis”, p. 321 y ss.

<sup>130</sup> Que ello sea así se debe a nuestra herencia europea, como pone de manifiesto ORTIZ DE URBINA, “El análisis”, p. 345-346. En este sentido, muy interesantes son las propuestas formuladas por MATUS, “El Ministerio Público”, p. 198-201.