



# UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

---

## ESCUELA DE POSTGRADO

### CUESTIONAMIENTOS AL CARÁCTER DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LAS NUEVAS ORIENTACIONES POLÍTICO CRIMINALES EN LA LEGILACIÓN PENAL PERUANA

Tesis para optar el Grado de Maestro  
en Derecho

Mención: Derecho Procesal y Administración de Justicia

**CAMILO ENRIQUE MINAYA BAUTISTA**

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

Huaraz – Ancash – Perú

2022

Nº. Registro: **T0811**



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

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: \_\_\_\_\_

Código de alumno: \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ D.N.I. n°: \_\_\_\_\_

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

**2. Tipo de trabajo de Investigación:**

Tesis

Trabajo de Investigación

Trabajo Académico

**3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:**

\_\_\_\_\_

**4. Título del trabajo de Investigación:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. Escuela:** \_\_\_\_\_

**6. Programas:** \_\_\_\_\_

**7. Asesor:**

Apellidos y nombres \_\_\_\_\_ D.N.I n°: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ ID ORCID: \_\_\_\_\_

**8. Referencia bibliográfica:** \_\_\_\_\_

**9. Tipo de acceso al Documento:**

Acceso público\* al contenido completo. Acceso

restringido\*\* al contenido completo

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

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

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



## 10. Originalidad del archivo digital

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



Firma del autor

## 11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

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



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

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


## 12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



  
Varillas William Eduardo  
Asistente en Informática y Sistemas  
- UNASAM -

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"  
ESCUELA DE POSTGRADO

## ACTA DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público, en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **CAMILO ENRIQUE MINAYA BAUTISTA**

Título : **"CUESTIONAMIENTOS AL CARÁCTER DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA NUEVA ORIENTACIONES POLÍTICO CRIMINALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA"**


Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:


APROBADO con el calificativo de DIECISEIS (16).

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con Mención en **DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 17 de diciembre del 2021

  
Mag. Pepe Zenobio Melgarejo Barreto  
PRESIDENTE

  
Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza  
SECRETARIO

  
Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo  
VOCAL

## MIEMBROS DEL JURADO

Magistrado Pepe Zenobio Melgarejo Barreto

Presidente



---

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

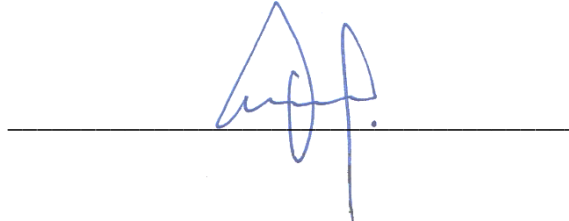
Secretario



---

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



---

**ASESOR**

**Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo**



## AGRADECIMIENTO

- A mis Padres por su labor incondicional.
- A la Escuela de Postgrado de la UNASAM por concretar un anhelo personal
- A los docentes de la EPG-UNASAM por sus enseñanzas y conocimientos compartidos.



## DEDICATORIA

A mi madre Santa y mis hijos Khamil Yeric yKhamila Keyla, con mucho cariño  
y afecto porel apoyo brindado durante este tiempo, quienes fueron testigos de mi  
deseo de  
alcanzar este grado académico



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Resumen.....	x
Abstract.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	1-4
<b>CAPITULO I:</b>	
<b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>5-13</b>
1.1. Planteamiento y formulación del problema.....	5
1.2. Objetivos.....	7
1.3. Justificación.....	8
1.4. Delimitación.....	13
<b>CAPITULO II:</b>	
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>14-45</b>
2.1. Antecedentes.....	14
2.2. Bases teóricas.....	15
2.2.1. Teoría del garantismo penal.....	18
2.2.2. El derecho penal mínimo.....	21
2.2.3. Las nuevas orientaciones de orden político-criminal en el derecho penal.....	32
2.3. Definición de términos.....	43
2.4. Hipótesis.....	45
2.5. Categorías.....	45
<b>CAPITULO III:</b>	
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>46-51</b>
3.1. Tipo de investigación.....	46
3.2. Diseño de investigación.....	46

3.2. Población y muestra .....	48
3.3. Técnicas e instrumento(s) de recolección de datos .....	49
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de datos .....	50
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>52-105</b>
4.1. Presentación de resultados.....	52
4.1.1. La nueva configuración del derecho penal moderno .....	52
4.1.2. El Derecho penal en la sociedad del riesgo.....	53
4.1.3. Expansionismo penal como negación de la última ratio .....	56
4.1.4. La política criminal reactiva: El endurecimiento punitivo como respuesta a la criminalidad.....	57
4.1.5. Crisis del principio penal de ultima ratio .....	59
4.1.6. El principio de ultima ratio en la evolución del Estado .....	61
4.2. Discusión .....	66
4.3. Validación de hipótesis .....	102
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>106-107</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>109-123</b>
<b>ANEXO: Matriz de consistencia.....</b>	<b>124</b>

## RESUMEN

La presente investigación tuvo como propósito analizar los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal; realizándose para ello una investigación jurídica de tipo dogmático; no experimental, transversal y explicativo. Se tuvo como resultado que el legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la parte especial del Código penal, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. Así, el Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos. Así, los discursos político-criminales son de un lado, las tendencias modernizadoras y, de otro, las tendencias de resistencia a la modernización (resistencia garantista o tendencias reduccionistas). Concluyendo que un verdadero límite vinculante para el legislador y todos los poderes públicos, ya que la intervención punitiva resultará constitucionalmente válida en la medida que no sea contraria ni afecte los principios y libertades fundamentales, por ello, el principio de ultima ratio base del Derecho penal mínimo se constituye en un modelo exigido por la Constitución para la protección de los Derechos Fundamentales frente a las arbitrariedades; por lo que el Derecho penal como ultima ratio se vincula de modo más directo con la categoría doctrinal de la necesidad, ya que en su seno se expresa con mayor claridad su significado de juicio deslegitimador de la intervención penal en los ámbitos de la vida social donde existen otros medios alternativos para neutralizar los efectos adversos de las conductas merecedoras de prohibición..

**Palabras clave:** Derecho penal, ultima ratio, ius puniendi, orientaciones político-criminales.

## ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze the questions that are formulated to the last ratio character of criminal law from the new political-criminal orientations in criminal legislation; carrying out for this purpose a legal investigation of a dogmatic type; non-experimental, transversal and explanatory. The result was that the criminal legislator has acted incessantly, fundamentally in the special part of the Penal Code, creating new types or expanding the seriousness of the existing ones. Thus, modern criminal law uses the protection of legal rights as a mandate to penalize, and not as a limitation to the protection of legal rights. Thus, the political-criminal discourses are, on the one hand, the modernizing tendencies and, on the other, the tendencies of resistance to modernization (guarantee resistance or reductionist tendencies). Concluding that a true binding limit for the legislator and all public powers, since the punitive intervention will be constitutionally valid on the average that is not contrary to or affects the fundamental principles and freedoms, therefore, the principle of ultima ratio base of criminal law minimum constitutes a model required by the Constitution for the protection of Fundamental Rights against arbitrariness; Therefore, criminal law as an ultima ratio is more directly linked to the doctrinal category of necessity, since its meaning is more clearly expressed within it as a delegitimizing judgment of criminal intervention in the areas of social life where There are other alternative means to neutralize the adverse effects of behaviors worthy of prohibition.

**Key Words:** Criminal law, ultima ratio, ius puniendi, political-criminal orientations.



## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal contemporánea recurre al principio de ultima ratio para satisfacer la tarea principal de reducir al máximo la arbitrariedad del Derecho penal, pues a través de su significado, la legitimidad del delito y de la pena se somete a la condición de la inexistencia axiológica y empírica de otros recursos jurídicos menos drásticos para solventar idóneamente el conflicto que genera su apertura. No obstante, la deriva punitivista en que ha degenerado la necesaria expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo, pone en duda su verdadera capacidad limitadora, especialmente por su escasa vinculación a los poderes públicos.

Es por ello, que en las sociedades contemporáneas ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; fenómeno que implica un desmesurado daño social, por cuanto el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar.

Donde, las victimizaciones que provoca el Sistema Penal con su acción se producen, en buena medida, por “la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal”, por ello, el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

En ese sentido, los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por susupuesta ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social. La ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal; este último es solo el eslabón final de la cadena controladora, el recurso extremo que actuará subsidiariamente y con objetivos limitados.

Por lo que, achacar al Sistema Penal, como subsistema particular del control social, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en la pretendida centralidad del control social formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social. El Sistema Penal no puede responder por una ilimitada responsabilidad controladora social, el sesgo analítico en este sentido debe encaminarse a que realmente logre cumplir sus funciones de protección, orientación y prevención. Rechazamos enérgicamente cualquier sobredimensionamiento de las capacidades reguladoras penales, por cuanto cabe a otras ramas del Derecho y a otras dimensiones controladoras compartir esas responsabilidades.

En consecuencia, la mayor racionalidad cuestionadora del sistema gravita en torno a los costos resultantes del quehacer punitivo. Varias son las razones de crítica al ejercicio de la Justicia Penal en las sociedades modernas, una de ellas radica en que el desempeño de las funciones del Derecho Penal implica la imposición de una

sanción constitutiva de un sufrimiento doloroso para el penado y colateralmente para su familia.

De esta forma, este subproducto dañoso de la acción del sistema penal es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana; recurriendo a actividades que implican coerción, privación de libertad y desmedro de la dignidad humana.

De acuerdo a las normas académicas, la investigación ha sido estructurado en cuatro capítulos, cuyo contenido es el siguiente:

El capítulo I, referido al problema de investigación, para lo cual se realizó el planteamiento y formulación del problema, los objetivos de investigación -tanto a nivel general como específicos-; la justificación y delimitación

El capítulo II, donde se desarrolló el marco teórico, el cual comprendió los antecedentes relacionados a la investigación; las bases teóricas que dieron sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los aspectos teóricos y doctrinales. Así mismo se incluye la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y la identificación de las variables.

El capítulo III, comprendió el desarrollo de la metodología, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, técnicas e instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento e interpretación de datos diseñados de acuerdo a la naturaleza de la



investigación desarrollada, como fue la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

El capítulo IV, donde se presentan los resultados y discusión, respecto a los resultados por la naturaleza de la investigación relacionado a los aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, donde se determinó las posiciones dogmáticas sobre el problema, los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales desarrollado por los órganos jurisdiccionales de derecho interno como supranacional sobre el problema de investigación planteado. Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, los cuestionamientos a las bases teóricas, los problemas en la aplicación, los criterios y razonamientos jurídicos; la validez de las teóricas.

Por último, se incluyen, las conclusiones a las que se arribó en la investigación como consecuencia del estudio del problema planteado, luego plantean las recomendaciones del caso, que permitan la mejora de la situación problemática planteada en la investigación; y las referencias bibliográficas que permitieron el desarrollo de la investigación.

## CAPTITULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. Planteamiento y formulación del problema

En las sociedades contemporáneas ha surgido un preocupante fenómeno conocido como la judicialización de las relaciones sociales, manifestándose principalmente mediante la utilización exacerbada de la solución punitiva formal en los diferentes conflictos sociales; fenómeno que implica un desmesurado daño social, por cuanto el uso simbólico e instrumental excesivo del recurso penalizante provoca mayor deterioro social que el que se pretende solucionar. Las victimizaciones que provoca el Sistema Penal con su acción se producen, en buena medida, por “la gravedad, pesadez y trascendencia del instrumento penal”, por ello, el Derecho Penal solo debe ser aplicado como respuesta reactiva cuando sea inexcusable como manifestación de una justificada protección personal y social.

Los principales cuestionamientos al Sistema Penal pasan por su supuesta ineficiencia controladora y por los costos resultantes de la acción del entramado punitivo en el contexto social. La ineficiencia del Sistema Penal se asocia a su incapacidad de regular la coexistencia humana; al respecto conviene valorar que la responsabilidad de garantizar el control de la entropía social no corresponde únicamente al Sistema Penal; este último es solo el eslabón final de la cadena controladora, el recurso extremo que actuará subsidiariamente y con objetivos limitados. Achacar al Sistema Penal, como subsistema particular del Control Social, la responsabilidad por la desregulación social constituye una falacia sustentada en

la pretendida centralidad del Control Social Formal y asociada a un inaceptable legalismo controlador difuso en todo el tejido social.

El Sistema Penal no puede responder por una ilimitada responsabilidad controladora social, el sesgo analítico en este sentido debe encaminarse a que realmente logre cumplir sus funciones de protección, orientación y prevención. Rechazamos enérgicamente cualquier sobredimensionamiento de las capacidades reguladoras penales, por cuanto cabe a otras ramas del Derecho y a otras dimensiones controladoras compartir esas responsabilidades.

La mayor racionalidad cuestionadora del sistema gravita en torno a los costos resultantes del quehacer punitivo. Varias son las razones de crítica al ejercicio de la Justicia Penal en las sociedades modernas, una de ellas radica en que el desempeño de las funciones del Derecho Penal implica la imposición de una sanción constitutiva de un sufrimiento doloroso para el penado y colateralmente para su familia. Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal “es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana; recurriendo a actividades que implican coerción, privación de libertad y desmedro de la dignidad humana”. A continuación profundizaremos en algunos de los motivos más reiterados de incriminación del Sistema Penal.

Frente a lo descrito referente a nuestro problema de investigación, formulamos los siguientes problemas:

### **Problema general:**

¿Cuáles son los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana?

### **Problemas específicos**

a. ¿Cuáles son las manifestaciones de la crisis del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales del derecho penal?

b. ¿Qué argumentos dogmáticos y político-criminales existen en las sociedades postindustriales para afirmar que ya no es posible hablar de última ratio del derecho penal sino de prima ratio?

c. ¿Cuáles son las manifestaciones de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana?

d. ¿Cuál es la eficiencia y racionalidad del principio de última ratio del derecho penal en la legislación sustantiva y adjetiva penal peruana?

## **1.2. Objetivos de investigación**

### **Objetivo general**

Analizar los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.

## Objetivos específicos

- a) Describir las manifestaciones de la crisis del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales del derecho penal.
- b) Explicar los argumentos dogmáticos y político-criminales que existen en las sociedades postindustriales para afirmar que ya no es posible hablar de ultima ratio del derecho penal sino de prima ratio.
- c) Determinar las manifestaciones de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.
- d) Evaluar los criterios de eficiencia y racionalidad del principio de última ratio del derecho penal en la legislación sustantiva y adjetiva penal peruana.

### 1.3. Justificación del problema

La investigación encuentra su justificación en la teoría penal denominada “Teoría del Garantismo Penal”<sup>1</sup> planteado y defendida por Luigi Ferrajoli. El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver: FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid.

<sup>2</sup> CARBONELL, Miguel (2012). “¿Qué es el garantismo?. Una nota breve” IJ-UNAM, México. Disponible en web: [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qué\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qué_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml), consultado el 15 de marzo del 2015.

Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural<sup>3</sup>. Mientras que entre las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica<sup>4</sup>.

El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)<sup>5</sup>.

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo

---

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi (2008). *Democracia y garantismo*, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, p. 34.

no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.<sup>6</sup>

Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”<sup>7</sup>.

Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho.

Enseña Ferrajoli que el garantismo nació en el Derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen.

En ese sentido, “un Estado que no somete el poder penal a límites y a esferas precisas de intervención social, puede caer fácilmente en la arbitrariedad y en el

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, CNDH, México, p. 31.

<sup>7</sup> GASCÓN, Marina (2005). “*La teoría general del garantismo. Rasgos principales*”. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico* de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, p. 22.

abuso ciudadano. (...). El poder soberano del Estado expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza hacia los ciudadanos, a través del derecho penal, pero esta legitimidad puede convertirse en mero formalismo, cuando la violencia punitiva desborda su ámbito legítimo de actuación, cuando vulnera los principios rectores que limitan su intervención”<sup>8</sup>. Precisamente uno de los principios que pone un alto a la intervención punitiva estatal es *ultima ratio*; manteniendo la presencia del derecho penal cuando otros mecanismos de control social resultan inoperantes.

Existe “(...) 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. El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *última 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>9</sup>.

En el caso peruano, frecuentemente se recurre al derecho penal criminalizando conductas, endureciendo las penas en los delitos existentes con veinte, treinta, treinticinco años, y cadena perpetua, eliminando beneficios penitenciarios y

---

<sup>8</sup> CALDERÓN NAVARRO, Nelly (2012). “*Los límites constitucionales del iuspuniendi y los fenómenos de politización normativa*”. En Revista Institucional N° 7. Academia de la Magistratura, Lima, p. 42.

<sup>9</sup> RAMOS OVALLE, Jaime (2012). “*Prima ratio. La nueva tendencia de la moda*”. Disponible en sitio web: <http://www.lexweb.cl/prima-ratio-la-nueva-tendencia-de-la-moda>.



responsabilidad restringida en algunos delitos, incluso se reinstauró la reincidencia y habitualidad para aumentar la pena por encima del máximo legal.

La pena que purgaría el presunto delincuente hasta resulta mayor que los efectos del delito cometido. Las consecuencias del encarcelamiento a muchos años por encima de la responsabilidad por el hecho son nocivas a la dignidad humana, en esa situación la persona no esperará sino el fin, sin la luz de la libertad deseará la muerte que sufrir esperando. El preso tendrá en mente la idea de muerte, autodestrucción o fuga; sin más alternativas a la aflicción que soporta.

La cadena perpetua es una medida fatal e irracional como la imposición por la fuerza bruta, de quien se arroga la representación de la mayoría, sobre un débil; con una legitimación aparente que no se condice con el sistema; debe ser dejado esta “reliquia”, no cabe su aceptación dentro de un Estado democrático. “El aislamiento perpetuo es peor que la muerte, pues es más mortificante, más duro, más largo”<sup>10</sup>.

Las penas privativas de libertad vienen endureciéndose desde años atrás, no por eso los hechos delictivos han disminuido; en la actualidad la carga procesal continúa y la cantidad de magistrados que administran justicia es más que antes. La comisión de delitos que pone en riesgo la seguridad de las personas y de sus patrimonios, es motivo de reclamo de la ciudadanía en general al Estado, pero, a los gobernantes no les ocurre mejor idea que seguir con el agravamiento de las penas

---

<sup>10</sup> PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Tratado de derecho penal, estudio programático de la parte general*. 5ta Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 507.

privativas de libertad y abolición de los beneficios penitenciarios. Definitivamente, “quien pretenda solucionar este tipo de problemas (...) con la pena demuestra como mínimo la falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática”<sup>11</sup>. En realidad, se trata de utilización populista del derecho penal.

#### **1.4. Delimitación de la investigación**

##### **1.4.1. Delimitación espacial:**

La delimitación estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.

##### **1.4.2. Delimitación social:**

Estuvo conformado por los juristas y teóricos del Derecho, quienes a través de sus posiciones dogmáticas influyen en el legislador para la creación de la norma y en el juez al momento de resolver un caso y emitir sentencia.

##### **1.4.3. Universo temporal:**

El período de estudio correspondió al año 2019.

---

<sup>11</sup> DONNA, Edgardo Alberto. (2003). “¿Es posible el derecho penal liberal?”. Disponible en sitio web: En: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/112s.pdf>. Consultado el 14 de marzo del 2015.

## CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra medio y de otros ámbitos se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Matías Alexis Ortiz Espinoza (2020). “El principio de mínima intervención penal: origen y evolución”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. La presente memoria tiene por objeto el estudio crítico y pormenorizado de este principio, conjugando los fundamentos ilustrados que propiciaron su aparición, en tanto límite importante al Ius Puniendi del Estado y como última instancia que disponen los ciudadanos para dirimir sus conflictos; con el irremisible avance de las ciencias penales que, a la par de los cambios socioculturales, dio lugar a nuevas voces dentro de la dogmática, las cuales, empeñadas en la defensa de los crecientes nuevos riesgos traídos por la modernidad, reclaman una expansión de su ámbito de competencias. Luego de indagar en tales posturas, idearemos una propuesta que venga en zanjar aquel debate, preconizando para tales efectos, la necesidad de mantener un sistema penal basado en la intervención mínima, aunque sin desconocer el fenómeno de expansión, de modo de conciliar la mayor punibilidad que exige la sociedad actual, con la defensa y desarrollo de valores consustanciales a un Derecho penal racional y constitucionalmente legítimo.

Zalamea León, Diego Alfredo (2014). “Del derecho penal mínimo al derecho

penal estratégico una propuesta política, criminal desde el Ecuador”. Tesis

Doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El presente estudio tienen por objeto responder a dos interrogantes: ¿el minimalismo es aplicable a la realidad ecuatoriana? y de haber un problema de incompatibilidad ¿existe un marco conceptual alternativo que permita gestionar la conflictividad criminal de manera efectiva? La importancia de la primera pregunta radica en que esta postura políticocriminal es la que se ha impuesto dentro del Derecho comparado y en el caso de nuestro país es la postura aceptada en la Constitución, por tanto si la respuesta es negativa, implica que el Ecuador se ha quedado sin un norte para gestionar su criminalidad. La segunda pregunta, conlleva la posibilidad de forjar un esquema conceptual alternativo que permita superar el inmovilismo y populismo en que ha caído la política criminal en las últimas décadas. El estudio mantiene un profundo vínculo con la realidad tanto en el diagnóstico como en la propuesta político criminal. Constituye una apuesta por construir un marco conceptual basado en experiencias de las dos últimas décadas de nuestro país, para abordar el problema que hoy más preocupa a nuestra sociedad: la criminalidad.

Walker Steve Cuenca Quiroz (2019). “La vulneración del principio de mínima intervención del derecho penal y el de igualdad de la constitución por parte de la política criminal estatal al incorporar el delito de feminicidio en el código penal”. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Ciencias Penales, Universidad Nacional de Cajamarca. El propósito de la presente investigación fue determinar la manera en que la política criminal estatal vulnera el principio de mínima intervención del Derecho penal y el de igualdad de la Constitución al haberse incorporado el delito de feminicidio en el Código Penal; para cumplir con

tal propósito se ha estructurado una investigación que se basa en una metodología orientada por la revisión sistemática de la literatura que ha desarrollado el tema en específico, concretamente la legislación que incluye el delito en el ordenamiento jurídico peruano, la jurisprudencia desarrollada al respecto y las disertaciones que sobre el particular ha desarrollado la doctrina.

Reyes Norabuena Fidel Misael (2017). “El derecho penal como prima ratio frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú”. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho, Mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo – Huaraz. El propósito fundamental de la investigación fue analizar los fundamentos y características del derecho penal como prima ratio frente a conflictos socioambientales derivados de la actividad minera en el Perú. El incremento del ius puniendi del Estado para enfrentar los conflictos socioambientales, creación de nuevos tipos penales donde se punibiliza a quien participan en estos conflictos, agravamiento de las penas y reducción de garantías; demostrado que el sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver, en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos; por ello el sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para resolver los conflictos socioambientales mineros.

Alfredo Jesús Flores Barrionuevo (2019). “El expansionismo penal y su relación con la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la

determinación judicial de la pena”. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho, Mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo – Huaraz. Se tuvo como resultados que estas instituciones han sido objeto de constantes modificatorias evidenciándose la expresión de la ola expansionista del Derecho Penal. Concluyendo que: Que la configuración y aplicación de la reincidencia en el derecho penal trae consigo vulneraciones de principios fundamentales que consagra nuestra constitución, así también se estaría vulnerando el principio del ne bis in ídem por realizar una doble valorización del hecho anterior para agravar la pena por encima del extremo máximo del tipo penal. Que, la reincidencia al ser una circunstancia cualificada agravante, que implica imponer un a pena por encima del extremo máximo prevista por el tipo penal para satisfacer los fines sociales e instrumentalizando al ser humano; es vulnerar la dignidad del ser humano.

Coral Chalco, Melisa Lizbeth (2018). “La intervención mínima del derecho penal frente al cyberacoso a menores de edad, y los delitos de difamación y extorsión en el Perú, año 2017”. Tesis para optar el título profesional de Abogada. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo – Huaraz. La investigación respecto al Cyberacoso a menores de edad y los delitos de difamación y extorsión en el Perú, año 2017”, se encuentra enmarcado en la rama del Derecho Penal y su propósito es el estudio del tipo de intervención que tiene el Derecho Penal frente al fenómeno del cyberacoso respecto a los delitos de difamación y extorsión, refiriendo si se debe o no establecer responsabilidad penal. El enfoque dogmático – jurídico adoptado, cuestiona si corresponde la intervención secundaria o

fragmentaria del derecho penal al fenómeno actual del cyberacoso, tomándose en cuenta la utilización negativa del internet para difamar o extorsionar a menores de edad, la violencia moral que se ejerce sobre la víctima y el papel del agresor. El cyberacoso a menores de edad respecto a los Delitos de Difamación y Extorsión, debe ser regulado por el Código Penal Peruano, como una respuesta política criminal al incremento de este fenómeno en nuestra sociedad, siendo éste el resultado obtenido de la presente investigación

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Teoría del garantismo penal**

El garantismo penal es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley<sup>12</sup>. Tal como ha sido desarrollado por Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> en su obra *Derecho y Razón*, el “garantismo” es el principal rasgo funcional del estado de derecho, que designa no simplemente un “estado legal” o regulado por la “ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

---

<sup>12</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2005). “*Garantismo Procesal contra Actuación Judicial deOficio*”, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 303.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales...* Ob. Cit., p. 855.



De una manera clara y concisa, resume Alvarado Velloso<sup>14</sup>, lo que hoy se conoce en la sociología jurídica con la denominación de garantismo penal:

“Tomando partido por la Constitución y no por la ley, elijo proclamar:

- ✓ la libertad
- ✓ la garantía del debido proceso
- ✓ y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- ✓ donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- ✓ y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- ✓ con absoluta bilateralidad de la audiencia,
- ✓ y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme a lo normado por la Constitución”.

Es en este sentido que un sistema acusatorio, que recoge un posición garantista del proceso penal pone de manifiesto el compromiso de un Estado como propiciador de un sistema de garantías como: los jueces predeterminados, excluyendo a los Jueces Ad-Hoc, ya que la ley debe de predeterminar qué Juez es competente para cada caso en concreto de manera antelada; que el Juez será un sujeto imparcial y sometido solo a la ley (independencia), garantizando además que todo inculcado tenga el derecho a la defensa técnica; que el acusado debe conocer

---

<sup>14</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. p. 307.

quién es su acusador y cuáles son los cargos que se le imputan (principio de imputación necesaria).

Así mismo, que el proceso no es secreto sino debe ser eminentemente público, para que así la sociedad pueda ejercer un control indirecto sobre la administración de justicia; que toda resolución que emita un órgano jurisdiccional deba estar debidamente motivada, y sobre todo ser el resultado de un análisis lógico y crítico sobre las pruebas que han demostrado los hechos manifestados por las partes de manera fehaciente<sup>15</sup>.

Son muchos los países latinoamericanos<sup>16</sup> que han ido dejando sistemas inquisitivos y mixtos para adoptar sistemas acusatorios modernos o garantistas. Con la intención de afianzar más el denominado “derecho constitucional aplicado”, se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador, recurriendo a la “prueba de oficio”, acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia.

Sin embargo, tal como ha sido señalado por Picó I Junoy, lo relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución y de ahí atacarla, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar

---

<sup>15</sup> Ibid. p. 310

<sup>16</sup> Entre ellos tenemos a: Colombia, Chile, Costa Rica, Panamá, entre otros.

ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal<sup>17</sup>.

El garantismo procesal debe aumentar sus esfuerzos con el ánimo de respetar minuciosamente los mandatos de un debido proceso constitucional sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables<sup>18</sup>.

## **2.2.2. El derecho penal mínimo**

### **2.2.2.1. El principio de intervención mínima en la actualidad**

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan (2012). “*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Disponible en sitio web:

<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>.

<sup>18</sup> GOZAÍNI, Osvaldo (2004). “*Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 400.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). *Derecho penal, parte general*. 5ta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 72.

Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cual se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la “máxima utilidad posible” con el “mínimo sufrimiento necesario”<sup>20</sup>.

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado<sup>21</sup>.

Por lo tanto, la intervención mínima forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy debe ser considerada como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de Derecho.

#### **2.2.2.2. La subsidiariedad del Derecho penal**

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son

---

<sup>20</sup> MIR PUIG, Santiago (1998). *Derecho penal, parte general*, 5ta Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, p. 89.

<sup>21</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán (1997). *Lecciones de derecho penal*. Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, pp. 65-66.

insuficientes, es decir, “cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho”<sup>22</sup>.

Prittwitz<sup>23</sup> apunta dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la última ratio, y otro positivo, que exprime de que manera el Estado junto al derecho penal y en el Derecho penal realiza un deber de ayuda. Concluye, entonces, que “la subsidiariedad es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas)”<sup>24</sup>.

De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser considerado como la última ratio del sistema, lo que significa que, “cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables”<sup>25</sup>.

El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico.

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 73.

<sup>23</sup> PRITTWITZ, Cornelius (2000). *"El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? - reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal"*. En: La insostenible situación del derecho penal, Traducido por CASTIÑEIRA PALOU, M, Editorial Comares, Granada, p. 431.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 74.

De esta forma, como sustenta Bustos Ramírez<sup>26</sup>, la norma penal debe ser considerada como “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social”, donde el Derecho penal no sólo es la última, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

Ahora bien, aunque el Derecho penal sea el que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en el hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho<sup>27</sup>.

En este contexto, es posible plantear la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción. Así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieren fundamentos distintos, es perfectamente posible la coexistencia. Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos, por quiebra del principio del *ne bis in ídem*<sup>28</sup>.

### **2.2.2.3. El carácter fragmentario del Derecho penal**

Procede de Binding la afirmación de que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que el legislador

<sup>26</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Héran. Ob. Cit., p. 66.

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 90.

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., pp. 75-78.

alemán ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no han entrado en el Código penal. Sustentaba que el legislador deja que las olas de la vida diaria (...) traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables. Originariamente sólo es abarcable la forma burda (...). Lo fino y más singular, si es que existe, no lo observa o no sabe expresarlo. Y sin embargo su contenido de injusto quizá tiene más peso que el del delito sancionado (...) el 'carácter fragmentario' del Derecho penal es 'un gran defecto del StGB'<sup>29</sup>.

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes.

La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia<sup>30</sup>.

Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreado la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria.<sup>31</sup> Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

<sup>29</sup> BINDING, Karl, citado por PRITTWITZ, Cornelius. Ob. Cit., pp. 428y ss.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 91.

<sup>31</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 81.

El ejemplo apuntado por Bustos Ramírez<sup>32</sup> es la protección penal del bien jurídico patrimonio: “el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda”.

Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues “... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal”<sup>33</sup>.

El desvalor de acción es, así, el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos<sup>34</sup>. Por ello, en el ejemplo arriba citado del bien jurídico patrimonio, hay conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito. Y el desvalor de resultado tiene relación con el valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva<sup>35</sup>. Así, hay bienes jurídicos que poseen indiscutiblemente más valor que otros.

Es lo que ocurre con el bien jurídico vida si se compara al patrimonio. Una vez más tomando el ejemplo mencionado, en razón del valor del bien jurídico

---

<sup>32</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. Ob. Cit., p. 67.

<sup>33</sup> ACALE SÁNCHEZ, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Editorial Comares, Granada, p. 159.

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., p. 44.

<sup>35</sup> Ibidem.



patrimonio, la conducta sólo será delictiva si es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico. En este sentido Roxin<sup>36</sup> afirma que, “... la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado”.

#### 2.2.2.4. Principio de última ratio

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>37</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.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio<sup>38</sup>. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar

<sup>36</sup> ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I, 2da Edición, Editorial Civitas, Madrid, p. 320.

<sup>37</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1996). “*Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi»*”. En: Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero. Ediciones Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 253; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás (1999). *Derecho penal. Parte general*. 5ta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 81 y ss; JAKOBS, Günther (1997). *Derecho penal. Parte general*. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 61.

<sup>38</sup> ZUGALDÍ A ESPINAR, José Miguel (1991). *Fundamentos de Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, p. 164 y ss., CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1996). *Derecho*

*penal: concepto y principios constitucionales*. 2da Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 199 yss.



con un menor costo social<sup>39</sup>. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general<sup>40</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>41</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>42</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>43</sup>. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaria<sup>44</sup>, el “revolucionario” Jean Paul Marat<sup>45</sup> o Bentham<sup>46</sup>, transitaban en esa dirección.

---

<sup>39</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Ob. Cit., p. 250.

<sup>40</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial Bosch, Barcelona, p. 246.

<sup>41</sup> SAEZ CAPEL, José (2004). *Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal*. En: El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacobay Rivacoba. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 245 y ss.

<sup>42</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 2015).

<sup>43</sup> BACIGALUPO, Enrique (2005). *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 11 y ss.

<sup>44</sup> BECCARIA, César (1957). *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido por BERNALDO DE QUIROS, Constanco. Editorial Cajicas, México, p. 67; CRUZ REYES, Euménides (2003). *Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada*. En: Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 5, Bogota, p. 25 y ss.

<sup>45</sup> MARAT, Jean Paul (2000). *Plan de legislación criminal*. Traducido por A. E. L. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 76.

<sup>46</sup> BENTHAM, Jeremy (1981). *Tratados de legislación civil y penal*. Editora Nacional, Madrid, p. 296.

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>47</sup>.

Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de última 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>48</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, 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 última 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

---

<sup>47</sup> PINA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2004). *"Algunas consideraciones acerca de la legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?"*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 31, N° 3, Santiago, pp. 515 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Ob. Cit., p. 249.

<sup>48</sup> LUZON PEÑA, Diego Manuel (1996). *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Editorial Universitas, Córdoba, p. 83; MIR PUIG, Santiago (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2da Edición, Editorial Bosch, Barcelona, p. 25 y ss.

orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten<sup>49</sup>. Apreciado en los términos expuestos, el principio tendría un grado de laxitud, que podría afectar su carácter limitador del *ius puniendi*<sup>50</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 y Zipf: “*lure 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 última 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>51</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

---

<sup>49</sup> MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2004). *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*. Editorial Giuffrè, Milano, p. 9.

<sup>50</sup> PRITTWITZ, Cornelius. Ob. Cit., p. 427.

<sup>51</sup> MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994). *Derecho penal. Parte General*. Traducido por BOFILL, Jorge y AIMONE, Enrique. Editorial Astrea, Buenos Aires, pp. 34-35.

formulan al llamado Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*<sup>52</sup>16. 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>53</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>54</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>55</sup>. Sostiene el autor que un Estado liberal, donde la proposición *in dubio pro libertate*<sup>56</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>57</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

---

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried (1991). *"Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos"*. Traducido por LARRAURI, Elena. Pena y Estado, N° 1, Barcelona, pp. 29-30; HASSEMER, Winfried (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ, María del Mar. Editorial Temis, Bogotá, pp. 15 y ss.

<sup>53</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (1996). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 31.

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 305.

<sup>55</sup> PRITTWITZ, Cornelius. Ob. Cit., p. 441.

<sup>56</sup> HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos del Derecho penal*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis. Editorial Bosch, Barcelona, p. 39.

<sup>57</sup> PRITTWITZ, Cornelius. Ob. Cit., p. 441.



criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia “teoría de la espada desafilada”<sup>58</sup>.

### **2.2.3. Las nuevas orientaciones de orden político-criminal en el derecho penal**

#### **2.2.3.1. Crisis del derecho penal**

Una particularidad 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 *última ratio* sino que, derechamente, el Derecho penal es *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal<sup>59</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>60</sup>. Evolución, que comienza a apreciarse ya de manera

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 444.

<sup>59</sup> Empleando el título de la obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da Edición, Editorial Civitas, Madrid.

<sup>60</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El Derechopenal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas Madrid, pp. 44 y ss.



notoria en los años ochenta<sup>61</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>62</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>63</sup>.

No obstante existir cierto consenso en cuanto a dicha aseveración, también surge la pregunta, ¿deben rechazarse *per se* estas manifestaciones de expansión?. Ahora bien, es indudable que debe tenerse en consideración y valorarse cuan eficiente puede ser el Derecho penal en nuevas áreas, es decir, precisar si responden a necesidades sociales. Por de pronto, hoy parece difícil de sostener que atentados contra el medio ambiente<sup>64</sup> o en general, delitos de peligro común puedan quedar

<sup>61</sup> Así lo pone de manifiesto, aunque situando dicho cambio a partir de 1975, ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Traducido por GÓMEZ, Carmen y GARCIA, María del Carmen. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 25 y ss.

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1996). “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”. En: Actualidad penal, Montevideo, p. 247.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ob. Cit., pp. 60 y ss; GUZMÁN DALBORA, José Luis (2002). “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”. En: Gaceta Jurídica. N° 265, Lima, pp. 7 y ss.

<sup>64</sup> MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian (2000). “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente”. Traducido por IÑIGO, Elena y otros. En: La insostenible situación del Derecho Penal. Editorial Comares, Granada, pp. 507 y ss.

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>65</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>66</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>67</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

---

<sup>65</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Ob. Cit., p. 96; MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. Ob. Cit., p., 212; GRACIA MARTÍN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 127 y ss.

<sup>66</sup> POZUELO PÉREZ, Laura (2003). "*De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos*". En: *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 110 y ss.

<sup>67</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* Ob. Cit., p. 291.



contrario, su deber es enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización. Lo que no puede hacer la ciencia penal es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención<sup>68</sup>.

### 2.2.2.3.2. Nuevos riesgos<sup>69</sup>

Es un lugar común hablar hoy de la “sociedad del riesgo”<sup>70</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>71</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>72</sup>.

La cuestión es, sin embargo, como lo destaca Roxin<sup>73</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.

<sup>68</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, Ob. Cit., p. 54. MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”. En: Revista Penal. N° 5, Valencia, p. 45.

<sup>69</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ Raúl (2008). “Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional”. Revista Ius et Praxis Vol.14, N°1, Talca, pp. 13 - 14. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>

<sup>70</sup> Ver: BECK, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traducido por NAVARRO, Jorge y JIMÉNEZ, Daniel/BORRÁS, María Rosa. Editorial Paidós, Barcelona.

<sup>71</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión..* Ob. Cit., pp. 26 y ss.

<sup>72</sup> PRITTWITZ, Cornelius. Ob. Cit., p. 233.

<sup>73</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 61.

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>74</sup> “*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>75</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>76</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>77</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

---

<sup>74</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 131.

<sup>75</sup> KINDHÁUSER, Urs (1995). “*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. Editorial BOE, Madrid, p. 446.

<sup>76</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 126.

<sup>77</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2000). “*Algunas reflexiones en relación a la protección*

*penal de los bienes jurídicos individuales*". En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 27, N° 1, Santiago, p. 147.



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>78</sup>.

### **2.2.2.3.3. Mayor protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales<sup>79</sup>**

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>80</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 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>81</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*

---

<sup>78</sup> SILVASÁNCHEZ, *La expansión*, p. 121 y ss.; MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, p. 165.

<sup>79</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ Raúl (2008). “Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional”, Ob. cit., pp. 14 y ss.

<sup>80</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 52.

<sup>81</sup> GARLAND, David (2005). *La cultura del control*. Traducido por Máximo Sozzo. Editorial Gedisa, Barcelona, p. 143.



*colectiva*<sup>82</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>83</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>84</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>85</sup>.

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>86</sup>. Sin dejar de afirmar la relevancia del tema, que ha motivado por lo demás, que se dicten importantes cuerpos normativos<sup>87</sup>, la cuestión es, cuan necesarias son varias de estas disposiciones, pues

---

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., pp. 66-69; POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005). “*La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?*”. En: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Editorial Dykinson, Madrid, pp. 723 y ss.

<sup>83</sup> DÍAZ GUDE, Alejandra (2004). “*La influencia del 'movimiento pro víctimas' en la justicia restaurativa*”. En: Revista Crea, Universidad Católica de Temuco, N° 4, Temuco, p. 199.

<sup>84</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., p. 724.

<sup>85</sup> BRANDARE GARCÍA, José Ángel (2007). *Política criminal de la exclusión*. Editorial Comares, Granada, p. 65 y ss.

<sup>86</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., p. 726 y ss.

<sup>87</sup> FARALDO CABANA, Patricia (2006). “*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*”. En: Revista Penal. N° 17, Barcelona, pp. 72 y ss.

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>88</sup>. Asimismo, puede generar importantes repercusiones de desaprobación, al valorar la sociedad que no está cumpliendo su propósito preventivo.

#### **2.2.3.4. Derecho penal de la peligrosidad<sup>89</sup>**

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

---

<sup>88</sup> HERZOG, Felix (1999). “*Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*”. Traducido por ANARTE BORRALLA. En: Revista Penal, N° 4, Barcelona, p. 55; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2007). “*El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)*”. En: Jueces por la democracia. N° 58, Barcelona, p. 43 y ss.

<sup>89</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ Raúl (2008). “Derecho penal como ultima ratio. hacia una políticacriminal racional”, ob. cit., pp. 16 y ss.

medidas inocuidadoras<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

<sup>90</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., pp. 163 y ss.

<sup>91</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Nuevas tendencias...* Ob. Cit., p. 215.

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 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>. Por lo que, 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>.

Pero, 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,

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., p. 186.

<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.

<sup>94</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2005). *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires.

<sup>95</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2006). “*El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho*”. En: Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 16, Barcelona, p. 156.

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, cuan 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, cuan legítimas pueden ser medidas que se dirijan a controlar a un individuo, incluso después de cumplida su pena.

Debe tenerse en consideración, que estos temas ya están insertos en la política criminal norteamericana y lo están siendo en la europea<sup>98</sup>. En los Estados Unidos, políticas de esta naturaleza obedecen esencialmente a que el enfoque

---

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit., p. 95.

<sup>97</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. Cit., 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””.

<sup>98</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo (2007). ““Sexual Predators”. *Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*”. InDret. Disponible en sitio web: <http://www.indret.com>, consultado el 10 de marzo del 2015.

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 el encierro, sino también la vigilancia electrónica, libertad vigilada e, incluso, la participación en entrenamientos militares<sup>99</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 inocuidadora<sup>100</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 inocuidadores.

### 2.3. Definición de términos<sup>101</sup>

- a. Derecho penal mínimo.-** Es un modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la realidad los debates sobre los medios para limitar el poder de

---

<sup>99</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. Cit., p. 148.

<sup>100</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...* Ob. Cit., pp. 177 y ss.

<sup>101</sup> Cfr.: LUJAN TÚPEZ; Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; BASTOS PINTO, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima. Así mismo Enciclopedia Jurídica Omeba, versión online, En: [www.omeba.com](http://www.omeba.com)

sancionar, con nuevos formulamientos. En esta línea, SILVA SANCHEZ afirma que “el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales”.

- b. Eficiencia.-** Es utilizar los medios disponibles de manera racional para llegar a una meta. Se trata de la capacidad de alcanzar un objetivo fijado con anterioridad en el menor tiempo posible y con el mínimo uso posible de los recursos, lo que supone una optimización
- c. Garantías constitucionales.-** Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales.
  - a. Legitimidad.-** Es un término utilizado en la teoría del Derecho, en la ciencia política y en filosofía que define la cualidad de ser conforme a un mandato legal.
  - b. Política criminal.-** Es considerada como el estudio del conjunto de medidas empleadas por los órganos de gobierno, para hacer frente a la criminalidad que afecta a un Estado, con la intención de encontrar soluciones pertinentes en la disminución de los niveles de delincuencia, respetando el Estado de Derecho.
  - c. Principio de ultima ratio.-** Es una expresión latina empleada en el derecho penal, que se traduce literalmente por «última razón» o «último argumento»



lo que puede interpretarse como que es el último argumento posible en el tiempo o bien que es el argumento definitivo que hace innecesario seguir argumentando en el mismo sentido y que es muy superior a todo argumento en sentido contrario.

**d. Racionalidad.-** Es la capacidad que permite pensar, evaluar, entender y actuar de acuerdo a ciertos principios de optimidad y consistencia, para satisfacer algún objetivo o finalidad. El ejercicio de la racionalidad está sujeto a principios de optimidad y consistencia. Cualquier construcción mental llevada a cabo mediante procedimientos racionales tiene por tanto una estructura lógico-mecánica distinguible (razonamiento).

#### **2.4. Formulación de hipótesis**

La crisis del principio de legalidad y la falta de eficiencia y racionalidad del principio de ultima ratio constituyen los principales cuestionamientos a partir de las nuevas orientaciones político-criminales; por lo que en el denominado Derecho penal moderno quiebra del principio de intervención mínima o principio de última ratio imprescindible en un Estado Social y Democrático de Derecho; constituyéndose en un verdadero retroceso y ataque a sus fundamentos.

#### **2.5. Categorías**

**Primera categoría:** Principio de última ratio del derecho penal

**Segunda categoría:** Las nuevas orientaciones político-criminales del  
derecho penal



## CAPITULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. Tipo de investigación

Correspondió a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica<sup>102</sup>, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana, se basa en el estudio del “derecho en abstracto”<sup>103</sup>; es decir como aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica ò estructura legal en cuestión.”<sup>104</sup>

### 3.2. Diseño de investigación

#### a) Tipo de diseño

El diseño empleado en la investigación correspondió al **No Experimental**, puesto que “(...) no se generó ninguna situación, sino que se observaron situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación

---

<sup>102</sup> Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, p. 43. Su materia de estudio será fundamentalmente la realidad normativa con su abanico multiobjetal de tendencias o áreas (dogmático-jurídico, filosófico-jurídico, histórico-jurídico, teórico jurídico, etc.

<sup>103</sup> ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del Proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial FFECAAT, Lima, p. 44.

<sup>104</sup> WITKER VELÁSQUEZ, Jorge (1986). *Como elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.*: Editorial Civitas, Madrid, p.85.

por quien la realiza.”<sup>105</sup>. Es por ello que la presente investigación “(...) careció de manipulación intencional de la variable independiente; por cuanto, su finalidad únicamente fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia<sup>106</sup> sobre los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.

## b) Diseño General

Se empleó el diseño general **Transversal**, cuya finalidad es “(...) describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.”<sup>107</sup>, es decir se recolecta los “(...) datos en un solo momento, en un tiempo único.”<sup>108</sup>; cuya finalidad fue recolectar datos sobre los criterios de valoración judicial predominantes para determinar la reparación civil en los casos de lesiones graves por desfiguración de rostro en la legislación penal peruana.

## c) Diseño específico

Se empleó el diseño Explicativo, dado que “(...) se analizó la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y

---

<sup>105</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2014). *Metodología de la investigación*. 6ta edición, Editorial McGraw-Hill, México, p.152.

<sup>106</sup> ROBLES TREJO, Luis y otros (2002). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

<sup>107</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Ob. cit.* 49.154

<sup>108</sup> Citado por HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Ob. cit.*, p.154



deficiencias (...)”<sup>109</sup>. Su finalidad fue el estudio de los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.

### 3.3. Población y muestra

#### 3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generaron la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al 2020.

#### 3.2.2. Muestra<sup>110</sup>

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

---

<sup>109</sup> ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino (2015). *Investigación Jurídica*. 2da edición, Editorial Grijley Lima, p. 246.

<sup>110</sup> Ibidem



### 3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, los elementos de la unidad de análisis estuvieron constituida por:

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

### 3.4. Técnica e instrumentos(s) de recolección de la información<sup>111</sup>.

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación propuestos se empleó la Técnica Documental<sup>112</sup>, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

---

<sup>111</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

<sup>112</sup> VILCAPOMA, José Carlos. *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Editorial Argos, Lima, 2013, p. 81 y ss. Las técnicas de investigación documental centran su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información. Basándose en una investigación documental la principal técnica reconocida es la revisión documental donde tenemos como principal técnica el arqueo bibliográfico. En la investigación jurídica, la elaboración de todo tipo de fichas de fuentes de información ha sido y es una tarea básica del investigador del derecho. Todos estos instrumentos se aplicarán en un momento en particular, con la finalidad de buscar información que será útil para la investigación.

- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica<sup>113</sup>.

### 3.5. Plan de procesamiento y análisis de datos

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleará la técnica del análisis cualitativo<sup>114</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo

Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.

---

<sup>113</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, Así también ver: GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Palestra Editores, Lima.

<sup>114</sup> BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, México, p. 43.

- Recajo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos que se obtuvieron en la etapa de ejecución y discusión sirvieron para validar la hipótesis<sup>115</sup> en base la teoría de la argumentación jurídica<sup>116</sup>, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados de forma coherente y racional.

En ese sentido, cabe tener presente lo señalado por Ramos Núñez, quien afirma que: “... En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis ...”<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

<sup>116</sup> GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra, Lima, p. 49

<sup>117</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 129.



## CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 4.1. Presentación de resultados

#### 4.1.1. La nueva configuración del derecho penal moderno

En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones, es decir una sociedad de riesgo busca tener un derecho penal de riesgo o de emergencia, que es el rasgo fundamental que presenta el derecho penal moderno.

En tal sentido, se produce el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho, como bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto<sup>118</sup>

Así, el legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la Parte Especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. La consecuencia es que "en conjunto, el Derecho

---

<sup>118</sup> HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Editorial Bosch, Barcelona, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis, p. 640.

Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas"<sup>119</sup>.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con Muñoz Conde<sup>120</sup>, ese Derecho penal "carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños".

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

#### **4.1.2. El Derecho penal en la sociedad del riesgo**

La sociedad actual ha sido calificada como sociedad del riesgo, concepto acuñado por el sociólogo alemán ULRICH BECK en 1986 en su obra *La sociedad*

---

<sup>119</sup> Ibidem

<sup>120</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2000). "*Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*". En: *Revista Penal*, p. 48. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13090/Presente.pdf?sequence=2>

del riesgo. Hacia una nueva modernidad<sup>121</sup>. Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado (ej. los derivados del uso de la energía nuclear).<sup>122</sup>

En ese contexto, el panorama actual en las tendencias de la política criminal y la ciencia del derecho penal, a partir de la influencia que en los últimos años ha tenido sobre dichos ámbitos la concepción moderna de la sociedad como sociedad del riesgo, son importantes efectos que sobre el Derecho penal ha tenido esta compleja concepción de la estructura social, caracterizada en mayor medida por la atomización, especialización y la despersonalización tanto de los factores de riesgo como de sus efectos, el incremento de estructuras organizativas de actuación, y unaincesante sensación de inseguridad en el núcleo social, lo que en última instancia, se traduce en reiteradas demandas sociales de intervención punitiva por parte del Derecho penal.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Cfr. BECK, Ulrich (1988). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Barcelona.

<sup>122</sup> Hay autores que entienden que lo verdaderamente novedoso no son en sí los (nuevos) riesgos, sino la forma en la que los mismos se gestionan en las sociedades contemporáneas. Para un análisis de esta idea en el contexto del pensamiento actuarial, véase DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2009). *“La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”*, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 473-497, en particular, p. 488.

<sup>123</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas, Madrid.

Este nuevo entendimiento sobre el funcionamiento de las sociedades actuales, repercute de manera particularmente intensa en la política criminal y en el Derecho penal, toda vez que implica, en palabras textuales, la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación de la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos, aspectos todos estos que conducen desde luego, en última instancia, a formular el siguiente interrogante: ¿debe el Derecho penal de la sociedad del riesgo replantear o no los criterios básicos de imputación, de cara a alcanzar la efectiva protección de la sociedad?.

Tal respuesta, como bien lo expresa Mendoza Buergo<sup>124</sup>, dependerá de la posición teórica que se adopte en relación con la discusión actual sobre la expansión del Derecho penal. En el terreno propio de la política criminal, se señala que el desarrollo actual del Derecho penal de la sociedad del riesgo transita hacia una concepción preventiva (general positiva o integradora) de la legitimación del poder punitivo, cuyo objeto de protección normativa se desplaza del concepto de bien jurídico individual hacia la categoría sociológica de funciones sociales, vale decir, asistimos a un proceso de funcionalización y flexibilización del Derecho penal, de cara tanto a la prevención de situaciones problemáticas a gran escala, como a la protección y el mantenimiento del sistema.

Ello, sin embargo, se propone también en el texto, conduce a una política criminal estrictamente simbólica, tendiente a afianzar el sentimiento de seguridad

<sup>124</sup> Ibidem



en la sociedad, así como el compromiso político-jurídico del legislador en relación con la protección de la misma.

#### 4.1.3. Expansionismo penal como negación de la última ratio

El aumento de la delincuencia, de la inseguridad y del surgimiento de nuevas formas de criminalidad se presentan como nuevos riesgos que el Estado a través del derecho penal debe dar respuesta, ello ha generado el surgimiento del expansionismo penal.

Esto en doctrina se ha denominado como la expansión del Derecho penal<sup>125</sup> o simplemente la búsqueda de un sistema represivo apropiado<sup>126</sup>. Y este fenómeno expansivo ha tenido sus vertientes más saltantes en lo que se ha denominado el Derecho penal simbólico y Derecho penal punitivista<sup>127</sup>, esto quiere decir que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad a través del establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

Dicho expansionismo penal se concreta en la creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación, restricción de las garantías penales, entre otros. Esta relativización de los principios político-criminales de

---

<sup>125</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial J.M Bosch editor, Barcelona, p. 14 y ss.

<sup>126</sup> HURTADO POZO, José (2005). *Derecho Penal-Parte General*. 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 81

<sup>127</sup> JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, p. 62.

garantía se proyectan a una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica.

En síntesis, los pilares en los que se asientan los criterios que conducen al expansionismo y que muestran una novedosa coincidencia entre los diferentes agentes sociales: Por un lado, la inclinación de los aparatos de poder hacia el Derecho Penal como solución fácil y poco costosa a los problemas de conflictividad social que se producen en sus Estados. Y por otro, el propio modelo social que se está desarrollando, en el que los ciudadanos ven al Derecho penal también como instrumento necesario y adecuado para acabar, o al menos, oscurecer sus problemas, lo que los lleva a no reparar su excesiva utilización sino, incluso, a exigirla.

#### **4.1.4. La política criminal reactiva: El endurecimiento punitivo como respuesta a la criminalidad**

Una de las principales acciones que por política criminal ha desarrollado el Estado peruano ha sido la dación de normas como respuesta a la criminalidad. Estas van desde aquellas que crean nuevas conductas delictivas, pasando por aquellas que agravan las ya creadas (en penas o modalidades agravantes), hasta las que reducen o excluyen beneficios penitenciarios a determinados delitos.

Por ello, desde la dación del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal Peruano, con fecha del 08 de abril de 1991 hasta diciembre de 2012, por ejemplo se han producido 408 modificaciones al mencionado cuerpo normativo. De ellas, el 73.5% modificaron las penas y conductas descritas, con una única finalidad:

agravarlas; el 22% incorporó nuevas conductas; y un 4.5%, fueron con carácter derogatorias.

Tabla 01

Modificaciones al Código Penal Peruano (1991-2013)

<b>Código Penal de 1991</b>	<b>Artículos Modificados</b>	<b>Artículos Incorporados</b>	<b>Artículos Derogados</b>
Modificaciones normativas (1991-2013)	300	90	18

Fuente: SPIJ – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La misma suerte ha tenido el Decreto Legislativo N° 654, Código de ejecución penal, con fecha del 02 de agosto de 1991, hasta el presente año 2012, en el que se han producido 28 modificaciones al mismo. De ellas, el 72% han modificado con la finalidad de restringir o elevar la valla de los requisitos necesarios para la obtención de beneficios penitenciarios; 14% para incorporar mayores requisitos en la obtención de beneficios; y, 14% restante con carácter derogatorio.

Tabla 02

Modificaciones al Código de ejecución penal (1991-2013)

<b>Código de ejecución penal de 1991</b>	<b>Artículos Modificados</b>	<b>Artículos Incorporados</b>	<b>Artículos Derogados</b>
Modificatorias normativas (1991-2012)	20	4	4

Fuente: SPIJ – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



#### 4.1.5. Crisis del principio penal de ultima ratio<sup>128</sup>

El principio de ultima ratio expresa la idea heredada ilustrada por la que se entiende que el Derecho penal nunca puede ser legítimo cuando los poderes públicos tienen a mano otras posibilidades de regulación igualmente adecuadas para el fin propuesto y menos drásticas que el delito y la pena. Son clásico de esta postura: Montesquieu, Beccaria, Bentham.

La plasmación de dicho ideario aparece frecuentemente en los manuales de Derecho penal, a través de menciones varias a categorías intrínsecas al principio de ultima ratio, que prohíbe el recurso al derecho punitivo cuando el resto de recursos jurídicos de protección y control social, tales como el Derecho civil; el Derecho administrativo sancionador; la Política social; o la capacidad de autoprotección<sup>129</sup>, no presenta ninguna garantía de eficacia para alcanzar el fin u objetivo público para el cual se propone su recurso.<sup>130</sup>

En teoría, la idea de que el Derecho penal es el último recurso en la caja de herramientas del legislador se considera todo un patrimonio común y que es aceptado por todos, además que es el fundamento de todo derecho penal garantista

<sup>128</sup> GARCÍA DE LA TORRE, Francisco (2021). “Crisis del principio penal de ultima ratio. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?”. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, Revista de la Universidad de Granada, Editorial Universidad de Granada, pp. 131-154. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/16747/21028>

<sup>129</sup> Sobre la incidencia de las técnicas privadas de autoprotección en el principio de última ratio: SCHÜNEMANN, Bernd (2012). “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimo-dogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”. En: ROBLES PLANAS, Ricardo. Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Editorial Atelier, Barcelona, p. 78.

<sup>130</sup> ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José (2020). Introducción al Derechopenal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 74.

y democrático, porque pretende con ello establecer límites al ejercicio de ius puniendi del Estado.

Pero en la praxis, la opción política de recurrir al Derecho penal no aparece tan problemática ni costosa en términos de libertad. Después de las reformas que ha sufrido el Código Penal desde que fuera promulgado en 1991 hasta haberse transformado en un Código Penal “de la seguridad o emergencia”, podemos advertir la poca fidelidad que la clase política muestra a la idea de ultima ratio tal y como ha sido tradicionalmente entendida, es decir ha invertido dicho principio convirtiéndolo en prima ratio y no en ultima ratio; esto a consecuencia del expansionismo y populismo penal reinante en nuestro medio,

Esto ha implicado que las distintas modificaciones que ha sufrido el Código penal, ejecución penal y procesal penal no solo en el Perú sino en casi todas partes del mundo y de manera especial en el resto de los Estados de nuestro entorno jurídico más cercano, a un máximo histórico de conductas tipificadas en la legislación penal, que en no pocas ocasiones responde a políticas de seguridad nacionales o del Derecho penal transnacional.

A esta insostenible situación del Derecho penal, originada por las discrepancias entre los postulados de la Ciencia penal y la praxis legislativa y judicial, se suma que el espíritu de nuestro tiempo ha pasado de pedir mayor protección contra el poder público, a pedir protección eficaz del mismo porque no

teme el riesgo de la tiranía<sup>131</sup> , ante la proliferación generalizada de la idea de que no sólo el Estado, sino también actores no estatales, poseen las virtudes para poner en verdadero peligro la existencia de las libertades fundamentales.

Todo ello, ha terminado por provocar profundas transformaciones sobre el patrimonio común que es la idea de última ratio<sup>132</sup>. Ya no está tan claro cómo se puede seguir manteniendo que el Derecho penal tan solo resulta legítimo cuando no existen otros medios igualmente adecuados, o si en cambio hemos de considerar que en ocasiones sea la prima ratio, la sola ratio o la única ratio, porque se ha puesto en entredicho tanto que el Derecho penal sea de verdad la injerencia más grave del Estado en la esfera del individuo, tanto como se duda de la potencial eficacia de los sistemas de sanciones no penales.

#### **4.1.6. El principio de última ratio en la evolución del Estado<sup>133</sup>**

##### **4.1.6.1. De la prima a la última ratio en el tránsito del Estado absoluto al Estado liberal de Derecho**

El Derecho penal no pudo ser la última ratio en el Estado absoluto de la más pronta modernidad, pues en dicho tipo ideal de convivencia política, “quien tiene

<sup>131</sup> BERNUZ BENEITEZ, María José y GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (2006). *La levedad de la seguridad frente al caos*. In A. I. (coord.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*. Servicio de publicaciones de la Universidad de la Rioja, La Rioja - España, p. 24.

<sup>132</sup> PALAZZO, Francesco. (2001). *Principio de ultima ratio e hipertrofia del Derecho penal*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. In ARROYO ZAPATERO Luis. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, p. 441.

<sup>133</sup> Este ítem fue tomado de GARCÍA DELA TORRE GARCÍA Faustino (2021). *Crisis del principio penal de ultima ratio ¿debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?*. Revista de la Universidad de Granada. Editorial Universidad de Granada. Pp. 134-139. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/vjew/16747/21028>

derecho al fin tiene derecho a los medios” y es juez tanto para los medios de la paz y defensa, como para hacer todo lo que considere necesario para la preservación de la paz y la seguridad<sup>134</sup>.

De hecho, el Estado absoluto se ha descrito como un mero “ordopoenalis”<sup>135</sup>. Sin embargo, en la medida en que el Estado absorbe todos y cada uno de los ámbitos de la vida social e impone la paz civil neutralizando los miedos de los ciudadanos entre sí, él mismo se convierte en el objeto del miedo<sup>136</sup>.

A partir de mediados del S. XVIII, el uso discrecional del Derecho penal entró en fuerte crisis por la rápida expansión de la idea de que la existencia del soberano también significaba inseguridad si no existen posibilidades de rechazar sus pretensiones<sup>137</sup>.

La primera formulación de la idea de ultima ratio aparece de manera sistemática en la obra de Beccaria, quien señala que “toda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.

---

<sup>134</sup> HOBBS, Thomas. (1980). *Leviatán*. 2º Edición preparada por Carlos Moya y Antonio Escotado. Madrid: Editora Nacional, p. 384.

<sup>135</sup> SCHMITT, Carl. *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes* (2008). Editorial Fontamara, México, p. 151.

<sup>136</sup> ISENSEE, Juan (2014). *El Derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal*, Traducción de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 21.

<sup>137</sup> BACIGALUPO, Enrique (2005). *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 12.



He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos”<sup>138</sup>.

#### **4.1.6.2. De la última a la extrema ratio en el tránsito del Estado liberal clásico al Estado de bienestar**

Debido a la incapacidad de la sociedad burguesa para autorregularse ante la inmensa proliferación de riesgos que surgieron del proceso de industrialización y la consiguiente migración en masa del campo a la ciudad, la doctrina de la defensa frente al Estado se ha visto envuelta en un proceso de negación de sí misma desde finales del s. XIX<sup>139</sup> que en nuestros días está llegando a ser comprometedor.

Bajo la proclama de que el Estado debía poder actuar con todos sus medios cuando fuera necesario para proteger la libertad frente a los nuevos riesgos del trabajo, del desempleo, y de la pérdida de las condiciones básicas para la subsistencia material, se ha venido impulsando que el Estado abandone progresivamente su postura de mero guardián nocturno del orden jurídico con la que había sido concebido por la sociedad burguesa. En la mente de la nueva sociedad industrial de clases, las fronteras entre el Estado y el individuo se desdibujan<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> BECCARIA, Cesar (1990). *De los Delitos y de las Penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza, Madrid, p. 86.

<sup>139</sup> GRIMM, Dieter (1991). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Editorial Trotta, Madrid, pp. 181 y ss.

<sup>140</sup> FORSTHOFF, Ernst (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, p. 123.

A partir de entonces, comienza a considerarse que el Estado puede encontrarse obligado a incidir en la organización social por medios políticos, entre los cuales se encuentra el Derecho penal como instrumento activo de la lucha eficaz contra el delito<sup>141</sup>.

No obstante, aunque “el Estado social tiende a reflejarse en la ampliación de la acción penal, tanto en lo que se refiere a sus objetos de protección como en lo referido a su rigor”<sup>142</sup>, la idea de que el Derecho penal debe ser la última ratio de las opciones políticas no retrocede un palmo en el tránsito del Estado liberal clásico al Estado social y democrático de Derecho, pues sale incluso reafirmada al verse ampliadas las posibilidades de intervención del Estado en las relaciones sociales, especialmente a través de políticas sociales de repartición de la riqueza, desplazándose el elemento punitivo a la extrema ratio<sup>143</sup>.

Tras el desplome del muro que separaba en la sociedad liberal al Estado del individuo, las exigencias de economía social, que buscan el mayor bien de la sociedad al menor costo, son los motivos principales para desear la mínima intervención del Estado mediante el ejercicio de la violencia.<sup>144</sup>

#### **4.1.6.3. De la extrema a la prima ratio en el tránsito del Estado de bienestar al Estado de la seguridad**

---

<sup>141</sup> MIR PUIG, Santiago (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. BdeF, Montevideo, p. 104.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 110

<sup>143</sup> MIR PUIG, Santiago (2015). *Manual de Derecho penal. Parte General*, 10º, EdicionesReppertor, Barcelona, pp. 127-129.

<sup>144</sup> MIR PUIG, Santiago (2010). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial La Ley, Madrid, p. 151.

La sociedad del riesgo contemporánea coexiste entre peligros que amenazan por doquier la seguridad sobre vida y la integridad física de los individuos, riesgos que no solo derivan de los procesos de tecnificación, industrialización y globalización<sup>145</sup>.

Por ello, la expansión del Derecho penal es un hecho prácticamente inevitable en nuestros tiempos,<sup>146</sup> ya que se presupone, cada vez con mayor rigor, la bondad de la intervención del Estado de manera regulativa en ámbitos que tradicionalmente han permanecido libres de la acción política<sup>147</sup>.

En base a estos parámetros, ya se ha llegado a cifrar que el modelo de Estado que rige en la actualidad bien puede denominarse “Estado de la seguridad”<sup>148</sup>, no tanto porque el recurso al Derecho penal también pueda encontrarse por doquier, sino porque su presencia no siempre obedece a razones de estricta necesidad, pues se ha comprobado que a menudo se emplea con un valor simbólico sin examinar cuán eficiente y necesario pueda ser en relación a la existencia de otras técnicas de protección y control social.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José María (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas Madrid.

<sup>146</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2012). “*Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*”. En: *Revista de Derechos fundamentales*, N° 8, 2012, pp. 45-76. Disponible: <https://vlex.cl/vid/derecho-penal-as-constitucionales-456818866>

<sup>147</sup> BECK, Ulrich (1988). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro y Daniel Jiménez y M° Rosa Borrás. Ediciones Paidós, Barcelona, p. 14.

<sup>148</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2006). “*Las transformaciones del Estado. Del Estado protector al Estado de la seguridad*”. En: BERNUZ BENÍTEZ, María José y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La tensión entre la libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. Ediciones de la Universidad de la Rioja, La Rioja, p. 53.

<sup>149</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2008). “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis*, Vol.14, N°.1, pp. 17-18. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>



## 4.2. Discusión

### 4.2.1. Sobre el derecho penal moderno<sup>150</sup>

Según Hassemer, el Derecho penal moderno presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias. La primera de ellas, consiste en que el Derecho penal moderno considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas.

Así, el Derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos<sup>151</sup>.

No obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al Derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, dado que "el concepto de bien jurídico

---

<sup>150</sup> Tomado de MILANESE, Pablo (2005). "El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima". <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/>.

<sup>151</sup> HASSEMER, Winfried (1993). "Crisis y características del moderno derecho penal". Actualidad Penal, N° 43, , traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco, p. 638.

se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal<sup>152</sup>.

Existe, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la última ratio del ordenamiento jurídico, el Derecho penal, sin pasar por los "filtros" de las otras ramas del Derecho, sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de este.

La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora<sup>153</sup>.

Así, como afirma Hassemer<sup>154</sup>, "cada vez más el fin parece justificar los medios". Es cierto que la finalidad de prevención debe nortear el Derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que, tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos.

---

<sup>152</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). *"El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias"*. La Ley, N° 3, Madrid, p. 1340.

<sup>153</sup> HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal"... ob. cit., p. 638

<sup>154</sup> Ibid., p. 639.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la "intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos"<sup>155</sup> (prevención general), existe también la función de "apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad"<sup>156</sup> (prevención especial).

El Derecho penal moderno rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo, garantías esas que constituyen el fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Una vez más, los delitos contra el medio ambiente son ejemplos de la preferencia del Derecho penal moderno por la prevención general, dado que tienen un carácter de intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos, si bien revistiendo una apariencia de medida educativa<sup>157</sup>.

La tercera y última característica es la conversión por el Derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes... ob. cit., p. 4

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian (2000). "*Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente*" en ROMEO CASABONA, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Traducción al castellano por IÑIGO CORROZA, Elena, PASTOR MUÑOZ, Nuria y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, Editorial Comares, Granada p. 529.

<sup>158</sup> HASSEMER, Winfried. "*Crisis y características del moderno derecho penal*". ob. cit., p. 639

Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho penal, entiende Hassemer<sup>159</sup> que: Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas.

Orientación a las consecuencias puede significar en Derecho penal que el legislador, la justicia penal y la Administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto.

Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el Derecho penal moderno, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del Derecho.

De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada<sup>46</sup>, como la norma, la

---

<sup>159</sup> HASSEMER, Winfried (1984). Fundamentos del derecho penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis, pp. 34-35.

sanción y el proceso, más allá de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social. De todo lo expuesto, es posible concluir que el Derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en el marco de la discusión sobre la actual configuración de la dogmática jurídico-penal, se destaca que la caracterización del Derecho penal como Derecho penal del riesgo, implica recurrir en el proceso de elaboración conceptual a categorías dogmáticas tales como los tipos de peligro abstracto, a la protección de bienes jurídicos supraindividuales de tipo difuso, así como a la flexibilización y desformalización del Derecho penal sustancial y procesal, con miras a producir un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, a partir de la desmaterialización del concepto del bien jurídico.

Según Mendoza Buergo, un Derecho penal así entendido, desnaturaliza la función primigenia de protección exclusiva de bienes jurídicos individuales por parte del mismo y, por contra, se desliza tanto hacia la tutela de normas organizativas como al mantenimiento de funciones sistémicas<sup>160</sup>.

Pues bien, ante este panorama expansionista del Derecho penal, se pueden encontrar, a grandes rasgos, tres importantes posiciones teóricas. Por un lado, la de quienes defienden a capa y espada los principios fundantes del Derecho penal

---

<sup>160</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas Madrid, 2001.

garantista y, por tanto, la aplicación de las estructuras de imputación ya conocidas a las nuevas realidades.

Agrega la referida autora, por su parte, que coincide con la concepción teórica del Derecho penal del riesgo, aboga por la flexibilización de los principios de atribución de responsabilidad penal, acorde con los postulados de prevención y seguridad social. Finalmente, está la posición de quienes se muestran reacios a aceptar la expansión del Derecho penal a los nuevos ámbitos de peligro, por considerar que la misma no se corresponde con la tarea propia del poder punitivo, en atención a su condición de última ratio.

#### **4.2.2. Posiciones doctrinales sobre las respuestas y funciones del derecho penal frente a la nueva realidad de la sociedad de riesgo**

Las respuestas doctrinales frente a la necesidad o no de que el Derecho penal haga frente a las nuevas realidades, así como respecto de la fórmula que debería adoptar en caso afirmativo, son diversas. En esencia pueden agruparse en torno a dos discursos ideológicos y político-criminales: de un lado, las tendencias modernizadoras y, de otro, las tendencias de resistencia a la modernización (resistencia garantista o tendencias reduccionistas)<sup>161</sup>. Comenzaremos por las segundas.

---

<sup>161</sup> Cfr. El desarrollo de las distintas posiciones dogmáticas sobre el papel del derecho penal fueron tomados del artículo presentado por JIMÉNEZ DÍAZ María José (2014). “*Sociedad del riesgo e intervención penal*”. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Granada, <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

#### 4.2.2.1. Las tendencias de resistencia a la modernización del Derecho penal

Ha esta tendencia se aúnan aquellas líneas doctrinales que niegan su capacidad para hacer frente a los nuevos retos surgidos de la sociedad moderna.<sup>162</sup> Dentro de las mismas se distinguen a su vez varias posturas, pero todas ellas tienen en común la reducción al mínimo de los límites del Derecho penal.

##### 4.2.2.1.1. Escuela de Frankfurt

La tendencia de resistencia a la modernización o tendencia reduccionista más destacada es la representada por la Escuela de Frankfurt en Alemania cuyo máximo exponente es HASSEMER<sup>163</sup>.

Este insigne penalista patrocina que el Derecho penal no debe encargarse de la defensa de la sociedad ante los nuevos riesgos y aboga por mantener intacto el sistema conceptual del Derecho penal clásico, resultando inaceptables las

---

<sup>162</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN recurre a la Astrofísica para poner de relieve que hay dos de sus teorías que han sido trasladadas como metáforas al terreno de la economía y de las ciencias sociales: la del “Big Bang” y la del “Big Crunch”. La primera supone “expansión” y la segunda implica “reducción”, aplicada la teoría del “Big Crunch” al Derecho penal, supondría una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio. En ella se encuadraría, por tanto, la Escuela de Frankfurt que se expondrá a continuación y, también, aunque en una versión matizada y más acabada, la postura de Silva Sánchez que se analizará más adelante. Ver: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2003). “*Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del ‘Big Crunch’ en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)*”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2003, N° 7, pp. 953 y ss.), citado por JIMÉNEZ DÍAZ María José, ob. cit., p. 6.

<sup>163</sup> Entre otros trabajos de este autor, véanse HASSEMER, Winfried (1992) “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, pp. 235-249;

(1995) “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, en AAVV.: *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, pp. 23-36; (1999) “*Viejo y nuevo Derecho penal*”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (traducción de Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M. M.), Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, pp. 15-37.





transformaciones que debe sufrir para darles cobertura, porque las mismas suponen el abandono de los principios del Derecho penal clásico, privándolo de sus señas de identidad, y desvirtuando su carácter de ultima ratio.

Fundamentalmente, tales transformaciones comportan dos consecuencias negativas: una, la desnaturalización que supone la protección generalizada de bienes jurídicos de carácter supra-individual o colectivo; y, otra, la flexibilización que sufren los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de la responsabilidad (relación de causalidad, imputación objetiva, imputación subjetiva, autoría...) y las garantías político-criminales, tanto materiales como procesales, sobre las que se asientan los anteriores criterios (principio de legalidad, principio de taxatividad, principio de irretroactividad, principio de analogía in malam partem o principio de culpabilidad).

De acuerdo con lo anterior, se muestra partidario de una reducción del objeto del Derecho penal y se postula como defensor de un Derecho penal mínimo, que se articula en torno a dos premisas básicas que, obviamente, son contrapuestas a la que critica. De un lado, considera que los bienes jurídicos de carácter supraindividual sólo deben ser tutelados en la medida en que sean concebidos como puros intereses instrumentales al servicio del individuo.

De esta forma, evitando la protección de los bienes jurídicos universales, también se evita la utilización generalizada de la técnica de los delitos de peligro abstracto, técnica que, a fin de cuentas, es la principal causante de la flexibilización que rechaza.

De otro, se muestra partidario de respetar a ultranza las reglas dogmáticas tradicionales de imputación y los principios político-criminales garantistas, característicos del Derecho penal liberal clásico, porque son instrumentos al servicio de la función limitadora del ius puniendi estatal, o lo que es lo mismo, actúan como límites de la intervención punitiva del Estado en la esfera de libertad personal del individuo.

En definitiva, para esta Escuela y, en particular, para HASSEMER, el Derecho penal debe reducir su objeto de protección al Derecho penal tradicional, nuclear o básico, mediante el que se tutelarían, exclusivamente, los bienes jurídicos individuales más importantes, quedando conformado por delitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, los patrimoniales más graves, etc. Por lo que respecta a los bienes jurídicos universales, deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales<sup>164</sup>.

Ahora bien, pese a su negativa a que el Derecho penal intervenga en ese marco de la sociedad moderna, sí que reconoce que es necesario arbitrar mecanismos específicos que hagan frente a los nuevos riesgos que se derivan de dicho modelo de sociedad. ¿Y qué es lo que propone? ¿Cómo entiende que debe ser la lucha contra los nuevos peligros post-industriales? ¿De qué forma se protegerían los nuevos bienes jurídicos de carácter supra-individual? ¿Cómo se haría frente a la nueva criminalidad?.

---

<sup>164</sup> HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo...”, cit., pp. 32 y 33.

Pues partiendo de que la intervención del Derecho penal sería ineficaz contra los nuevos riesgos (desplegando únicamente unos efectos simbólicos) y, además sería ilegítima, propone, crear un nuevo Derecho de intervención para evitar la desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad del riesgo. Se trataría de un Ordenamiento sancionador que estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos. Para Hassemer, esta clase de Derecho “moderno” no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas<sup>165</sup>.

#### **4.2.2.1.2. Las tendencias reduccionistas de algunos penalistas italianos:**

##### **Baratta, Ferrajoli y su Derecho penal mínimo<sup>166</sup>**

BARATTA realiza una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como idea-guía para una política penal a corto y mediano plazo. Según palabras de su autor, “la adopción de esta idea pretende ser una respuesta a

---

<sup>165</sup> HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo...”, ob. cit., pp. 33 a 35. Resumen de forma gráfica esta postura, entre muchos otros, CEREZO MIR, José (2002).: “*Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*”, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, N° 10, pp. 54 y ss.; en el Perú tenemos a PARIONA ARANA, Raul (2007). “*El derecho penal ‘moderno’*”, Revista Penal, N° 20, pp. 1157 y ss. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12155/Derecho.pdf?sequence=2>

<sup>166</sup> Una exposición sintética de sus posturas, así como una interesante crítica a los mismos, incluyendo también la realizada a Hassemer, se encuentra en MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2002). “*Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad*”, Revista

de Derecho penal y Criminología, 2ª época, N° 9, pp. 154 y ss.  
<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2188>



la cuestión acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal”<sup>167</sup>.

Para ello propone una serie de principios de mínima intervención, cuyo respeto legitimaría al Derecho penal. Agrupados en dos categorías, principios intrasistemáticos y principios extrasistemáticos, los primeros indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley<sup>168</sup>, en tanto que los segundos, se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal<sup>169</sup>.

Será en el ámbito de estos últimos (dentro de los extrasistemáticos, principio de politización de los conflictos) donde, fundamentalmente, realice propuestas reduccionistas del Derecho penal en el sentido aquí analizado. Entiende que ámbitos como el de la seguridad del trabajo y del tránsito, la corrupción administrativa, las

---

<sup>167</sup> BARATTA, Alessandro (2004). “*Principios de Derecho penal mínimo*”, en Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam), Editorial B de F, Buenos Aires, p. 299. <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>

<sup>168</sup> Que a su vez se pueden clasificar en tres grupos: principios de limitación formal (principios de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto, de taxatividad, de irretroactividad, del primado de la ley penal sustancial y de la representación popular); principios de limitación funcional (principios de la respuesta no contingente, de la proporcionalidad abstracta, de idoneidad, de subsidiariedad, de proporcionalidad concreta, de implementabilidad administrativa de la ley, del respeto por las autonomías culturales y del primado de la víctima); y principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal (principios de la imputación personal o de personalidad, de la responsabilidad por el hecho, y de la exigencia social del comportamiento conforme a la ley). Véase ob. cit., pp. 304 a 323.

<sup>169</sup> Estos se dividen en dos grupos: principios de descriminalización (principios de la no intervención útil, de la privatización de los conflictos, de politización de los conflictos y de preservación de las garantías formales) y principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales (principios de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena, de especificación de los conflictos y de los problemas, principio general de prevención, principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales). Véase ob. cit., pp. 324 a 330

relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países o las graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos, deben ser excluidos del Derecho penal.

Se trataría de restituir a dichos conflictos la dimensión política que le es propia, así como de considerar como alternativa a su tratamiento penal formas de intervención institucional confiables no sólo a los órganos administrativos, sino también y sobre todo, a aquéllos pertenecientes a la representación política, asegurando la participación y el control popular en la gestión de las contradicciones más relevantes del sistema político. Para Baratta, la construcción en el ámbito de la lógica del sistema penal es inadecuada y reductiva, en relación a materias de gran envergadura política como las antes indicadas<sup>170</sup>.

Para FERRAJOLI se ha producido una ampliación indeterminista del campo de lo designable como bienes tutelados, a través de la utilización de términos vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos, que derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y a la «inventiva» judicial.

Como ejemplos concretos alude a los distintos delitos asociativos o a las variadas figuras de peligrosidad social. Considera que se ha producido una creciente anticipación de la tutela, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, definidos por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo y por la descripción abierta y no taxativa de la acción, expresada

---

<sup>170</sup> Ibid., pp. 325 y 326.

con fórmulas como «actos preparatorios», «dirigidos a», «idóneos para poner en peligro» o similares<sup>171</sup>.

El resultado de tal inflación es la disolución del concepto de «bien penal» como criterio axiológico de orientación y delimitación de las opciones penales. La multiplicidad, la casualidad, la contingencia y, a veces, la inconsistencia de los bienes equivalen, de hecho, a la devaluación de la idea misma de «bien» e indican la sobrecarga de funciones impropias que lastra a nuestra justicia penal. El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados reviste una relevancia no sólo científica, sino también política, pues brinda el presupuesto de toda valoración crítica y de toda consideración de reforma del Derecho vigente.

En su opinión, es difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional, tendencialmente clasista y contrario a la constitución de la escala de bienes tutelados por nuestro Derecho penal, en contradicción con el escaso valor otorgado a la libertad personal, de la que se priva incluso por infracciones levísimas<sup>172</sup>.

Un programa de Derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los «bienes» penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Como restricción de carácter cualitativo, estima que el principio de lesividad permite considerar «bienes» sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995 (original 1989), pp. 474 y ss., en particular, 475 y 476.

<sup>172</sup> Ibidem. Así mismo del mismo autor (2006), véase también “Criminalidad y globalización”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 115, pp. 301–316.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 476 y ss., en particular, 477 y 478.

En España, la postura reduccionista más destacada es la mantenida por SILVA SÁNCHEZ, quien en 1999 publicó la primera edición de su obra *La expansión del Derecho penal*, cuya repercusión ha sido y es incuestionable.<sup>174</sup>

Tras efectuar un análisis sobre algunas de las causas de la expansión del Derecho penal y de la globalización económica y la integración supranacional como multiplicadores de la expansión, SILVA realiza algunas afirmaciones que conviene apuntar, pues permitirán comprender mejor cuál es su propuesta. Aunque no niega que el recurso al Derecho penal, en ocasiones, puede constituir un expediente fácil al que los poderes públicos recurren para hacer frente a problemas sociales de hondalado que no pueden o no quieren resolver de otro modo, estima que se dan elementos que trascienden con mucho esa opinión.<sup>175</sup>

Partiendo de que el conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que tienen lugar en las sociedades modernas (descritos en páginas anteriores de su obra) generan en el Derecho penal un cúmulo de efectos que es a lo que se llama “expansión”, resalta que algunas de las manifestaciones de dicha “expansión” son la flexibilización de los principios políticos criminales o de las reglas de imputación y, como primera expresión de esto, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales, en el sentido de que la introducción de nuevos objetos de tutela, combinado con la anticipación de las fronteras de protección penal, ha propiciado una rápida transición del modelo de “delito de

---

<sup>174</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas, Madrid.

<sup>175</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María. *La expansión...*, ob. cit., p. 12



lesión de bienes individuales” al modelo de “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”<sup>176</sup>.

Utilizando como muestra la protección penal del medio ambiente, por considerarlo el ejemplo más claro de esta tendencia, concluye que realmente lo que se viene a proteger no es tanto el bien jurídico sino el contexto. Para SILVA, esta orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos del disfrute de bienes jurídicos clásicos ha culminado en un proceso en el que el Derecho penal se ha “administrativizado”<sup>177</sup>.

Para explicar lo que quiere indicar con dicha expresión, el autor en cita realiza un repaso de los criterios distintivos entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador y, entre ellos, señala que este último es el Derecho del daño cumulativo, del daño derivado de la repetición, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara ilícito<sup>178</sup>.

Pues bien, afirma SILVA que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, la forma de razonar de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Y, precisamente, esto es lo que quiere indicar cuando alude al proceso de “administrativización” en que, a su juicio, se halla inmerso el Derecho

---

<sup>176</sup> Ibid., pp. 131 y 132.

<sup>177</sup> Ibid., pp. 132 y 134.

<sup>178</sup> Ibid., pp. 134 a 138.

penal, pudiéndose llegar a afirmar que no sólo el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales y que lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual, siendo el paradigma de lo anterior los llamados delitos acumulativos<sup>179</sup>.

Ante este panorama, SILVA SÁNCHEZ estima que abogar por una vuelta al Derecho penal liberal, ceñido a la protección de bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía, presenta elementos no sólo anacrónicos sino ucrónicos. Por otra parte, pretender que la mayor parte del fenómeno expansivo del Derecho penal sea reconducido sin más al Derecho administrativo sancionador, le parece una postura loable desde perspectivas academicistas, pero que elude afrontar las razones que han conducido a la inflación penal así como a buscar soluciones racionales.

De ahí que se resigne y haga una propuesta que califica de más realista o posibilista acerca de la medida en que un Derecho penal con vocación racionalizadora debe acoger las nuevas demandas sociales de protección<sup>26</sup>. Su propuesta concreta sería la siguiente<sup>180</sup>.

Dado que es difícil frenar cierta expansión del Derecho penal, propone admitir la gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios

---

<sup>179</sup> Ibid., pp. 142 y ss.

<sup>180</sup> Ibid., pp. 165 y ss.

de garantía en su seno, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo. O lo que es lo mismo, aceptar un modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no sean de prisión.

En definitiva, se trata de realizar una división del Derecho penal en dos bloques o niveles de rigor diferentes. Se trataría, pues, de configurar un Derecho penal de tres velocidades.

El Derecho penal de primera velocidad se correspondería con el Derecho penal clásico y puesto que comportaría la pena de prisión (“Derecho penal de la cárcel”), respecto del mismo habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales.

La segunda velocidad, en cambio, sería una especie de Derecho penal accesorio, en el que se integrarían los “delitos de acumulación o peligro presunto”. Dado que este nivel, no podría utilizar penas privativas de libertad (tan solo se impondrían penas pecuniarias y privativas de derechos), dichos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.

Tercera velocidad del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales<sup>28</sup>. Sin negar que esta tercera velocidad describe un ámbito que debería ser reducido a la mínima expresión, considera que resulta inevitable en determinados ámbitos excepcionales (delincuencia patrimonial

profesional, delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalizada organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado) y por tiempo limitado.

Concluyendo que el propio SILVA apunta la estrecha relación entre el Derecho penal del enemigo y su Derecho penal de la tercera velocidad. Considera que aun cuando éste constituye un “mal”, puede ser el “mal menor”, si bien obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esta índole. Lo que en su opinión no está sucediendo ya que, por el contrario, los Estados van acogiendo con comodidad la lógica de la “perenne emergencia”, razón por la que pronostica que el círculo del Derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer<sup>181</sup>.

Como postura de transición entre las anteriores y las que a continuación se expondrán, se puede citar la de MARTÍNEZ-BUJÁN, quien escogiendo entre la de HASSEMER (que propone la creación de un “Derecho de intervención”) y la de SILVA (que patrocina lo que él denomina un “modelo dual”), se decanta por la defendida por el segundo, dado que considera que la opción de seguir manteniendo las infracciones no nucleares o accesorias en el seno del Derecho penal presenta indudables ventajas<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Ibid., pp. 184 y ss.

<sup>182</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Algunas reflexiones sobre...”, ob. cit., pp. 964 y 965.

Centrándose en los delitos económicos (que son su especialidad), discrepa en cuanto al contenido del cuerpo normativo accesorio, al entender que aunque en éste podrían subsumirse las infracciones económicas de menor gravedad, las más graves deberían permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminadas con penas privativas de libertad, quedando sometidas a idénticas reglas de imputación y a los mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios<sup>183</sup>.

En definitiva, asumiendo como innegable el fenómeno de la expansión del moderno Derecho penal y también que esa expansión se ha llevado a cabo en ocasiones de una forma censurable, considera que ello no autoriza a realizar una descalificación global de la legitimidad de la intervención penal en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen de la órbita del Derecho penal clásico, y menos aun cuando dicha descalificación se proyecta, en particular, sobre el ámbito del orden socioeconómico<sup>184</sup>.

#### **4.2.3. Las tendencias de modernización del Derecho penal**

Dentro de las tendencias de modernización del Derecho penal es común afirmar que existen dos líneas diferentes, una primera que estima que el Derecho penal es un instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna y que acepta la posible flexibilización de los criterios de

<sup>183</sup> Ibid., pp. 965 y ss.

<sup>184</sup> Ibid., p. 983.



imputación y garantías penales y procesales que ello pudiera implicar y, una segunda, que aun admitiendo la intervención punitiva para combatir dichos nuevos riesgos, defiende que ello es posible sin que el Derecho penal sufra menoscabo alguno en sus criterios de imputación y garantías.

Sin embargo, como se verá a continuación, también los incluidos en la primera de las líneas mencionadas, fundamentalmente el que reseñaremos en segundo lugar, defienden que sus tesis son respetuosas con tales principios y garantías.

#### **4.2.3.2.1. Derecho penal como instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos**

Entre los representantes de la primera postura puede citarse a SCHÜNEMANN en Alemania y a GRACIA MARTÍN en España.

Para SCHÜNEMANN, “la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho”. El Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañinidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución



colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos<sup>185</sup>.

Efectúa una apasionada crítica tanto a la posición de la Escuela de Frankfurt, sobre todo la de HASSEMER, así como a la de JAKOBS, pues entiende que constituyen sendos obstáculos a la modernización del Derecho penal. Estas dos corrientes, nos dice, suponen dos callejones sin salida que cortan la ulterior evolución de la ciencia del Derecho penal.

En particular, el individualismo de Frankfurt está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de en un elemento positivo, en un obstáculo. En cuanto al normativismo de Jakobs, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o de la jurisprudencia<sup>186</sup>.

SCHÜNEMANN estima que la concepción sociológica de la sociedad es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variante más conocida de BECK (sociedad del riesgo, por tanto), de modo claramente unilateral. Para sustentar lo que parece un rechazo a la noción de sociedad del riesgo, pone como ejemplo que los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en que la vida era un constante riesgo, y que la dimensión

---

<sup>185</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (2003). “Presentación” de la monografía de GRACIA MARTÍN, Luis.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 14 y 15.

<sup>186</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (1996). “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49, p. 189. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5226>. Para una crítica detallada a lo que califica como individualismo monista de la Escuela de Frankfurt, véanse las pp. 190 a 205. La efectuada respecto de la teoría del Derecho penal monista-normativista de Jakobs, pp. 205 a 209.

específica de los grandes riesgos industriales ya aparecía claramente en el siglo XIX<sup>187</sup>.

En su opinión, si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es muy esencialmente inferior al de la destrucción de recursos.

Para SCHÜNEMANN, cuando la Escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. En definitiva, la anatemización del delito de peligro abstracto constituye un callejón sin salida; sólo si éste se evita consecuentemente, quedara abierto el camino para la necesaria aportación constructiva que la ciencia del Derecho penal debe ofrecer a la modernización legislativa del Derecho penal<sup>38</sup>.

Según GRACIA MARTÍN considerado como uno de los penalistas que lidera el discurso de modernización del Derecho penal en España. El mismo pone de relieve que para el discurso de resistencia a la modernización, el Derecho penal actual se desviaría de modo relevante de ciertos principios fundamentales del

---

<sup>187</sup> Ibid., p. 198.

Derecho penal liberal, gozando de un carácter antigarantista dado que supone una ruptura con las garantías penales del modelo liberal.

Frente a esta objeción, el autor español sostiene que la ruptura del Derecho penal actual con el tradicional únicamente se produce en el ámbito de la selección de conductas punibles, pues lo que realmente lo caracteriza es la extensión de la punibilidad a la criminalidad material típica de las clases sociales poderosas, pero sin que ello suponga el más mínimo menoscabo de las garantías penales del Estado de Derecho, que permanecen incólumes e intactas, pues el respeto a las mismas es y debe ser condición indispensable de la legitimidad de todo Derecho penal sin excepción alguna<sup>188</sup>.

La propuesta modernizadora de GRACIA MARTÍN ha recibido numerosas críticas en la línea anteriormente apuntada de acusarle de aceptar una flexibilización de las garantías penales<sup>189</sup>, a las que el propio autor ha respondido con idénticas palabras a las que ya esgrimiera en la obra origen de su propuesta: “los objetos, enunciados, proposiciones e instrumentos dogmáticos y político criminales del Derecho penal moderno gozan en su totalidad de la propiedad de ser conformes, en todo y sin fallos ni siquiera infinitesimales, con la totalidad de las garantías políticas del Estado de Derecho (social y democrático)”<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (2009). “*Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho*”, en CARBONELL MATEU J.C./GONZALEZ CUSSAC J.L./ORTS BERENGUER E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 882 y 883.

<sup>189</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (2006). “*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, N° 2, pp. 1-27.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 208 y “*Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad...*”, *ob. cit.*, p. 896.

Los argumentos que utiliza para sustentar semejante afirmación parten de defender que su programa de modernización arranca del principio de que el Derecho penal únicamente puede tener pretensión de legitimidad si se orienta a la exclusiva protección de bienes jurídicos y sólo frente a las formas más graves de agresión a los mismos (carácter fragmentario del Derecho penal) y, además, como postulan los principios de intervención mínima, subsidiariedad y ultima ratio, esto es, sólo si el Derecho penal no dispone para hacer frente a tales agresiones de otros recursos menos severos que la pena.

La única diferencia con el Derecho penal tradicional, indica, radicaría en que en tanto que el discurso de resistencia no deja margen para la intervención penal en las nuevas realidades sociales, su discurso de modernización plantea una adecuación a las mismas, pero con estricta sujeción a los principios y garantías penales del Estado de Derecho<sup>191</sup>.

Sentado lo anterior, plantea que la cuestión que debe ser resuelta es la relativa a si los contenidos y el alcance que la doctrina tradicional ha dado a los principios y garantías penales (enunciados garantistas) pueden sostenerse hoy y si es correcto un concepto de bien jurídico que deje fuera de sí a los sustratos colectivos o universales a cuya protección se orientan los tipos del Derecho penal moderno<sup>192</sup>, concluyendo que en dicho concepto de bien jurídico tiene que haber espacio necesariamente para los nuevos objetos o sustratos de carácter colectivo, los que

---

<sup>191</sup> Ibid., “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad...”, ob. cit., p. 898.

<sup>192</sup> Ibid., p. 899

bajo determinadas condiciones son merecedores y están necesitados de protección penal, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y ultima ratio<sup>193</sup>.

Afirma GRACIA que el substrato de los bienes jurídicos colectivos radica en que están al servicio de los bienes jurídicos individuales, pues su función consiste en prestar determinadas utilidades a los mismos y, por tal razón, deben anteponerse a ellos. Dichos bienes colectivos, cuyo reconocimiento así como el mandato de su producción y protección por el Estado gozan de rango constitucional, tienen un carácter complementario para los bienes individuales y sólo tienen razón de ser en la medida en que su sustrato preste determinadas utilidades a éstos y, por ello, a las personas (“relación funcional”).

Las condiciones de la libertad e igualdad, y de participación en todos los órdenes de la vida de todos los individuos, en conexión con la dignidad y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, constituyen a su juicio la formulación abstracta del contenido de la directriz normativa rectora de la determinación de los diferentes bienes jurídicos colectivos.

De ahí que una protección penal de dichos bienes deba considerarse legítima y conforme con el Estado de Derecho, si se fundamenta en los principios político-criminales que legitiman la intervención penal, es decir, los de subsidiariedad, última ratio, lesividad, proporcionalidad, etc. Destaca el autor glosado que los tantas veces mencionados bienes jurídicos colectivos constituyen objetos de protección autónoma, esto es, que su protección no está condicionada a la producción efectiva

---

<sup>193</sup> Ibid., pp. 900-903.

de ningún efecto de la acción (lesión o peligro concreto) para ningún bien jurídico individual<sup>194</sup>.

Por lo que se refiere a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, que podrían tener en principio como objeto de protección tanto bienes jurídicos individuales como colectivos, opina que son absolutamente inobjetables desde el punto de vista de los principios político-criminales y de las garantías del Estado de Derecho; constituyen un recurso necesario e insustituible para la protección de bienes individuales de mayor valor en los ámbitos específicos de riesgo característicos de las sociedades modernas; y son absolutamente conformes con el principio de proporcionalidad, subsidiariedad y ultima ratio y satisfacen plenamente las exigencias del principio de lesividad<sup>195</sup>.

En cuanto a la descalificación del Derecho penal moderno como “simbólico” considera que los propios críticos del mismo se han visto forzados a reconocer que una función simbólica es consustancial o inherente a toda ley penal, lo que a su juicio no es sino la función pedagógica ético-social del Derecho penal, que constituye un refuerzo de la función instrumental de la protección de bienes jurídicos.

En este sentido, una ley penal sólo podría ser tachada de puramente simbólica y, con ello, de ilegítima, si la protección de algún bien jurídico estuviera completamente ausente de su finalidad. Y esto no debe servir sólo para el Derecho

---

<sup>194</sup> Ibid., pp. 910-913

<sup>195</sup> Ibid., pp. 14 a 916.

penal, sino que debe extenderse a la totalidad del Ordenamiento jurídico y, por tanto, también al Derecho administrativo sancionador, al Derecho de Intervención propuesto por la Escuela de Frankfurt o al Derecho penal de la tercera velocidad formulado por SILVA SÁNCHEZ<sup>196</sup>.

En su opinión, la respuesta verdadera al problema de la ineficacia de los tipos del Derecho penal moderno no se encuentra en que se trate de un Derecho penal simbólico, sino en que su contenido es la criminalidad material de las clases sociales poderosas<sup>197</sup>. La propuesta modernizadora patrocinada por GRACIA MARTÍN exige finalizar su repaso destacando las dos conclusiones en las que desemboca, que conectan de forma directa con la última afirmación expuesta: una, que el Derecho penal tradicional debe ser superado, dado que responde únicamente a la protección de los intereses de una determinada clase social frente a las demás; y otra, que se hace preciso construir un nuevo Derecho penal con arreglo al criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad<sup>198</sup>.

#### **4.2.3.2.2. El derecho penal y la intervención punitiva sin que sufra menoscabo criterios de imputación y garantías penales y procesales**

La segunda de las posturas anunciadas, tal y como se indicó, admite la intervención punitiva para combatir los nuevos peligros de la moderna sociedad del

---

<sup>196</sup> Ibid., pp. 916 a 918

<sup>197</sup> Ibid., p. 921

<sup>198</sup> GRACIA MARTÍN, L.: Prolegómenos para la lucha..., ob. cit., p. 217.

riesgo, pero defiende que ello es posible sin que el Derecho penal sufra menoscabo en sus criterios de imputación y garantías penales y procesales.

Exponente destacada de la misma es CORCOY BIDASOLO, para quien la dependencia entre Derecho y sociedad, implica que frente a una “modernización” de la sociedad, el Derecho penal debe de realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos<sup>199</sup>.

La sociedad moderna y, en concreto, los avances científicos generan ventajas reales, pero también riesgos que requieren una intervención del Derecho penal con la creación de nuevos delitos, al igual que suscitan problemas en los delitos más clásicos<sup>200</sup>.

Las alegaciones de que el Derecho penal en los nuevos ámbitos no puede ser eficaz carecen de fundamento, puesto que si se tiene voluntad política para ello, se puede dotar al sistema policial y judicial de los medios necesarios para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad, que no es posible con los medios tradicionales<sup>201</sup>.

La sociedad “moderna” es una sociedad del riesgo y, en su opinión, los beneficios que estos riesgos proporcionan justifican su aparición, pero el ciudadano, para poder ejercer realmente su libertad, precisa tener una cierta seguridad y confianza en que esos riesgos no son superiores a los que aparentan ser. Más

---

<sup>199</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 188

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>201</sup> *Ibid.*, pp. 190 y 191



concretamente, CORCOY pone de relieve que quienes se muestran partidarios de limitar el Derecho penal al nuclear, lo hacen, básicamente, en nombre de la libertad, pero considera que están utilizando la idea de libertad de una forma hueca, porque la libertad no se puede ejercer realmente si no se tiene una cierta seguridad, si no se puede confiar en que no existirán injerencias extrañas en la esfera personal. Afirma pues que la libertad, en un sentido amplio, debe entenderse como libre desarrollo de la personalidad y éste sólo es posible en un ambiente de seguridad y confianza<sup>202</sup>.

En conclusión, según defiende esta corriente doctrinal, no es cierto que el moderno Derecho penal de la sociedad del riesgo abandone los principios básicos del Derecho penal garantista cuando interviene para hacer frente a los nuevos riesgos. Y no lo es porque aun cuando es verdad que el mismo exige la adaptación de algunos parámetros tradicionales (que, además, suponen un estímulo para la mejora de las técnicas legislativas empleadas) puede afirmarse rotundamente que los principios limitadores del ius puniendi estatal son debidamente respetados.

En particular, se respeta el principio de subsidiariedad del Derecho penal, dado que este sector ha demostrado sobradamente ser más eficaz que el Derecho administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas. En cuanto a los bienes jurídicos colectivos han acreditado su autonomía conceptual, sin que ello haya supuesto una desmaterialización del objeto de tutela con pérdida de la referencia a intereses sociales tangibles. Y, por último, los tipos

---

<sup>202</sup> Ibid., pp. 1902 y 194

de peligro son imprescindibles para la protección de ciertos bienes colectivos cuando no se puede o no conviene esperar a que sean efectivamente dañados.

#### **4.2.4. Las nuevas orientaciones de orden político-criminal.**

##### **Cuestionamientos al carácter de ultima ratio del Derecho penal<sup>203</sup>**

Una de las 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 última ratio sino que, derechamente, el Derecho penal es prima ratio, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal<sup>204</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>205</sup>. Evolución, que comienza a apreciarse ya de manera notoria en

---

<sup>203</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2008). “*Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional*”. En: Revista Ius et Praxis Vol.14 N°1, Talca 2008. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0718-001220080001](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-001220080001)

<sup>204</sup> Empleando el título de la obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2º ed., Editorial Civitas, Madrid.

<sup>205</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión*, ob. cit., pp. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Editorial Civitas, Madrid, pp. 44 y ss.

los años ochenta<sup>206</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>207</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>208</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 cuan eficiente puede ser el Derecho penal en nuevas áreas, es decir, precisar si responden a necesidades sociales. Por de pronto, hoy parece difícil de sostener que atentados contra el medio ambiente<sup>209</sup> o en general, delitos de peligro

---

<sup>206</sup> Así lo pone de manifiesto, aunque situando dicho cambio a partir de 1975, ROXIN, Claus (2000). La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Traducido por GÓMEZ, Carmen/GARCIA, María del Carmen. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25 y ss.

<sup>207</sup> ROXIN, La evolución, p. 20 y ss.

<sup>208</sup> ROXIN, Derecho Penal, pp. 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.

<sup>209</sup> Fuertemente crítico hacia un Derecho penal del medioambiente, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian (2000). "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente". Traducido por IÑIGO, Elena/PASTOR, Nuria/ RAGÚES, Ramón. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD

POMPEU FABRA, La insostenible situación del Derecho Penal. Editorial Comares, Granada, pp.

507 y ss.



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>210</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>211</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>212</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

<sup>210</sup> Rechazando algunos de sus postulados, SCHÜNEMANN, Bernd (1996). Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; ROXIN, La evolución, ob. cit., pp. 90-94.

<sup>211</sup> POZUELO PÉREZ, Laura (2003). "De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos". En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 110-113.

<sup>212</sup> SILVA SÁNCHEZ, José María. Aproximación, ob. cit. p. 291.

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 es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención<sup>213</sup>.

#### **4.2.5. El principio de ultima ratio en el garantismo penal**

Desde la propuesta de Ferrajoli, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo las arbitrariedades. En ese sentido, defiende tres tesis<sup>214</sup>: La primera, que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa – política – del derecho penal; la segunda, que existe un nexo indisoluble entre garantías y legitimidad interna de la jurisdicción; y la tercera, que el garantismo representa la base de la teoría crítica.

En cuanto a la primera tesis encuentra que todas las garantías desde las penales hasta las procesales están dirigidas a minimizar o reducir la potestad punitiva del Estado, ello con el propósito de reducir los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas, en esa medida, un determinado derecho penal está justificado solo si se satisfacen efectivamente las garantías de las que está dotado tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

---

<sup>213</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas. ob. cit., 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

<sup>214</sup> Ibidem.



Referente a su segunda tesis, las garantías-incorporadas en las constituciones se configuran también en fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. De allí que resalte que el fundamento de la legitimidad de la jurisdicción, no es el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que se asegura por las garantías penales – la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales y las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio –. En este punto reitera que “...la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad”.<sup>215</sup>

Y finalmente, en cuanto a su tercera tesis, sostiene Ferrajoli que el garantismo es una doctrina filosófica – política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídico – normativa de las garantías penales y procesales; por garantismo se entenderá un modelo de derecho fundado sobre la subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. Estas tres tesis concluyen en una idea común, y es el derecho como garantía de limitación de poder.

Perfecto Andrés Ibáñez<sup>216</sup>, en torno al proceso, encuentra que las garantías se manifiestan en diversos planos, que estas pueden ser orgánicas y las propiamente procesales, unas y otras estrechamente vinculadas. En ese sentido, señala que las garantías orgánicas, se orientan a procurar un determinado modo de instalación del juez que le dote de independencia como presupuesto de la imparcialidad en el

---

<sup>215</sup> FERRAJOLI, Luigi. Citado por SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto (2006). “*Garantismo y Derecho Penal*”, Editorial Temis, Bogotá, p. 9.



<sup>216</sup> IBAÑEZ, Perfecto Andrés (2006). “*Garantismo y Proceso Penal*”, Editorial Temis, Bogotá, pp. 138-155



proceso. En cuanto a las garantías procesales, destaca que en conjunto forman el derecho a la tutela judicial efectiva, que se concreta en el ámbito penal, en el tratamiento jurisdiccional de las formas más graves de desviación, dentro de límites racionales y en un marco de principios.

De allí que reflexione que las garantías procesales procuran la protección del ciudadano frente a la eventual imputación y del imputado frente al proceso mismo y frente al poder del juez, como forma de “asegurar que nadie será sometido a aquel sino en presencia de determinadas condiciones, un trato humano y digno durante el curso del mismo, y la justicia en la imposición de la pena”<sup>217</sup>

De lo expuesto, deduce Perfecto Andrés Ibáñez, que las garantías propiamente procesales son las que configuran el proceso acusatorio y que son propuestas por Ferrajoli<sup>218</sup> en los dos siguientes rangos: de un lado las garantías primarias o epistemológicas relacionadas con a) la formulación de la acusación, b) la carga de la prueba, c) el derecho de defensa; y de otro lado las garantías secundarias entre las que enuncia a) la publicidad, b) la oralidad (inmediación y concentración), c) la legalidad del proceso, y d) la motivación. Ahora bien, para adentrarnos en el tema planteado, señala Ibáñez que las garantías primarias – en sentido estructural y directa - y las garantías secundarias- de manera indirecta, “son aplicaciones del principio de presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal garantista”<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Ibid., p. 144

<sup>218</sup> IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Ob. Cit., p. 144.

<sup>219</sup> Ibid., p. 145

Desde la posición garantista del proceso penal, plantea Perfecto Andrés Ibáñez, que el principio de presunción de inocencia, primero, predetermina un cierto concepto de verdad<sup>220</sup>; segundo, predetermina consecuentemente un determinado tipo de proceso<sup>221</sup>; tercero, se traduce dentro del proceso en regla de juicio, de conformidad con la cual debe tomarse la decisión jurisdiccional; y en cuarto lugar, se traduce también en una regla de tratamiento del imputado<sup>222</sup>

Por ello destaca las palabras de FERRAJOLI que califica el juicio penal como un “saber poder”, esto es, un proceso de adquisición de conocimiento, siendo su resultado un ejercicio de poder sobre la persona objeto del proceso penal: “La clave de bóveda de un proceso penal garantista está en la administración de esas dos dimensiones de saber – poder, a que se refiere FERRAJOLI, con el principio – de presunción de inocencia como clave de lectura”<sup>223</sup>.

Desde esta perspectiva, anota que existe una “regla de oro” para la decisión final sobre los hechos, esto es, el principio de presunción de inocencia, de conformidad con el cual, si el juez se encuentra en situación de incertidumbre – escuando menos puede permitirse dudar, es en consecuencia la absolución la que se impone.

---

<sup>220</sup> FERRER Beltrán, Jordi (2006). “*La Valoración de la Prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”. En: Estudios Sobre la Prueba, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 1 y ss.

<sup>221</sup> FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón...*”. Ob. Cit., p. 606.

<sup>222</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (2010). “*Sobre Prueba y Motivación*”: En: Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2da. Edición, Madrid, p. 61.

<sup>223</sup> Ibidem

De esa manera destaca que no puede jugar la intuición – cuestiona la íntima convicción, porque el análisis de las pruebas y la adopción de una sentencia deben ser principalmente racionales, en consecuencia, se impone la motivación<sup>224</sup> de las decisiones judiciales en materia de hechos acorde con la posición garantista del proceso penal, pues resulta ser el instrumento esencial para hacer que la sentencia sea una decisión racional y justa, para que “sea antes que un puro ejercicio de poder, una expresión de saber”<sup>225</sup>.

### 5.3. Validación de hipótesis

Nuestra hipótesis ha quedado validada en base a los siguientes fundamentos:

a. En el marco de las sociedades de riesgo, el Estado ha dejado de ser visto parcialmente como un potencial perturbador de las libertades para pasar a representar la figura vigorosa de garante y protector de los individuos ante la inmensidad de peligros que les acechan. Por ello, no ha de extrañar que el llamamiento a un Derecho penal neutralizador de las altas incertidumbres e inestabilidades del entorno social suene cada vez más fuerte.

b. Ante este panorama expansionista del Derecho penal, se pueden encontrar, a grandes rasgos, tres importantes posiciones teóricas. Por un lado, la de quienes defienden a capa y espada los principios fundantes del Derecho penal garantista y, por tanto, la aplicación de las estructuras de imputación ya conocidas a las nuevas

---

<sup>224</sup> IBANÉZ, Perfecto Andrés (2007). *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 177 y ss.

<sup>225</sup> ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2006). *“La Fundamentación de hechos probados en el*

*nuevo proceso penal. Un diagnóstico*". En: Revista de Derecho, Volumen XIX, N° 2, Bogotá, pp. 9-26.



realidades. Otra, por su parte, que coincide con la concepción teórica del Derecho penal del riesgo, aboga por la flexibilización de los principios de atribución de responsabilidad penal, acorde con los postulados de prevención y seguridad social. Finalmente, está la posición de quienes se muestran reacios a aceptar la expansión del Derecho penal a los nuevos ámbitos de peligro, por considerar que la misma no se corresponde con la tarea propia del poder punitivo, en atención a su condición de última ratio.

c. En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que "el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes". Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado.

d. La discusión dogmática sobre el papel o rol del derecho penal, se da en dos modelos contrapuestos, donde se discuten ante la aparición de viejos y nuevos riesgos para la sociedad. La aspiración de un modelo de Derecho penal mínimo

sigue asentada en la aquella tradición iluminista occidental, la cual tiene entre sus fundamentos, la existencia de un mínimo de figuras delictivas en la legislación penal, aquellos actos que agraven más al ser humano, el rechazo a la pena de muerte como sanción penal, y la búsqueda de alternativas al recurrente uso de la acción penal. Contrario a esa pretensión minimalista propia del desarrollo del principio de última ratio emerge un Derecho penal expansivo, que lejos de prohibir y sancionar únicamente aquellas conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, incorpora nuevas figuras delictivas, que supone un adelantamiento de la justicia penal y la negación de garantías fundamentales. Algunos de los argumentos para este Derecho penal de prima ratio se localizan en el auge del terrorismo, la aparición de nuevas formas de criminalidad organizada y, en sentido general, la sensación de inseguridad ciudadana ante los nuevos riesgos de la era moderna, impresión en ocasiones artificial.

e. La Doctrina penal contemporánea recurre al principio de ultima ratio para satisfacer la tarea principal de reducir al máximo la arbitrariedad del Derecho penal, pues a través de su significado, la legitimidad del delito y de la pena se somete a la condición de la inexistencia axiológica y empírica de otros recursos jurídicos menos drásticos para solventar idóneamente el conflicto que genera su apertura.

No obstante, la deriva punitivista en que ha degenerado la necesaria expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo, pone en duda su verdadera capacidad limitadora, especialmente por su escasa vinculación a los poderes públicos. Pero nada más lejos de la realidad, el desarrollo actual de la Dogmática

de los Derechos Fundamentales permite a la Doctrina penal afirmar que, en el



Estado constitucional, el Derecho penal mínimo es a su vez el Derecho penal máximo permitido por la Constitución.

## CONCLUSIONES

1. El Estado democrático de Derecho es un verdadero límite vinculante para el legislador y todos los poderes públicos, ya que la intervención punitiva resultará constitucionalmente válida en la medida que no sea contraria ni afecte los principios y libertades fundamentales, por ello, el principio de ultima ratio base del Derecho penal mínimo se constituye en un modelo exigido por la Constitución para la protección de los Derechos Fundamentales frente a las arbitrariedades.
2. La idea del Derecho penal como última ratio se vincula de modo más directo con la categoría doctrinal de la necesidad, ya que en su seno se expresa con mayor claridad su significado de juicio deslegitimador de la intervención penal en los ámbitos de la vida social donde existen otros medios alternativos para neutralizar los efectos adversos de las conductas merecedoras de prohibición.
3. Algunos de los principios del Derecho penal responden a concepciones de última ratio, entre estos encontramos el carácter fragmentario y el carácter subsidiario del mismo. Según el principio de subsidiariedad, el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima.
4. El Derecho Penal se basa en un presupuesto de naturaleza ético-filosófica - y de notable trascendencia político-criminal-, cual es el principio de intervención mínima, por cuya virtud, sólo brindará tutela a aquellos derechos, libertades y

deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo y que lesionen el sentimiento jurídico de la comunidad. De tal suerte, habrá injustos que friccione la convivencia pacífica, pero que no necesariamente estarán provistos de reproche penal.

5. Las verdaderas limitaciones al Derecho penal solo pueden abordarse en el marco de una constitución normativa y un Estado constitucional, donde se hace posible el control constitucional y convencional efectivo sobre las normas materiales penales, por ello su legitimidad derivan de las exigencias de los deberes estatales de protección de los Derechos Fundamentales.

## RECOMENDACIONES

1. A nivel dogmático, promover la orientación constitucional del Derecho penal, la misma que busca tener la capacidad política de vincular al legislador y al juez penal de un modo más intenso a los principios del Derecho constitucional, justificando un uso racional del poder en la creación de las normas penales y en las decisiones judiciales.
2. A nivel del ejecutivo, los problemas del aumento de la inseguridad, criminalidad no debe permitir a que opten por políticas criminales populistas, y criminalicen todo tipo de conducta, convirtiendo al derecho penal en prima ratio y deberá tomar las medidas idóneas y necesarias para estabilizar de modo suficiente la interacción social.
3. A nivel legislativo, no se requieren legisladores en materia penal totalmente desbocados, sino que su intervención deberá de manejarse con racionalidad, toda vez que las limitaciones constitucionales del principio de última ratio se circunscriben a los límites de la racionalidad político criminal.
4. Lo problemas de seguridad y criminalidad no se resuelven acudiendo solo al derecho penal, ni la búsqueda de la eficacia del derecho penal no puede quedar reducida a una concepción funcionalista o direccionista; por ello es necesario, comenzar a buscar tal eficacia a partir de una redefinición del Estado y de sus políticas criminológicas, adoptando un sistema penal acorde con nuestra realidad y sustentado siempre en la fórmula de la dogmática penal garantista y que nos permita adoptar un modelo abierto de política criminal sustentado en los principios constitucionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACALE, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares.
- ACCATINO, Daniela (2006). “*La Fundamentación de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*”. En: *Revista de Derecho*, Volumen XIX, N° 2, Bogotá.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2005). “*Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*”, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino (2015). *Investigación Jurídica*. 2da edición, Lima: Grijley.
- ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley.
- ATIENZA, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta.
- BACIGALUPO, Enrique (2005). *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Jurídica de Chile.
- BARATTA, Alessandro (2004). “*Principios de Derecho penal mínimo*”, en *criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires: B de F.  
<https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>
- BECCARIA, César (1957). *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido por BERNALDO, Constancio. México: Cajicas.

- BECCARIA, Cesar (1990). *De los Delitos y de las Penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza.
- BECK, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traducido por NAVARRO, Jorge y JIMÉNEZ, Daniel/BORRÁS, María Rosa. Barcelona: Paidós.
- BENTHAM, Jeremy (1981). *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid: Nacional.
- BERNUZ, María y GONZÁLEZ, María (2006). *La levedad de la seguridad frente al caos. In A. I. (coord.), La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*. La Rioja: Servicio de publicaciones de la Universidadde la Rioja.
- BRANDARE, José (2007). *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares.
- BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.
- BUSTOS, Juan J. y HORMAZÁBAL, Hernán (1997). *Lecciones de derecho penal*. Volumen I, Madrid: Trotta.
- BUSTOS, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Lima: Gaceta Jurídica.
- CALDERÓN, Nelly (2012). “*Los límites constitucionales del iuspuniendi y los fenómenos de politización normativa*”. En Revista Institucional N° 7. Lima: Academia de la Magistratura.
- CARBONELL, Juan (1996). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2da Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.

- CARBONELL, Miguel (2012). “¿Qué es el garantismo?. Una nota breve”  
México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM,  
[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml).
- CARNEVALI, Raúl (2000). “*Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos individuales*”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 27, N° 1, Santiago.
- CARNEVALI, Raúl (2008). “*Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional*”. En: Revista Ius et Praxis Vol.14 N°1, Talca  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0718-001220080001](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-001220080001)
- CEREZO, José (2002).: “*Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*”, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, N°10, Madrid.
- COBO, Manuel y VIVES, Tomás (1999). *Derecho penal. Parte general*. 5ta Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORCOY, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CORCOY, Mirentxu (2012). “*Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*”. En: *Revista de Derechos fundamentales*, N° 8, 2012, pp. 45-76. Disponible: <https://vlex.cl/vid/derecho-penal-as-constitucionales-456818866>
- CRUZ, Euménides (2003). “*Del derecho penal del antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada*”. En: Revista de Derecho penal contemporáneo, N° 5, Bogotá.

- DEL ROSAL, Bernardo (2009). *“La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal”, Constitución, derechos fundamentales y sistema penal”* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DÍAZ, Alejandra (2004). *“La influencia del 'movimiento pro víctimas' en la justicia restaurativa”*. En: Revista Crea, N° 4, Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- DONNA, Edgardo Alberto. (2003). *“¿Es posible el derecho penal liberal?”*. <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/112s.pdf>.
- FARALDO, Patricia (2006). *“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”*. En: Revista Penal. N° 17, Barcelona.
- FEIJOÓ, Bernardo (2006). *“El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”*. En: Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 16, Barcelona.
- FERRAJOLI, Luigi (2006), *“Criminalidad y globalización”*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México: IIJ -UNAM.
- FERRAJOLI, Luigi (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México: CNDH.



- FERRAJOLI, Luigi (2008). *Democracia y garantismo*, Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi [1989] (1995, 2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRER, Jordi (2006). “*La Valoración de la Prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”. En: *Estudios Sobre la Prueba*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma.
- FLORES, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Lima; Grijley.
- FORSTHOFF, Ernst (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid: Institutos de Estudios Políticos.
- GARCÍA, Francisco (2021). “*Crisis del principio penal de ultima ratio. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?*”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, Revista de la Universidad de Granada*, Editorial Universidad de Granada, pp. 131-154.  
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/16747/21028>
- GARCÍA, Faustino (2021). *Crisis del principio penal de última ratio ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?*. *Revista de la Universidad de Granada*. Editorial Universidad de Granada. pp. 134-139. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/16747/21028>

- GARCÍA-PABLOS, Antonio (1996). “ *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi»*”. En: Estudios penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- GARLAND, David (2005). *La cultura del control*. Traducido por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa.
- GASCÓN, Marina (2005). “*La teoría general del garantismo. Rasgos principales*”. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid: Trotta.
- GASCON, Marina y GARCIA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.
- GOZAÍNI, Osvaldo (2004). “*Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*”, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- GRACIA, Luis (2003). *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.
- GRACIA, Luis (2006). “*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Nº 2, Madrid..
- GRACIA, Luis (2009). “*Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho*”, en CARBONELL, J.C./GONZALEZ, J.L./ORTS, E. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GRIMM, Dieter (1991). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*.

Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón.

Editorial Madrid: Trotta.

GUZMÁN, José (2002). "Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la 'doctrina' de la seguridad ciudadana". En: Gaceta Jurídica. N° 265, Lima.

HASSEMER, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal*, traducción al castellano por MUÑOZ, Francisco y ARROYO, Luis. Barcelona: Bosch.

HASSEMER, Winfried (1991). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". Traducido por LARRAURI, Elena. Pena y Estado, N° 1, Barcelona.

HASSEMER, Winfried (1992) "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, Madrid.

HASSEMER, Winfried (1993). "Crisis y características del moderno derecho penal". Actualidad Penal, N° 43, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco, Madrid.

HASSEMER, Winfried (1995) "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en AAVV.: Pena y Estado, Santiago: Jurídica Conosur.

HASSEMER, Winfried (1999) "Viejo y nuevo Derecho penal", en Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal (traducción de Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M. M.), Santa Fe de Bogotá: Temis.

HASSEMER, Winfried (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ, María del Mar. Bogotá: Temis.

- HERNÁNDEZ, Roberto y otros (2014). *Metodología de la investigación*. 6ta edición, México: McGraw-Hill.
- HERZOG, Felix (1999). “*Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*”. Traducido por ANARTE BORRALLO. En: Revista Penal, N° 4, Barcelona.
- HOBBS, Thomas. (1980). *Leviatán*. 2ª Edición preparada por Carlos Moya y Antonio Escotado. Madrid: Editora Nacional.
- HURTADO, José (2005). *Derecho Penal-Parte General*. 3ra. Edición, Lima: Grijley.
- IBANÉZ, Perfecto (2007). “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia*”, Buenos Aires: Del Puerto.
- IBANÉZ, Perfecto (2006). “*Garantismo y Proceso Penal*”, Bogotá: Temis.
- IBANÉZ, Perfecto (2010). “*Sobre Prueba y Motivación*”: En: Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2da. Edición, Madrid.
- ISENSEE, Juan (2014). *El Derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal*, Traducción de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho penal. Parte general*. Traducido por CUELLO, Joaquín y SERRANO, José. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas.
- JIMÉNEZ, María (2014). “*Sociedad del riesgo e intervención penal*”. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Granada,

<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>

KINDHÁUSER, Urs (1995). *“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.

LUJAN; Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica.

LUZON, Diego (1996). *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Córdoba: Universitas.

MARAT, Jean (2000). *Plan de legislación criminal*. Traducido por A. E. L. Buenos Aires: Hammurabi.

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2002). *“Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, N° 9, Madrid.

<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2188>

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2004). *Manuale di Dirittopénale. Parte Générale*. Milano: Giuffré.

MARTÍNEZ, José (2006). *“Las transformaciones del Estado. Del Estado protector al Estado de la seguridad”*. En: BERNUZ, María José y PÉREZ, Ana Isabel. *La tensión entre la libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*. La Rioja: Universidad de la Rioja.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2003). *“Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del ‘Big Crunch’ en la selección de bienes jurídico-penales (Especial referencia al ámbito económico)”*, Anuario da Facultade de Dereito da

Universidade da Coruña, Nº 7, Coruña.



- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994). *Derecho penal. Parte General*. Traducido por BOFILL, Jorge y AIMONE, Enrique. Buenos Aires: EditorialAstrea.
- MENDOZA, Blanca (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
- MILANESE, Pablo (2005). “*El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*”. <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/>.
- MIR PUIG, Santiago (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2da Edición, Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- MIR PUIG, Santiago (1998). *Derecho penal, parte general*, 5ta Edición, Barcelona: Reppertor.
- MIR PUIG, Santiago (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Montevideo: BdeF.
- MIR PUIG, Santiago (2010). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: La Ley.
- MIR PUIG, Santiago (2015). *Manual de Derecho penal. Parte General*, 10º, Barcelona: Reppertor.
- MIRANDA, Manuel (2007). “*El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)*”. En: *Jueces por la democracia*, N° 58, Barcelona.



- MÜLLER-TUCKFELD, Jens (2000). "*Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente*" en ROMEO, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Traducción al castellano por IÑIGO, Elena, PASTOR, Nuria y RAGÚES, Ramon, Granada: Comares.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens (2000). "*Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente*". Traducido por IÑIGO, Elena/PASTOR, Nuria/RAGÚES, 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.
- MUÑOZ, Francisco (1996). "*El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*". Madrid: La Ley.
- MUÑOZ, Francisco (2000). "*Presente y futuro de la dogmática jurídico- penal*". En: Revista Penal, p. 48. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13090/Presente.pdf?sequence=2>
- MUÑOZ, Francisco (2005). *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes (2002). *Derecho penal, parte general*. 5ta Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTS, Enrique y GONZÁLEZ, José (2020). *Introducción al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PALAZZO, Francesco. (2001). *Principio de ultima ratio e hipertrofia del Derecho penal*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. In ARROYO ZAPATERO Luis. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.



- PARIONA, Raúl (2007). “*El derecho penal ‘moderno’*”, Revista Penal, N°20, <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272//Derecho.pdf?sequence=2>
- PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Tratado de derecho penal, estudio programático de la parte general*. 5ta Edición, Lima: Grijley.
- PICÓ I. JUNOY, Joan (2012). “*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. <http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>.
- PINA, Juan (2004). “*Algunas consideraciones acerca de la legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?*”. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 31, N° 3, Santiago.
- POLAINO, Miguel (2005). “*La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?*”. En: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid: Dykinson.
- POZUELO, Laura (2003). “*De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos*”. En: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en Derecho penal*. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- POZUELO, Laura (2003). *“De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”*. En: *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PRITTWITZ, Cornelius (2000). *"El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿Ultima ratio? - reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal"*. En: *La insostenible situación del derecho penal*, Traducido por CASTIÑEIRA PALOU, M, Granada: Comares.
- RAMOS OVALLE, Jaime (2012). *“Prima ratio. La nueva tendencia de la moda”*. <http://www.lexweb.cl/prima-ratio-la-nueva-tendencia-de-la-moda>.
- RAMOS, Carlos (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho*, Lima: Gaceta Jurídica.
- ROBLES, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyectode Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat.
- ROBLES, Luis y otros (2002). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Fecatt.
- ROBLES, Ricardo (2007). *“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”*. InDret. <http://www.indret.com>.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal, parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I, 2da Edición, Madrid: Civitas.
- ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Traducido por GÓMEZ, Carmen y GARCIA, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ROXIN, Claus (2000). La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Traducido por GÓMEZ, Carmen/GARCIA, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAEZ, José (2004). *"Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal"*. En: El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacobay Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi.
- SCHMITT, Carl (2008). El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes. México: Fontamara.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1996). *"Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana"*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5226>.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2003). "Presentación" de la monografía de GRACIA MARTÍN, Luis.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012). *"Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimo-dogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal"*. En: ROBLES, Ricardo. Límites al Derecho penal. *Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- SILVA, Jesús (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

- SILVA, Jesús (1996). “*Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo*”. En: Actualidad penal, Montevideo.
- SILVA, Jesús [1999] (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da Edición, Madrid: Civitas.
- SOLÍS, Alejandro (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima.
- SOTOMAYOR, Juan (2006). “*Garantismo y Derecho Penal*”, Bogotá: Temis.
- VILCAPOMA, José (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Lima: Argos.
- WITKER, Jorge (1986). *Como elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas.
- ZAFFARONI, Eugenio (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- ZUGALDÍ, José (1991). *Fundamentos de Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada.

## ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

### TITULO: CUESTIONAMIENTOS AL CARÁCTER DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LAS NUEVAS ORIENTACIONES POLÍTICO CRIMINALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	
<p>Problema general: ¿Cuáles son los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana?</p> <p>Problemas específicos</p> <p>a. ¿Cuáles son las manifestaciones de la crisis del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales del derecho penal?</p> <p>b. ¿Qué argumentos dogmáticos y político-crimales existen en las sociedades postindustriales para afirmar que ya no es posible hablar de ultima ratio del derecho penal sino de prima ratio?</p> <p>c. ¿Cuáles son las manifestaciones de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana?</p> <p>d. ¿Cuál es eficiencia y racionalidad del principio de última ratio del derecho penal en la legislación sustantiva y adjetiva penal peruana?</p> <p>a)</p>	<p>Objetivo general Analizar los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.</p> <p><b>Objetivos específicos</b></p> <p>a) Describir las manifestaciones de la crisis del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales del derecho penal.</p> <p>b) Explicar los argumentos dogmáticos y político-crimales existen en las sociedades postindustriales para afirmar que ya no es posible hablar de ultima ratio del derecho penal sino de prima ratio.</p> <p>c) Determinar las manifestaciones de los cuestionamientos que se formulan al carácter de última ratio del derecho penal a partir de las nuevas orientaciones político-criminales en la legislación penal peruana.</p> <p>d) Evaluar los criterios de eficiencia y racionalidad del principio de última ratio del derecho penal en la legislación sustantiva y adjetiva penal peruana.</p>	<p>La crisis del principio de legalidad y la falta de eficiencia y racionalidad del principio de ultima ratio constituyen los principales cuestionamientos a partir de las nuevas orientaciones político-criminales; por lo que en el denominado Derecho penal moderno quiebra del principio de intervención mínima o principio de última ratio imprescindible en un Estado Social y Democrático de Derecho; constituyéndose en un verdadero retroceso y ataque a sus fundamentos.</p> <p><b>Categorías</b></p> <p>Primera categoría: Principio de última ratio del derecho penal</p> <p>Segunda categoría: Las nuevas orientaciones político-criminales del derecho penal</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática</p> <p><u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental</p> <p><u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal</p> <p><u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa</p> <p><u>UNIDAD DE ANALISIS:</u> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Identificación del lugar donde se buscó la información.</li> <li>▪ Identificación y registro de las fuentes de información.</li> <li>▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables.</li> <li>▪ Análisis y evaluación de la información.</li> <li>▪ Sistematización de la información</li> </ul> <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>ANALISIS DE LA INFORMACIÓN</u> Se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>