

EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL:  
UN RIESGO PARA LAS GARANTÍAS PENALES\*

CLAUDIO FELLER SCHLEYER\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

La expansión del Derecho Penal es una realidad en todas las sociedades de nuestra órbita cultural. Ese fenómeno manifiesta la respuesta del Estado a las crecientes demandas de seguridad ciudadana frente a la percepción de un incremento de la criminalidad clásica, así como frente a la aparición de nuevos riesgos inherentes a la modernidad. Esta expansión conlleva una tensión con las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración. La Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cuál sea el aspecto de la expansión de que se trate. A grandes rasgos se pueden mencionar a lo menos cuatro tendencias frente al fenómeno de la expansión: i) El minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt; ii) El "Derecho Penal eficiente"; iii) Posturas eclécticas; y, iv) la posición

ABSTRACT

Expansion of the criminal law is a reality in all societies of our cultural sphere. This phenomenon manifests the State's response to the growing demands for public safety in the face of a perceived increase in classic criminality as well as the emergence of new risks inherent to modernity. This expansion entails a tension in the civil liberties typical of the post-Enlightenment criminal law. The criminal law science has adopted several approaches, depending on the aspect of the expansion being dealt with. In general, at least four trends can be mentioned as far as the expansion phenomenon is concerned: (i) the minimalism represented by the School of Frankfurt; (ii) the "efficient Criminal Law"; (iii) Eclectic approaches; and (iv) Jesús María Silva's "limited resignation" approach. "Flexibility", "easing", or

---

\* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Enrique Foster Sur 20. Piso 9. Las Condes. Santiago. Correo electrónico. cfeller@grasty.cl.

de la “resignación limitada” de Jesús María Silva Sánchez. La “flexibilización”, relajación”, o prescindencia de las garantías del “viejo y buen derecho penal liberal” son inaceptables en cualquier ámbito. Se trata de garantías intangibles, algunas de las cuales debieran ser elevadas a rango constitucional.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal en la sociedad actual – Riesgo para las garantías penales – Expansión del Derecho Penal – Sociedad del riesgo – Derecho penal del riesgo.

disregard of the constitutional rights in the “old and good liberal criminal law” are unacceptable in any sphere. These are intangible rights, some of which should be raised to constitutional status.

KEY WORDS: Criminal law in today’s society – Risk to penal rights – Expansion of criminal law – Risk population – Criminal law on risk.

## I. EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD ACTUAL AL DERECHO PENAL Y RESPUESTAS DEL ESTADO

1. Es un fenómeno fácilmente perceptible y común a todas las sociedades de nuestra órbita cultural, la creciente demanda al Estado de mayores grados de seguridad por parte del grupo social, motivada por una sensación creciente de inseguridad, proveniente ésta por una parte de la percepción del aumento cuantitativo y cualitativo de la delincuencia clásica, y, por la otra de la aparición de nuevos riesgos inherentes al estado de desarrollo de la tecnología, de la economía globalizada, y, en suma, al modelo de desarrollo de esas sociedades, en las que esos riesgos son el resultado, tal vez no deseado, pero en todo caso consustancial a dicho modelo.

En este fenómeno juegan un papel importante si no decisivo los medios de comunicación social. A veces motivados por puro afán de lucro y otras políticamente, lo cierto es que, como lo ha destacado Raúl Cervini, los medios de comunicación social suelen tener una enorme incidencia en la generación y fortalecimiento “del estado subjetivo de inseguridad pública a efectos de propiciar una pretendida solución punitiva o simplemente precipitar la aprobación de reformas legislativas de corte crecientemente represivo”<sup>1</sup>, incluso “[...] desconociendo los resultados de investigaciones criminológicas responsables y a las reales necesidades de control social”<sup>2</sup>. Sin duda que la legislación penal expansiva que venga determinada de esa forma no será compatible con las exigencias de un Derecho penal democrático tanto en cuanto se trataría de una “huida hacia el Derecho penal” basada en razones inexistentes.

<sup>1</sup> CERVINI, Raúl, *Incidencia de las Mass Media en la expansión del control penal en Latinoamérica*, en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta Época, 41 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1994) 2, p. 17, y sobre el fenómeno general de la incidencia de los medios de comunicación social en la criminalización de nuevas conductas y en el incremento de las penas, pp. 5 - 26.

<sup>2</sup> CERVINI, Raúl, cit., p. 25.

Pero también se debe reconocer que la sensación de inseguridad puede obedecer a causas objetivas. La criminalidad clásica puede efectivamente incrementarse y los nuevos riesgos inherentes a la modernidad son también reales. Pero incluso en estos casos es válida la pregunta por la legitimidad de la legislación penal expansiva que, como veremos, se dicta en respuesta a estas realidades. Esa legitimidad dependerá de si el recurso a la reacción penal es absolutamente necesario y útil para enfrentar esos nuevos problemas (principio de última ratio). En palabras de Hans Hirsch “Hoy, no bien aparece en la sociedad una anomalía, sea real o sólo presunta, se eleva el llamado al legislador penal. Y para los órganos políticos la legislación penal es la vía más rápida y económica de mostrar que algo se hace para proteger a la población. Apenas si se plantea que el precepto penal sea un medio imprescindible o bajo todo punto adecuado para la solución del problema respectivo<sup>3</sup>”.

2. Lo cierto es que esa sensación de inseguridad, cualesquiera que sean sus causas, se traduce indefectiblemente en demandas de reacción punitiva, en exigencias dirigidas al Estado para que dé una solución a dicha inseguridad a través del sistema penal, con reacciones penales más severas, con la creación de nuevas figuras delictivas, con una persecución de los delitos más intensa, con medidas preventivas policiales más eficaces. En suma, existe una creciente demanda de seguridad ciudadana.

3. El Estado en general responde a estas exigencias satisfaciéndolas: se elevan las penas directa o encubiertamente; se crean formas de anticipación de la punibilidad (delitos de peligro, fundamentalmente de peligro abstracto); se relajan o aun se prescinde de las garantías del Derecho penal liberal, todo en aras de una mayor eficacia en la lucha contra el delito.

4. En el ámbito de los riesgos inherentes al desarrollo tecnológico y económico, surgen nuevos intereses de carácter supraindividual (los intereses colectivos), se protegen también intereses “difusos”: así ocurre en materia de protección del medio ambiente, del orden socio-económico, de los derechos de los consumidores, etc. Se trata de intereses que se consideran dignos de protección jurídica, entre otras razones, porque por detrás de ellos, subyacentes a ellos, existen intereses individuales.

En este contexto se comienza a debatir intensamente sobre la eficacia, legitimidad y sentido del llamado “derecho penal del riesgo”<sup>4</sup>, configurado por las

---

<sup>3</sup> HIRSCH, HANS Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal de un Estado de Derecho*, en el *Penalista Liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 2004), p. 133.

<sup>4</sup> Una posición crítica sobre el derecho penal del riesgo se puede encontrar en los exponentes de la Escuela de Frankfurt. Un compendio del pensamiento de esta Escuela –cuya existencia como tal es discutida–, se puede encontrar en la obra *La insostenible situación del Derecho Penal*, (Granada, Editorial Comares, 2000). También en Herzog, Felix, *Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo -Perspectivas más allá del Derecho Penal*, en Luis ARROYO ZAPATERO y otros (coord. s.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), pp. 249 - 258; también en la misma obra colectiva, PRITTWITZ Cornelius, *Sociedad de Riesgo y Derecho Penal*, pp. 259 - 287; y en la obra colectiva *El Penalista Liberal* cit., pp. 147 - 179.

normas penales y principios con que se intentan proteger los intereses amagados por las actividades peligrosas llevadas a cabo en el seno de esta moderna “sociedad del riesgo”<sup>5</sup>.

Desde una perspectiva sistémica no deja de llamar la atención que una sociedad cuyo modelo de desarrollo supone inevitablemente la creación de riesgos que se asumen como el costo de un determinado modo de vida, vea en el Derecho penal la solución para proteger los intereses o bienes jurídicos afectados por actividades funcionales a ese modelo de desarrollo. Se desea y fomenta, por ejemplo, una sociedad altamente industrializada que se sustenta en medios energéticos que afectan o que son potencial y seriamente peligrosos para el medio ambiente, y al mismo tiempo existe la tendencia a proteger el medio ambiente mediante el Derecho penal<sup>6</sup>. No quiero decir con ello que el medio ambiente y la preservación de los recursos naturales no sean bienes dignos de protección jurídica y ni siquiera estoy adelantando una opinión sobre la legitimidad de su protección penal. Simplemente estoy poniendo de manifiesto una contradicción que existe al interior de muchos países desarrollados, no muy diferente a la que se da en esos mismos países y también y en especial en los subdesarrollados, cuando en lugar de atacar las verdaderas causas del incremento de la criminalidad clásica, se recurre al expediente fácil de la reacción punitiva<sup>7</sup>.

Pero lo cierto es que el desarrollo de nuestro mundo global ha determinado la aparición de nuevos intereses y la convicción de que ellos son necesitados de protección conduce a su protección jurídico penal, lo que ya no es tan evidente en cuanto a su legitimidad.

## II. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. RESPUESTAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

1. El fenómeno que venimos describiendo se ha caracterizado como una “expansión del Derecho Penal”: ya no se trata de proteger los bienes jurídicos clásicos (vida, integridad corporal, salud, libertad, propiedad y algunos pocos más, a veces de carácter colectivo); la protección jurídico penal se extiende a esos nuevos intereses ya mencionados que han surgido como producto del desarrollo tecnológico y económico<sup>8</sup>. Tampoco dicha protección lo es únicamente frente a

<sup>5</sup> Sobre el concepto de la sociedad del riesgo, vid. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *¿Tiene futuro el 'bueno, viejo y decente derecho penal liberal'*, en VV. AA., *Nuevas Tendencias del Derecho* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2004), pp. 28 - 31.

<sup>6</sup> Ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo*, en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo*, cit., p. 241.

<sup>7</sup> HIRSCH, Hans Joachim, cit, p. 146.

<sup>8</sup> PAREDES CASTAÑON, José Manuel, *Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas*, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* 4 (Bogotá, Legis, julio-septiembre 2003), pp. 113 ss., cuestiona la identificación que suele hacerse entre el derecho penal del riesgo con el conjunto de tendencias evolutivas que caracterizan la expansión del derecho penal. El derecho penal del riesgo es un concepto en principio asociado a la teoría de la sociedad del riesgo elaborada por Ulrich Beck que “hace referencia específicamente al problema del tratamiento de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico”. Observa Paredes

conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico, sino que suelen extenderse a momentos muy anteriores a su efectiva puesta en peligro. Las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración se comienzan a ver como obstáculos en la respuesta a las nuevas formas de delincuencia o por lo menos a algunas de ellas, y se aboga por su “flexibilización”.

2. Frente a esta “expansión del Derecho Penal” la Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cual sea el aspecto involucrado en la expansión. No existe la misma actitud frente a la creación de delitos que protegen intereses colectivos amenazados por los nuevos riesgos (tipos del derecho penal del riesgo) que frente a la exasperación de las penas y a la prescindencia de los postulados o garantías que rodean la imposición de la pena en el sistema clásico. Pero en líneas muy generales podemos esbozar ciertos grupos tendenciales de la Ciencia frente a la expansión del Derecho Penal.

a) Una tendencia que podríamos denominar “minimalista” se caracteriza por una visión extremadamente crítica de la situación actual del Derecho Penal que hemos descrito en sus grandes rasgos. Una expresión ampliamente conocida de esta posición está representada por un grupo de profesores de Frankfurt a los que se les agrupa bajo la denominación de la “Frankfurt Schule” (Escuela de Frankfurt). Para esta posición, la situación actual del Derecho Penal es insostenible: el proceso de modernización del Derecho Penal tal como ha sido concebido y desarrollado en Alemania (y nosotros agregamos, en muchos otros países) conforma una situación insostenible del Derecho Penal, caracterizado por abusos, exacerbaciones, deformaciones y demolición que exige desde hace tiempo la Política Criminal oficial al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Denuncian los adherentes a esta tendencia cómo se desdibujan los principios limitadores del *ius punendi* e incluso cómo son utilizados para extender el Derecho Penal. Al efecto es sumamente ilustrativo un artículo de Marijön Kaiser, cuyo título es “*Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho Penal. Competencias penales en la cuestión del aborto*”<sup>9</sup>, en el que se desarrollan y analizan dos conocidas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el aborto, y que contienen la idea que en virtud del principio de ultima ratio ya no se trata de establecer en qué condiciones o cuándo es legítimo recurrir a la norma penal sino de determinar en qué caso el legislador está obligado constitucionalmente a penalizar una conducta (deber de penalización o “prohibición de infra protección”).

---

Castañón que en los discursos críticos acerca del derecho penal del riesgo se entremezclan problemas diferentes al tratamiento de los riesgos tecnológicos. La expansión del derecho penal se produce también fuera del ámbito del desarrollo tecnológico, por ejemplo, en la actividad económica.

En el texto se emplea el término *expansión del derecho penal* en un sentido amplio, que comprende el derecho penal del riesgo pero además otros fenómenos expansivos, al modo en que lo describe CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* 3 (Bogotá, Legis, abril - junio 2003), pp. 32 - 33.

<sup>9</sup> En *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit., pp. 149 - 165.

Observan estos autores que en esta extensión del Derecho penal el principio de legalidad en su dimensión de mandato de determinación también decae. Tanto la naturaleza de las materias de la nueva regulación como el afán de no dejar lagunas de punibilidad conducen al legislador a la utilización abusiva de elementos normativos, cláusulas generales y conceptos indeterminados.

Otra característica de esta corriente de pensamiento, o por lo menos de algunos de sus exponentes, es que se aboga por la limitación del derecho penal a la protección de intereses o expectativas indiscutibles, como lo son la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad. Para quienes sustentan esta idea sólo esas expectativas tienen relación con la esencia del individuo y de su propia capacidad de permanencia en el tiempo, que es lo que justifica la protección penal<sup>10</sup>. Esta postura representa sin duda un minimalismo extremo. En palabras de Roxin se trata por esta corriente “de limitar la legislación penal a un ‘Derecho penal básico’, a tratar con el instrumental de la dogmática clásica, y orientado de forma prioritaria a brindar protección individual frente a los delitos lesivos”, y cuyo propósito es “defender los elementos del Estado de Derecho limitadores de la pena frente a la desmesurada criminalización anticipada con la que el legislador intenta hacer frente a los riesgos sociales derivados de la moderna tecnología”<sup>11</sup>.

Se caracteriza naturalmente este minimalismo por una férrea oposición a los delitos de peligro abstracto.

Esta corriente de pensamiento es una expresión, tal vez radical, del modelo garantista del Derecho penal y Procesal penal tal como lo conocemos a partir del pensamiento ilustrado. Por muchos reparos que se le puedan formular a ese modelo punitivo heredado de la ilustración, lo cierto es que, como apunta Ferrajoli, “ese pensamiento ilustrado representa el momento más alto de la historia –nada honorable en su conjunto– de la cultura penalista: aunque solo sea por que se le debe la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales y procesales dentro de la forma del estado constitucional de derecho”<sup>12</sup>.

Por ello tiene razón Carlos Künsemüller cuando señala que esta expansión del Derecho Penal propia de la sociedad del riesgo “[...] es considerada por varios autores como ‘una tendencia autoritaria en el sistema penal [...]’<sup>13</sup>. Similar constatación efectúa Manuel Cancio Meliá<sup>14</sup>.

b) Aun cuando no suele expresarse abiertamente a nivel científico, sin duda que por detrás de al menos algunos aspectos de la “expansión del Derecho penal” subyace una posición que aprecia en el Derecho penal y también en el

<sup>10</sup> KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho*, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit., pp. 49 a 62.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), pp. 89 - 90.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal*. (3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1998), p. 23

<sup>13</sup> KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, cit., p. 31.

<sup>14</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, cit., p. 32.

Derecho Procesal penal una situación insostenible, pero por razones precisamente opuestas al minimalismo. Para esta corriente “el Derecho penal y el Derecho procesal penal afrontan las formas de aparición de la criminalidad en el umbral del siglo XXI con una autocomprensión, unos principios y unos instrumentos que habían sido concebidos en el idilio burgués y en la ideología del estado liberal del siglo XIX<sup>15</sup>”.

Para esta concepción resultan insostenibles el arcaísmo, el formalismo, las limitaciones que se autoimpone el Derecho Penal: todas son características incompatibles para afrontar las nuevas formas de delincuencia que surgen en una sociedad altamente tecnológica, global, internacionalizada, y caracterizada por que el riesgo es inherente a ella.

La incompatibilidad del Derecho penal de signo liberal alcanzaría también a sus respuestas lentas y débiles frente a la criminalidad tradicional, en constante aumento cuantitativo y cualitativo. En suma, se aboga por un “derecho penal eficiente”, caracterizado éste por la confianza, a veces genuina y a veces aparentada frente a los electores, en la idoneidad del Derecho Penal para solucionar el incremento de la delincuencia tradicional y sus nuevas formas de aparición, así como para proteger intereses nuevos. Inspirado en esa confianza y crítico de las barreras tradicionales elevadas por el Derecho penal liberal, este “derecho penal eficiente” procura la creación de nuevos tipos penales, conmina penas cada vez más severas y percibe los principios de ese modelo liberal garantista como obstáculos a superar en vistas a la eficiencia del sistema penal en la lucha contra el delito. El infractor es visto como el enemigo del sistema al que se debe derrotar: constituye esta visión un retroceso hacia un derecho penal autoritario<sup>16</sup>.

c) Existen posiciones, probablemente mayoritarias, que podríamos denominar eclécticas, en cuanto aceptan algunos aspectos involucrados en el fenómeno de la expansión y desestiman otros, o bien, llegan a soluciones de compromiso.

Expresivo de esa corriente es el pensamiento de Claus Roxin. Para él, el minimalismo debe ser rechazado en cuanto pretende restringir el derecho penal a la defensa de intereses individuales frente a los delitos lesivos: “...el Derecho penal no puede retroceder por principio frente a la tarea de luchar contra los riesgos que son más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad clásica”<sup>17</sup>.

Para Roxin las nuevas figuras propias del fenómeno expansivo, las formas de

---

<sup>15</sup> Prólogo a la Edición alemana de *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit., p. XVII.

<sup>16</sup> FELLER SCHLEYER, Claudio, *Desafíos de la Reforma al Código Penal Chileno*, en *Reforma Penal Sustantiva. Cuadernos Judiciales* 6 (Santiago de Chile, Instituto de Estudios Judiciales, 2002), p. 104.

Sobre las bases sociológicas, políticas, teóricas y “costos” del derecho penal “eficiente”, vid. HASSEMER Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy* (2ª ed. Traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998), pp. 47 - 66.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, cit. P. 90.

anticipación de la punibilidad como los delitos de peligro abstracto son irrenunciables. De lo que se trata en estos casos es de conciliar estos nuevos instrumentos con las garantías del Estado de Derecho y para ello es necesario el desarrollo de la dogmática en esos ámbitos. La falta de ese desarrollo es la que ha impedido, según Roxin, que legisladores y jueces puedan contar con el arsenal conceptual e instrumental que las hagan compatibles con el Estado de Derecho. En suma, se trata de confiar en la “capacidad de rendimiento” de la dogmática jurídico penal<sup>18</sup>.

Esta posición es ecléctica en cuanto acepta y hasta aprueba la expansión del Derecho Penal a la protección de intereses que se encuentran fuera del núcleo clásico de bienes jurídicos protegidos, pero sin embargo rechaza aquellas facetas de la expansión que suponen un debilitamiento de las garantías jurídico penales propias de un Estado Democrático de Derecho. El punto todavía no resuelto de esta postura es si acaso es posible del todo conciliar ambas aspiraciones.

En una línea de pensamiento similar a la de Roxin pero expresamente crítico frente a la “irreflexiva creación de tipos siempre nuevos de peligro abstracto en el Derecho Penal criminal”<sup>19</sup>, y a otras manifestaciones de la legislación penal alemana –algunas apreciables también en la nuestra–, se orienta el pensamiento de Hans Hirsch<sup>20</sup>.

d) Finalmente existe una posición a la que podríamos denominar de la “resignación limitada”, y que ha sido sustentada por Jesús María Silva Sánchez<sup>21</sup>.

Para Silva Sánchez la expansión del Derecho penal es irrefrenable por diversos motivos, entre los que destaca la configuración y aspiraciones de la sociedad actual. Frente a este avance irrefrenable no cabría más que resignarse a una cierta relajación de los principios de garantía del Derecho Penal. A lo sumo cabe exigir que esa relajación sólo tenga lugar cuando la pena conminada no sea privativa de libertad. Entonces surge una configuración dualista del Derecho Penal, o en palabra de Jesús María Silva Sánchez, “un Derecho penal de dos velocidades”, caracterizado por un doble estándar de reglas de imputación y principios de garantía<sup>22</sup>.

Para esta concepción, frente a un Derecho penal que marcha sin vuelta atrás hacia la expansión y flexibilización de las garantías y reglas de imputación sólo cabe exigirle el cumplimiento irrestricto de las garantías y límites propios del

---

<sup>18</sup> ROXIN, Claus, cit. p. 90 ss. PAREDES CASTAÑON, cit., pp. 129 a 130 es de la opinión de que la pretensión de renunciar a la intervención penal en determinados sectores de la vida social resulta prematura desde el punto de vista metodológico y aboga, en cambio, por la construcción de una disciplina de la política criminal que permita afrontar los nuevos retos de modo más racional, fijando pautas para el desempeño del legislador y de los jueces, así como para realizar la crítica de ese desempeño, sin perjuicio del estudio de los cambios en la dogmática jurídico-penal.

<sup>19</sup> HIRSCH, Hans Joachim, cit. p. 132.

<sup>20</sup> HIRSCH, Hans Joachim, cit. pp. 133 ss.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*<sup>2</sup> (España, Civitas Ediciones, S.L., 2001).

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, cit. pp. 159 y sigs.



Derecho penal clásico en aquel sector en que se utiliza la pena privativa de libertad.

En cambio, en aquel sector en que se emplean penas no privativas de libertad –que idealmente debería corresponder al nuevo sector invadido por la expansión– se puede admitir una flexibilización controlada de garantías y presupuestos de imputación de responsabilidad. Silva Sánchez estima, por ejemplo, que en el campo del Derecho penal económico se podría aceptar esta flexibilización de las reglas de imputación (responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error) y de los principios políticos criminales (legalidad, mandato de determinación o culpabilidad).

Todavía existe en esta visión expuesta por Silva Sánchez la cuestión de una tercera velocidad del Derecho penal. Este tercer nivel viene dado por aquellos casos existentes en la legislación en que no obstante conminarse pena privativa de libertad, de todas formas se admite una relativización de las garantías político-criminales de las reglas de imputación y de los criterios procesales.

Esta tercera vía, en el concepto de Silva Sánchez, puede ser o no justificada. En general para Silva Sánchez no lo es y las normas que la admiten deben reconducirse a la segunda vía (básicamente se trata de delitos socio-económicos).

Pero existiría un ámbito legítimo para este tercer nivel: se trata de la reacción estatal frente a sujetos que han demostrado una actitud de abandono permanente del derecho que no asegura la previsibilidad de su comportamiento. Básicamente esta “tercera velocidad” sería aplicable de manera legítima a sujetos que pertenecen a organizaciones criminales o son delincuentes habituales o profesionales o, por último, que han manifestado una actitud de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos del sistema social (terrorismo, criminalidad organizada).

En todos estos casos en que se desestabiliza el derecho como un todo y no una norma concreta puede plantearse –según este autor– la cuestión del incremento de las penas privativas de libertad junto a una relativización de las garantías sustantivas y procesales. Se trataría de un derecho de emergencia o de guerra, legítimo pero siempre como mal menor y siempre que sea estrictamente necesario<sup>23</sup>.

e) Posición personal.

En mi opinión, la “flexibilización”, “relajación,” o prescindencia de las garantías del “viejo y buen derecho penal liberal” son inaceptables en cualquier ámbito del ordenamiento punitivo cualesquiera que sean las sanciones conminadas<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, cit., pp. 163 - 166.

<sup>24</sup> También crítico respecto de la distinción de dos sectores en el Derecho Penal y de la desformalización y flexibilización de las garantías en la segunda vía propuesta por Silva Sánchez, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, cit., pp. 35 a 36, sin referencias a la tercera vía propuesta por ese autor.

La vigencia irrestricta de esa pléyade de garantías y principios limitadores del poder punitivo del Estado es, a mi juicio, el baremo para juzgar la adecuación del ordenamiento penal a los postulados de un Estado democrático de derecho, tanto en cuanto constituyen en sí mismos derechos fundamentales.

El principio de legalidad, el mandato de determinación, el principio de culpabilidad, el de proporcionalidad, el de intervención mínima, etc., son conquistas de la cultura jurídica obtenidas no sin dificultades y oposiciones en el intento para asegurar espacios crecientes de libertad y seguridad del individuo frente al Estado.

Su defensa es al final de cuentas, una cuestión valorativa y política acerca del modelo de sociedad que se desea. En lo personal me inclino por una sociedad democrática como modelo a adoptar<sup>25</sup>. Pero ella supone el respeto de los derechos fundamentales de todos, incluso y quizás prioritariamente los de los imputados.

El discurso de la resignación y aprobación de la flexibilización en ciertos sectores del Derecho penal a la manera de Silva Sánchez, no me parece correcto desde esta perspectiva.

La crítica que se formula a quienes estamos en esta posición en el sentido que es una ucronía, no es válida. Afirmar que se pretende regresar a un Derecho penal liberal que en realidad nunca existió y que ello invalida esa aspiración es un error: siempre el garantismo ha reconocido que sus postulados constituyen un ideario jamás logrado del todo. Por lo mismo siempre ha sido capaz de denunciar las desviaciones de la legislación penal respecto de ese ideario, y efectuar la crítica de ella a partir de su mayor o menor grado de cumplimiento de los postulados garantistas.

La aceptación de la flexibilización de las garantías para ciertos sectores del Derecho penal (las velocidades segunda y tercera de que habla Silva Sánchez) contiene la idea –a mi juicio inaceptable– de que los derechos fundamentales pueden ser restringidos sin las garantías que rodean la imposición de la pena, garantías que a su vez constituyen derechos fundamentales de las que se prescinde. Su limitación a ciertos sectores del ordenamiento punitivo, no supera la crítica y, por lo demás, contiene latente una fuerza expansiva al sector nuclear del Derecho penal<sup>26</sup>.

En cuanto a la tercera velocidad me parece que es un desliz hacia el Derecho penal del autor y hacia el Derecho penal del enemigo, caracterizado por tratar “a los infractores en alguna medida no como ciudadanos..., sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”<sup>27</sup>, y en consecuencia absolutamente incompatible con un Derecho penal adscrito a un Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>25</sup> FELLER SCHLEYER, Claudio, *Desafíos de la Reforma al Código Penal Chileno*, cit., pp. 105 y sigs.

<sup>26</sup> En este último sentido con claridad, KÜNSEMÜLLER, Carlos, cit., p. 35.

<sup>27</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, cit., pág 35.

En conclusión, creo que existen algunos principios de garantía intangibles<sup>28</sup>, cuya vulneración constituye, cualquiera sea el pretexto, un deslizamiento hacia el derecho penal autoritario. También pienso que sería deseable la constitucionalización de algunos de esos principios, que hoy no están consagrados expresamente en nuestra Constitución Política, como por ejemplo el de culpabilidad. La lucha contra las nuevas formas de la criminalidad clásica (organizaciones criminales, criminalidad a través de personas jurídicas o entes colectivos, delincuencia transnacional, etc.) debe ser abordada por el Estado a través de una política criminal y una legislación que junto con ser capaces de captar y responder adecuadamente a esas nuevas formas de aparición de la delincuencia, tenga como barrera infranqueable los derechos fundamentales de las personas, que sólo se aseguran con el respecto a los principios del “viejo y buen derecho penal liberal”.

En cuanto a la extensión de los ámbitos de protección por el Derecho penal, soy escéptico acerca de su absoluta necesidad. Los nuevos intereses surgidos en la sociedad moderna, amenazados por el riesgo inherente a ella, sin duda merecen protección jurídica y tanta o más que algunos de los bienes jurídicos “clásicos”. La preservación del medio ambiente, el sistema económico global, por citar algunos ejemplos, son intereses muy legítimos que pueden verse afectados con consecuencias serias y hasta catastróficas en virtud de determinadas conductas, en ocasiones incluso imprudentes. Pero eso no significa necesariamente que el Derecho penal sea un instrumento eficaz o el más eficaz para evitar esas conductas peligrosas. Si llegásemos a concluir que las sanciones administrativas de carácter pecuniario y la necesidad de indemnizar los daños ocasionados por esas conductas son tanto o más efectivas que la sanción penal para proteger esos bienes jurídicos, el recurso al Derecho penal resultaría innecesario y por lo mismo ilegítimo<sup>29</sup>. Y esa es una cuestión todavía no resuelta.

Nuestra legislación no ha sido ajena al fenómeno de la expansión, cuestión que merecería un estudio aparte más detenido y ciertamente necesario. Solo a vía ejemplar podemos mencionar la reciente modificación al Código Penal en materia de hurto-falta (artículo 494 bis agregado por la Ley N.º 19.950, de 5 de junio de 2004) y la tipificación y sanción con pena privativa de libertad de los actos de maltrato o crueldad hacia animales (artículo 291 bis). La primera es un caso claro de expansión punitiva como respuesta al fenómeno del denominado “hurto (falta) hormiga”, que muchas veces queda en estado de tentativa y en consecuencia era impune en virtud de la aplicación de la regla del artículo 9º del

---

<sup>28</sup> Ya antes nos hemos ocupado de esos principios básicos del Derecho penal en: *Desafíos de la Reforma al Código Penal Chileno* y en *Orientaciones Básicas del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho*, en *Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria* (Santiago, Editora Nacional de Derechos Humanos, 1993), pp. 27 a 44 y en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta Época, 40 (1993) 1, pp. 36 - 48

<sup>29</sup> En la Comisión Redactora de un nuevo Código Penal chileno convocada por el Ministerio de Justicia, predominó la idea de la necesidad de tipificar conductas que dañen o pongan en peligro el medio ambiente.

Código Penal. La segunda norma es un caso en que se recurre al Derecho penal para sancionar conductas ciertamente reprobables y que hieren nuestros sentimientos de compasión pero en que el bien jurídico protegido, si es que lo hay, es sumamente incierto. En la misma línea de expansión y deslíz hacia un Derecho penal “eficiente” se orientan los intentos de penalizar las declaraciones falsas que se presten ante el Ministerio Público, sin que se advierta por los impulsores de esa reforma la manifiesta incompatibilidad entre esa pretensión y los principios que informan el nuevo sistema procesal penal.

En lo que sí creo que le asiste toda la razón a Roxin, es que frente a la realidad de nuevos tipos que protegen intereses supraindividuales o difusos, o frente a anticipaciones de punibilidad a través de la utilización cada vez más frecuente de delitos de peligro abstracto, es labor de la dogmática cerrar el círculo punitivo abierto por el legislador. En el Derecho comparado se está elaborando una dogmática sobre este nuevo Derecho penal<sup>30</sup>. Estimamos urgente que la doctrina nacional se ocupe de estas nuevas manifestaciones del Derecho penal, tanto para entregarles a los tribunales los criterios de interpretación de las normas que se han dictado y que inevitablemente se dictarán y que plasman esta orientación del Derecho penal, como para procurar limitar y racionalizar el “clima punitivista”<sup>31</sup> que impera en el debate político nacional.

[Recibido el 17 de diciembre de 2004 y aceptado el 30 de abril de 2005].

---

<sup>30</sup> Así por ejemplo, las obras de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), y de SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos* (Madrid, Editorial Dykinson, 2000)

<sup>31</sup> La expresión pertenece a CANCIO MELIÁ, Manuel, cit., p. 33.