

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PROGRAMA POLÍTICO-CRIMINAL DE LA CONSTITUCIÓN A LA LUZ DE LOS NUEVOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES

SOME NOTES ON THE CRIMINAL-POLITICAL PROGRAM OF THE CONSTITUTION, TO THE LIGHT OF THE NEW CRIMINAL POLITICAL MODELS

JAIME VERA VEGA*

RESUMEN

En el presente artículo se efectúa un análisis algunos de los modelos político-criminales surgidos a propósito del proceso expansivo del derecho penal: el derecho penal de la seguridad ciudadana, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico, sus rasgos más característicos y la forma como los mismos han influenciado reformas recientes introducidas en el ámbito penal y procesal penal chileno. Luego el autor establece las líneas generales del programa político criminal subyacente en la Constitución Política, a fin de establecer si estos modelos se ajustan a la normativa marco que establece la Carta Fundamental.

Palabras clave: Política criminal, programa, seguridad ciudadana, enemigo, simbólico.

ABSTRACT

This article is an analysis of the political-criminal models that arise in connection of the expansion of criminal law: the criminal law of the public safety, the criminal law of the enemy and the symbolic criminal law; its stronger features and the way in which they have influenced recent reforms introduced in the Chilean criminal law and in the Chilean criminal procedure. The author then outlines the political criminal agenda underlying the Constitution, in order to establish whether these models are consistent with the rules established under the Constitution.

Keywords: Politics, criminal, agenda, safety, public, enemy, symbolic.

Recibido: 8 de diciembre de 2012.

Aceptado: 18 de diciembre de 2012.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Máster en Derecho Penal por las universidades de Barcelona y Pompeu Fabra (España), Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y en la Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: jaime.vera@ucv.cl

INTRODUCCIÓN

La existencia de relaciones entre el derecho penal y el derecho constitucional, constituye una cuestión generalmente destacada por los dogmáticos del derecho penal, tanto en el ámbito de la doctrina nacional como en la comparada¹. Esta relación se expresa en dos ámbitos bastante nítidos: por una parte a raíz de que el ejercicio de la potestad penal constituye, en nuestros tiempos, una competencia de índole estatal, toda la normativa constitucional que define la estructura y forma de actuación del Estado, tiene suma importancia para el derecho penal, desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi*. En segundo lugar, partiendo de la premisa de que la función, por antonomasia, atribuida al derecho penal es la protección de bienes jurídicos, dado que muchos de ellos constituyen derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional (vida, salud, libertad, honor, patrimonio, etc.), esta circunstancia genera también un punto de contacto entre ambas disciplinas jurídicas.

A su vez, lo que se afirma respecto de la relación entre derecho penal y derecho constitucional, es también válido para el binomio política criminal-derecho constitucional. En efecto, entendiendo que la política criminal constituye una disciplina autónoma de la dogmática, a que le incumbe la elaboración de los criterios a tomar en cuenta a la hora de tomar decisiones en el ámbito del derecho penal², especialmente respecto de la prevención de la criminalidad, resulta que la puesta en práctica de tal misión debe considerar el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución, que como tales se erigen como el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones que debiesen guiar cualquier programa de lucha contra la crimina-

¹ En nuestra doctrina aborda esta relación Etcheberry, quien en su tratado hace alusión a la existencia de ciertas “bases constitucionales de la ley penal”. Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, tomo I -3ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 65 y ss. Tratándose de la doctrina comparada, se refiere, entre otros, a esta cuestión Tiedemann, pues según su visión: “La relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración. «La ley no debe establecer más penas que las estrictas y manifiestamente necesarias»”. TIEDEMANN, Klaus, “Constitución y derecho penal”, trad. Luis Arroyo Zapatero, en: *Revista española de derecho constitucional*, año 11, Nº 33 (1991), p. 145.

² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General* -2ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 87.

lidad³. En esta misma dirección, como correctamente ha expuesto Zúñiga, la labor que le corresponde a la política criminal de servir de guía al legislador para establecer cuándo utilizar la herramienta penal y cuándo deben privilegiar otros instrumentos de control penal menos ofensivos, supone que los principios valorativos que rigen las valoraciones político-criminal ingresan en el sistema penal, anclados en la Constitución, al extremo que es la norma fundamental, como expresión de los principios generales del Estado social de Derecho y de los principios de limitación de la intervención penal, es la que posibilita la penetración de la política criminal en la ciencia jurídico penal⁴.

En consecuencia, es dable sostener que tras el articulado de la Constitución subyace un programa político criminal, al cual deben ceñirse las decisiones que adopta el Estado, en tanto titular del poder para determinar cuáles son los comportamientos que se consideran delictivos y en la tarea de definir los instrumentos tendientes a hacer frente al problema de la criminalidad. A lo largo del presente trabajo procuraré esbozar cuáles son tales lineamientos generales.

Por otra parte, resulta que el debate político criminal contemporáneo, se ha centrado durante las últimas décadas en el análisis del fenómeno, que elocuentemente Silva ha denominado la expansión del derecho penal. Este proceso se caracteriza por el predominio de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países (incluido el nuestro) hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Se señalan por este autor, como notas distintivas del fenómeno expansivo, fundamentalmente cuatro, a saber: a) creación de nuevos bienes jurídico-penales; b) ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes; c) flexibilización de las reglas de imputación; y d) relativización de los principios político criminales de garantía. Como resalta el creador de esta noción, el fenómeno expansivo del derecho penal, hoy por hoy, no es solo cuestión de legisladores super-

³ En este sentido, ARROYO, Luis, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 1 (1987), p. 99.

⁴ ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 51.

ficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía⁵.

Al alero de este fenómeno expansivo del derecho penal, han surgido tres modelos político-criminales que han puesto en entredicho los principios político criminales formales (legalidad penal) y materiales (intervención mínima, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad), que subyacen tras el programa político criminal constitucional, tales son: el derecho penal de la seguridad ciudadana, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico.

En este contexto, es posible observar que las abundantes reformas legislativas que se han introducido en nuestro país, tanto en la legislación penal como en la procesal penal, están inspiradas en estos nuevos modelos político criminales, es por eso por lo que resulta de suma necesidad establecer hasta qué punto los tales modelos resultan compatibles con la normativa constitucional que debe servir de marco para la adopción de este tipo de decisiones. El estudio de esta problemática, exige efectuar un somero análisis descriptivo de estos modelos, cuestión que abordo en la primera parte de este trabajo.

1. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y LOS NUEVOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES

1.1 Breve referencia a la expansión del derecho penal y sus causas

Al indagar acerca de las razones del fenómeno expansivo del derecho penal, existe una visión bien extendida, en orden a que la génesis del fenómeno radicaría en una suerte de perversión por parte de quienes tienen el poder de definir los comportamientos delictivos y el establecer las penas: el órgano estatal y sus agentes. El Estado, como titular del ejercicio de la potestad penal, optaría por una huida hacia el derecho penal para brindar una solución simplista a los principales desafíos que impone la sociedad contemporánea en el ámbito de la prevención de la criminalidad. Sin embargo, lo anterior constituye tan solo una arista del proceso. Como acertadamente expone Silva, tal diagnóstico puede hasta parecer ingenuo si se considera que: "(...) en buena medida, nos hallamos aquí ante causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configuran-

⁵ Cfr. SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* -2ª edición-, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 17.

do durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales”⁶. Sobre la base de lo indicado, el fenómeno que nos ocupa, representa una plasmación en el terreno político criminal y legislativo penal, de las profundas transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas, que ha experimentado la humanidad luego que se sentaran bases del modelo penal clásico de las garantías, tributario del movimiento ilustrado, ya en los albores del siglo XVIII⁷.

Entre las profundas causas de la expansión que menciona Silva⁸, se encontraría, primero, la efectiva aparición de nuevas realidades, valoradas como intereses dignos de tutela en el ámbito penal. Lo anterior obedecería, a su vez, a tres órdenes de consideraciones:

- a) La conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían —o no con la misma incidencia—, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas (por ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión).
- b) El deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como «bienes escasos», atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso (por ejemplo, el medio ambiente).
- c) El incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre

⁶ SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal...*, pp. 21 y 22.

⁷ Respecto de este modelo clásico, tal como expone Demetrio Crespo, resulta que la construcción de la ciencia penal tal y como hoy la entendemos, se viene articulando desde el pensamiento de la Ilustración, específicamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794), “De los Delitos y de las penas” (1764), en la que tal autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, tal como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso “Programa de la Universidad de Marburgo”, de 1882. Cfr. DEMETRIO, Eduardo, “El “Derecho Penal del enemigo” (Darf nicht sein!). Sobre la ilegitimidad del derecho penal del enemigo y la idea de seguridad” [en línea], en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N° 9 (2006) [citado el 24 de noviembre de 2012], http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_9_67.pdf, p. 431.

⁸ Para un análisis más pormenorizado sobre las causas de la expansión, *vid.* SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal...*, pp. 25 a 79.

estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas (por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico).

En segundo término, la construcción del modelo de sociedad post-industrial como una sociedad de riesgos, producto de avances o tecnológicos sin parangón en la historia de la humanidad, sería el factor desencadenante de la efectiva aparición de nuevos riesgos, especialmente los de procedencia humana. Junto con ello, nos enfrentaríamos a una verdadera crisis de los modelos económicos liberales, pues estos se han mostrado ineficaces para efectuar una distribución equitativa de la riqueza. Este aspecto sería el desencadenante de marginalidad y criminalidad callejera, a raíz de lo cual desde los sectores más acomodados de la población se vislumbra a los marginados como una fuente de riesgo de tipo criminal.

Lo indicado, en una sociedad de enorme complejidad, determinaría, en tercer lugar, el surgimiento de una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en la colectividad, potenciada por los medios de comunicación, los que impulsados por el lucro y el mejoramiento de los niveles de audiencia crearían una sensación artificial que no se correspondería con el nivel de riesgo objetivo⁹.

A los anteriores componentes vendrían a añadirse otros, también característicos de la sociedad postindustrial, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configura como una sociedad de “clases pasivas”, en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y el forjamiento de una resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello, traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro. Otro relevante factor vendría representado por el fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito, antes que con el autor (sujeto activo), de tal suerte que la ley penal pase ha convertirse también en una *Magna Charta* de la víctima¹⁰.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídico penales (especial referencia al ámbito económico)” [en línea], en: *Anuario da facultade de dereito* [citado el 13 de noviembre de 2012], <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2216/1/AD-7-61.pdf>, p. 957.

¹⁰ *Idem*, p. 958.

Empero, las causas mencionadas no estarían en condiciones de explicar por sí solas por qué las demandas de protección por parte de la sociedad se dirigen precisamente (y necesariamente) hacia el Derecho penal: esto último solo puede justificarse merced al “descrédito de otras instancias de protección”. Por lo demás, como causas coadyuvantes se situarían la influencia de los denominados “gestores atípicos de la moral”, así como la actitud de la izquierda política, que ha venido preconizando que la consecución de la seguridad debe lograrse a través del Derecho penal, a diferencia de situación vigente bajo el influjo del modelo penal clásico, en que este tipo de discursos era más propio de los sectores y grupos más conservadores. Finalmente, dos nuevos fenómenos característicos de las sociedades postindustriales, la globalización y la integración supranacional, operarían como “multiplicadores” o potenciadores de la expansión. Y no solo eso, sino que, además, la meta de la unificación llevará aparejada la configuración de un Derecho penal menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas tradicionales de imputación y se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales¹¹.

Como ha expuesto Diez Ripollés, en España, este proceso expansivo del derecho penal, ha colocado a la política criminal de nuestros días en una verdadera encrucijada, pues al poner en tela de juicio el modelo clásico de las garantías, ha generando una profunda reflexión en orden a si el mismo, sin renunciar a sus principios rectores, está en condiciones de hacer frente de manera satisfactoria al problema de la criminalidad, sin prescindir de los avatares de la sociedad post-industrial. Efectivamente, en palabras de este autor: “los principios que sirven de fundamento a ese sistema están siendo sometidos a una crítica feroz por muy diversas instancias sociales, las cuales no se sienten obligadas a mantener el delicado equilibrio que el citado sistema procura entre las necesidades de protección social y el respeto de las garantías individuales de los ciudadanos delincuentes, reales o presuntos^{12, 13}.”

¹¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna...”, p. 958.

¹² DIEZ, José, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo, Editorial Bdef, 2007, p. IX

¹³ En nuestra doctrina se ha pronunciado sobre esta cuestión, Carnevali, para quien 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 saber, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad. Además, agrega que durante esta etapa de incertidumbre, se

Esta situación coyuntural de crisis del derecho penal clásico, ha sido, en mi opinión, el espacio fecundo, para que, a partir del advenimiento de una política criminal gestionada de manera oportunista y sin referencia a los principios y valores de la Constitución, hayan proliferado nuevos modelos de corte represivo, que junto con hacer sombra al modelo de las garantías, han venido a distorsionar el fenómeno expansivo, erigiéndose como verdaderas perversiones del mismo, tales son: el derecho penal de la seguridad ciudadana, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico.

1.2 El derecho penal de la seguridad ciudadana

En el marco del proceso expansivo del derecho penal y la aparición de estos nuevos modelos político-criminales, el denominado derecho penal de la seguridad ciudadana, surge como una respuesta lógica a la situación de crisis de los modelos económicos contemporáneos (acentuada por una aguda crisis moral de la sociedad en general), para brindar cobertura a los problemas asociados con la multirreincidencia y la criminalidad callejera, la violencia doméstica, la delincuencia sexual y, especialmente, a la de índole patrimonial convencional¹⁴. El derecho

aprecia 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. Esta evolución, a su juicio, comienza a apreciarse ya de manera notoria en los años ochenta, cuando pudo observarse un mayor acento en políticas asegurativas “prevención general asegurativa”, 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. CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 14, Nº 1 (2008), pp. 30 y 31.

¹⁴ En nuestra doctrina, se refiere también a este modelo, aunque bajo la terminología de “Derecho penal de la peligrosidad”, Carnevali, quien señala: “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 solo puede medirse sobre la base de la culpabilidad por el hecho y que debe asumir los riesgos que puede representar un sujeto peligroso que ha cumplido su pena.

penal de la seguridad ciudadana, en cierta medida, se desmarca de la concepción tradicional del expansionismo penal, que se vincula frecuentemente con la aparición de nuevos riesgos de corte tecnológico y la criminalidad de los poderosos. Más bien constituye un modelo, que en virtud del foco de la criminalidad que aborda, se vincula con la visión criminógena de las corrientes criminológicas críticas, caracterizada por denunciar con inusitada fuerza que el problema de la criminalidad está –y muy probablemente continuará– anclado en los sectores marginales de la población¹⁵.

Sin embargo, el matiz que presenta este modelo, respecto del derecho penal clásico de las garantías, estriba en que promueve una intensificación de la respuesta penal, especialmente de la sanción privativa de la libertad, como el mecanismo por antonomasia para hacer frente a la criminalidad de los marginados, con la evidente afectación que ello supone, entre otras, para la garantía de la proporcionalidad penal. Lo anterior, se explica por el hecho de que constituye un modelo fuertemente influenciado y ceñido a consideraciones de tipo preventivo general, negativa o asegurativa, en el entendido que la agravación del castigo, por la vía de la intimidación, produce una merma de la criminalidad.

En España, Diez Ripollés, ha efectuado un interesante estudio acerca de los rasgos que caracterizarían al modelo de la seguridad ciudadana. A pesar de que dicho análisis se centra en una realidad legislativa, política y cultural distinta a la nuestra, creo que la gran mayoría de estas características son perfectamente extrapolables, aunque con algunos matices, a la implementación de este modelo en nuestro

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”. Cfr. CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*...”, p. 38.

¹⁵ En efecto, la visión de la criminología crítica se caracteriza por utilizar el método de análisis de las teorías del etiquetamiento y de las subculturas a las poblaciones carcelarias; y por poner de relieve el carácter desigual del Derecho Penal. Esto es, no todos los sujetos tienen la misma probabilidad de ser objeto de definición penal. La criminalidad es, desde los postulados de la criminología crítica, como lo manifiesta Baratta: “un bien negativo distribuido desigualmente según la jerarquía de los intereses fijada en el sistema económico y según la desigualdad social de los individuos”. Cfr. BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Montevideo, Editorial Bdef, 2004, p. 382.

país, por lo que parece pertinente efectuar una breve revisión de las mismas¹⁶.

a) El protagonismo de la delincuencia clásica: en Europa, durante las últimas décadas de la segunda mitad del siglo XX, bajo el rótulo del denominado modernismo penal, cobró especial fuerza la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos, mediante la creación de figuras que se hicieran cargo de la protección de nuevos intereses como el medio ambiente, el orden socioeconómico, la seguridad en el trabajo, el consumo de ciertos productos, etc.¹⁷. Sin embargo, luego de uno pocos años de devenir de este proceso, por razones de diversa índole, predomina en la opinión pública una actitud resignada frente a los obstáculos con que ha tropezado la persecución penal de los poderosos. Como consecuencia de lo expresado, frente al desdibujamiento de estas nuevas formas, la criminalidad de los poderosos, la delincuencia clásica está más presente que nunca en el imaginario colectivo¹⁸.

El matiz que presenta nuestra realidad, frente a esta primera característica del derecho de la seguridad ciudadana, radica en que esta arista del fenómeno expansivo (el modernismo penal), por razones de corte político-constitucional¹⁹ y por una suerte de desidia de nuestros gestores políticos en abordar con completitud la criminalidad de los poderosos, se ha presentado en nuestro país en términos más bien

¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 6 (2004), pp. 6 a 21.

¹⁷ Por cierto, también han existido posturas minimalistas contrarias a dicha orientación. Entre ellas, destaca la visión de la denominada “Escuela de Frankfurt”, cuyos partidarios orientados en la defensa de un modelo ultraliberal del Derecho penal, han venido proponiendo su restricción a un “derecho penal básico” que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso. En este sentido, han caracterizado la evolución del derecho penal oficial como una cruzada contra el mal, desprovista de la más mínima fundamentación racional. Cfr. SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal...*, p. 19.

¹⁸ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, pp. 6 a 8.

¹⁹ Sobre este aspecto se debe tener en cuenta que el proceso expansivo del derecho penal en Europa está fuertemente vinculado con el modelo de Estado Social y consagración en las constituciones de los países de esta entorno, modelo que carece de un marco de referencia en nuestra Constitución Política, tributaria del modelo neoliberal.

residuales²⁰. Por ello, el foco de atención sigue estando en la criminalidad tradicional. Esta clase de delincuencia, además, ha adquirido especial énfasis a raíz de la amplia cobertura que se le prodiga en los medios de comunicación social; y por la relevancia que ha adquirido en la agenda política de los diversos sectores, que han elevado su combate a la categoría de problema fundamental para la convivencia social.

b) Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana: constituye un fenómeno transversal en los países de nuestro entorno el incremento en la población, tanto de la preocupación en general sobre la delincuencia, como el miedo a ser víctima de un delito²¹. Como observa Diez Ripollés, este fenómeno, además, se produce en un peculiar contexto por dos factores: i) la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema; ii) ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia. Muy por el contrario, los delincuentes son vistos como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de “predador sexual”, “criminal incorregible”, “asesino en serie”, “jóvenes desalmados”... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente.

²⁰ Lo anterior explica que muchos de los delitos asociados al modernismo penal, carezcan de regulación penal (por ejemplo delitos vinculados con la seguridad del trabajo), reservándose su castigo al ámbito del derecho administrativo sancionador o bien tengan una regulación sectorizada y asistemática (como ocurre con la protección penal del medio ambiente).

²¹ En efecto, en nuestro país, según informe de la Fundación Paz Ciudadana, de abril del año 2009, desde principios de la década de los noventa, la encuesta de opinión nacional del Centro de Estudios Públicos arroja que la delincuencia figura, salvo escasas excepciones, como una de las tres principales preocupaciones de la población nacional, y respecto de la cual se espera que el gobierno le otorgue alta prioridad. Es más, durante los años 2006, 2007 y 2008, la delincuencia fue la principal preocupación de la población, ya que la mitad de los encuestados le otorgó primera o segunda prioridad, superando por más de 10 puntos porcentuales los niveles de preocupación por otros problemas como la salud, la educación y el empleo. Fundación Paz Ciudadana, Balance De La Delincuencia 2008 [en línea]. [Citado el 15 de noviembre de 2012], http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20100218165644.pdf

Esto ha posibilitado que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo²².

c) Sustantividad de los intereses de las víctimas: el derecho penal clásico se construyó a partir de la vigencia del principio de neutralización de la víctima. En virtud del mismo, las víctimas debían tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada, como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando²³.

Sin embargo, la cada vez mayor cobertura a los intereses de las víctimas en el seno del sistema de administración de justicia penal²⁴, ha adquirido en los últimos tiempos algunos sesgos novedosos: i) ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate político-criminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas; ii) en segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para la víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, pues todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito, es bueno

²² En este sentido, DIEZ, José, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", pp. 8 y 9.

²³ *Idem*, p. 9.

²⁴ Respecto de mayor cobertura a los intereses de las víctimas, en nuestra legislación, basta considerar que de acuerdo con el nuevo Código Procesal la víctima ha adquirido la calidad de interviniente en el proceso penal, lo que constituye una mejora sustancial y cualitativa respecto de su estatus procesal en el Código de Procedimiento Penal de 1906, que consideraba posibilidades más bien residuales de intervención. En esta misma línea se enmarca una reciente iniciativa parlamentaria promovida en septiembre del año 2011 (Boletín 7879), mediante la cual, entre otras modificaciones, se pretende dotar a la víctima que interpone querrela, de la facultad de deducir cargos en contra del imputado, atribución que de acuerdo con la normativa vigente está radicada de manera exclusiva en el Ministerio Público.

que repercute en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente²⁵.

Finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; estos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes^{26,27}.

d) Populismo y politización: el modelo de la seguridad ciudadana, además, presenta una característica relativa a la forma que adopta el proceso de implementación del programa político criminal en sus distintas fases²⁸.

En efecto, en lo que respecta a la fase de definición, se advierte una marcada falta de racionalización de las decisiones legislativas, producto de dos razones: i) la escasa incidencia que tienen las opiniones de los expertos en la dictación de las leyes en materia penal, quienes han caído en descrédito; y ii) en contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales, sus demandas de mayor protección frente a la inseguridad sentida, han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de

²⁵ DIEZ, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 10.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Alude también a esta mayor sustantividad de los intereses de la víctima, aunque a propósito del fenómeno expansivo del derecho penal, Carnevali, quien califica este proceso como un cambio de paradigma dentro de la estructura social. Cfr. CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*...”, p. 34.

²⁸ Se refiere a este aspecto, como una característica del derecho penal de nuestros días, Hernández, para quien lo más significativo es la instalación de un discurso emotivo que se ha llenado de figuras y eslóganes populistas. Así, se reclama con vehemencia e indignación “mano dura” (o su álter ego: “señales claras”) frente al “flagelo” de la delincuencia que, gracias a las “puertas giratorias” del sistema judicial, se toma las calles mientras “los ciudadanos honestos están encerrados tras las rejas de sus casas”, todo lo cual se expresa no ya solo en la búsqueda de una actividad preventiva y persecutoria más eficiente, sino también, invariablemente, en la exigencia por la introducción de más figuras penales y por un endurecimiento creciente de las penas. Con total independencia de la realidad e importancia del tema “seguridad ciudadana” como objeto irrenunciable de la agenda pública, es evidente que este discurso se ha convertido en un eficiente y económico método para ganar notoriedad pública y obtener de esa forma dividendos de todo tipo (electorales, de audiencia, etc.). Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, “El derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”, en: *Revista persona y sociedad*, vol. XVIII, N° 2 (2004), p. 227.

configurar las leyes penales. Como afirma Diez Ripollés, lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática²⁹, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva³⁰.

En la fase de aplicación del modelo, resulta que los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común y de la percepción de justicia de la colectividad³¹.

Producto de lo anterior, el derecho penal de emergencia se erige como un instrumento asiduo, en la medida que los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorgan a las demandas populares un acceso privilegiado, mediante el cual pueden eludir los habituales controles burocráticos que, en toda democracia, velan por el fundamento de las iniciativas legislativas y permitiendo que el factor de la "oportunidad" de las medidas cobre un importancia radical³². Además, el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político criminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos, pues frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa impli-

²⁹ En efecto, según Bustos, la política criminal en el marco de un Estado social, debe propender hacia una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no solo en el sentido representativo, esto es, a través de la elección de representantes, sino también mediante la descentralización real, esto es, lo cual por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación. Cfr. BUSTOS, Juan, "Política criminal y Estado", en: *Gaceta Jurídica*, Nº 194 (1996), p. 22.

³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", pp. 10 y 11.

³¹ Una muestra de aquello en nuestra realidad, es la forma como se ha afinado en el discurso de nuestros políticos sin distinción partidaria, en los medios de comunicación en general y hasta en el ciudadano común, la idea de que en los tribunales de justicia existiría una suerte de "puerta giratoria", producto de la cual los criminales no recibirían el castigo adecuado a la gravedad de los hechos que se les atribuyen.

³² DIEZ RIPOLLÉS, José, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", p. 11.

cación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer antes y más que el otro las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar quienes son los más duros ante el crimen^{33,34}, y a una sorprendente proximidad de propuestas político criminales, que a alguno de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica³⁵.

e) Revalorización del componente afflictivo de la pena: de acuerdo con Diez Ripollés, la suma de los dos factores anteriores han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía, pero no se atendía: los sentimientos de venganza tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general³⁶.

A este factor se han añadido otros dos que han terminado de reforzar una transformación significativa del conjunto de objetivos a satisfacer por la pena:

³³ En este contexto se puede enmarcar el reciente anuncio presidencial, de fecha 16 de octubre del año en curso, en el sentido de emprender una “reforma a la reforma procesal penal” orientada, entre otros aspectos, a un endurecimiento del estatuto de medidas cautelares personales, especialmente la prisión preventiva. Desde luego, ya han surgido voces críticas a un emprendimiento de esta naturaleza. Véase la columna de opinión formulada por la ex ministra de Justicia y actual senadora de la República, Soledad Alvear, titulada: “Reforma Procesal Penal: mitos y verdades”, publicada en el diario *La Tercera*, el día 1 de noviembre de 2012 [en línea]. [Citado el 15 de noviembre de 2012], <http://www.latercera.com/noticia/politica/2012/10/674-488583-9-sebastian-pinera-reforma-procesal-penal-pese-a-las-vozes-que-se-han-opuesto-que.shtml>

³⁴ Como se ha afirmado recientemente, ya hacia finales de la década de 1990, y especialmente en la campaña presidencial previa a la elección presidencial del año 2000, la delincuencia y las formas de enfrentarla, comenzaron a monopolizar la agenda política. Fue así como en los respectivos programas de gobierno, se pudieron observar posturas tendientes a endurecer la respuesta político-criminal. En este sentido, MORALES, Ana María, “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden” [En línea], en: *Revista política criminal*, vol. 7, N° 13 (2012), [Consultado el 24 de noviembre de 2012], http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf, p. 103.

³⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 12.

³⁶ *Idem*.

Primero, la resocialización del delincuente ha dejado de tener los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo destacado de la ejecución penal. Ahora predomina una aproximación más realista y menos ideologizada a los frutos que pueden ofrecer las diversas técnicas disponibles, con ámbitos de intervención, como el relativo a desintoxicación e inserción de delincuentes drogadictos, que han mostrado sobradamente su efectividad. En el actual estado de cosas resulta, pues, justificado colocar a la resocialización en un segundo plano, frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales³⁷.

En segundo término, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella³⁸.

Por lo expresado, resulta que el conjunto de estos factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Ejemplo de ello, es el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales^{39, 40}.

f) El redescubrimiento de la prisión: el modelo de la seguridad ciudadana se caracteriza, además, por el énfasis que se atribuye a la privación de la libertad, tanto a título de pena como de medida cautelar, al extremo de considerarla el mecanismo por antonomasia para satisfacer los fines tradicionales de la sanción penal, así como los fines del procedimiento. En esta cuestión incide, primeramente, el fracaso de intentos previos por favorecer otro tipo de medidas alternativas a la pena de prisión, que muchas veces nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo.

Frente a este proceso es posible advertir, en naciones de nuestro entorno, un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las

³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", pp. 12 y 13.

³⁸ *Idem*, p. 13

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Una muestra de aquello encontramos en la Ley N° 20.594, que creó las inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y estableció registro de las mismas.

penas privativas de libertad y de la prisión preventiva. Nótese, sin embargo, que su recreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos socio-personales de la pena: i) en primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas, han pasado al primer plano; y b) los efectos inocuidadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales⁴¹.

g) Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal: El derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos, dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales, por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas⁴².

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que no tiene antecedentes en las democracias modernas. Es cierto que determinados periodos históricos con regímenes políticos autoritarios suscitaron en las masas sociales que los sustentaban, eliminados o acallados los vencidos o discrepantes, una crédula despreocupación por los métodos negadores de los derechos y libertades individuales empleados por los poderes públicos para controlar la delincuencia. Y también, lo es que en regímenes democráticos se ha tenido demasiadas veces éxito en aislar y demonizar determinados

⁴¹ DIEZ RIPOLLÉS, José, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", pp. 15 y 16.

⁴² *Idem*, pp. 16 y 17.

ámbitos delincuenciales, de modo que en su persecución pudiera valer todo⁴³.

Como indica Diez Ripollés: “(...) lo que ahora está sucediendo tiene matices nuevos: en el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas”⁴⁴.

h) Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia: durante mucho tiempo el involucramiento de la sociedad en esta problemática, significaba que la comunidad asumía su responsabilidad en la génesis de la delincuencia, y que se aprestaba a estimular y desarrollar iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial a los delinquentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social –policía, administración de justicia...– mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora, los mismos términos significan otra cosa, cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delinquentes⁴⁵.

Pero la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito no queda limitada a tareas de colaboración con la policía, sino que cada vez más los poderes públicos fomentan el desempeño por la propia comunidad de las funciones propias de los órganos formales del

⁴³ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 17.

⁴⁵ *Idem*, pp. 17 y 18.

control social⁴⁶. La expansión de la seguridad privada en nuestro país y en los países de nuestro entorno, supone una dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos en relación con uno de sus cometidos fundamentales: la salvaguarda del orden público.

Las manifestaciones de este modelo político criminal en las reformas recientes introducidas a nuestro Código Penal y al Código Procesal Penal son más que abundantes y responden a varios de los rasgos mencionados. Solo si nos centramos en aquellas más importantes implementadas en los últimos diez años, y sin pretender formular una lista exhaustiva, ni pormenorizada, sino más bien evidenciar lo extendido del fenómeno en la actuación legislativa reciente, es posible mencionar a propósito del Código Penal, las siguientes: respecto de los delitos contra la salud y la integridad física, la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, que, entre otras cosas, agravó el tratamiento punitivo de la violencia doméstica. Tratándose de los delitos sexuales, las Leyes N° 19.927, N° 20.480 y N° 20.526, las que junto con crear nuevas figuras para la represión y castigo de los delitos sexuales vinculados con la explotación sexual de menores y la pornografía, han supuesto una elevación de los marcos penales de las figuras tradicionales de violación y abuso sexual. Finalmente, a propósito de los delitos en contra de la propiedad, destacan como expresiones del modelo, la Leyes N° 20.090 y N° 20596, que agravaron el tratamiento punitivo del delito de abigeato, la Ley N° 20.253, que, entre otros aspectos, agravó la penalidad de los delitos por medios materiales, cuando recayesen sobre cosas que formen parte de redes de servicios de suministro públicos o domiciliarios, y las reciente Leyes N° 20.601, que creó el nuevo delito de robo de cajeros automáticos y dispensadores de dinero, y N° 20.639, que agravó la pena de los deli-

⁴⁶ Se refiere también a esta mayor participación de la colectividad en la persecución del delito, abordando el fenómeno como una tercera forma de entender la noción de seguridad ciudadana, Guzmán, quien señala: “Al interior del tercer sentido de la fórmula, (...) la seguridad ciudadana [se entiende] como participación de los ciudadanos en las tareas de policía preventiva. En efecto, esta insólita invitación al particular a dar mano *forte* a la función estatal de defensa del Derecho, tiene la peculiaridad de estar extendida lo mismo a los verdaderos que a los falsos ciudadanos; a aquéllos, en su papel de artífices y eco del miedo al delito; a éstos, en la parte en que el miedo anuncia indudables y cotidianas realidades, y a todos, distribuida conforme a los desiguales riesgos objetivos y posibilidades económicas de los distintos grupos”. Cfr. GUZMÁN, José, “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: La ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 265 (2002), p. 11.

tos de robo en bienes nacionales de uso público y receptación, cuando estos recayesen sobre vehículos motorizados⁴⁷.

Con respecto a las reformas del Código Procesal Penal, como expresiones del modelo, resaltan la Ley Nº 20.074 y Ley Nº 20.253, que en lo que aquí interesa, supusieron una agravación del régimen de las medidas cautelares, mediante la flexibilización de las normas que habilitan la práctica del control de identidad, una ampliación de los supuestos de procedencia de la detención y un agravamiento del régimen sobre prisión preventiva.

1.3 El derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo, surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin respeto a las garantías fundamentales, características del sistema clásico.

La noción fue introducida al debate dogmático y político criminal por Jakobs, quien en un trabajo titulado "Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico", presentó por primera vez esta rúbrica en un congreso de los penalistas alemanes, celebrado en

⁴⁷ Ambas leyes son una muestra de las graves disfunciones que genera el encausamiento de las iniciativas legales a partir del modelo de la seguridad ciudadana. En efecto, en el caso de la creación del tipo de robo de cajeros automáticos, no se vislumbra cuál es la razón para prodigar a esta figura un estatuto especial, el cual no solo rompe con la sistemática del tratamiento de los delitos de robo con fuerza en nuestro Código Penal (que distingue las figuras en función del lugar en donde se produce el comportamiento delictivo y no a partir del objeto material como ocurre en este caso), sino que, además, prevé un marco penal más severo en relación con las figuras que le resultan más asimilables (robo en lugar no habitado y robo en sitios no habitados y bienes nacionales de uso público) carente de un fundamento que vaya más allá de algunos de los vicios propios del modelo, esto es, propender a un incremento de las penas que silencie las demandas sociales y de los medios de comunicación; y hacerse cargo del problema que suscita este tipo particular de criminalidad patrimonial. Tratándose del incremento del marco penal de los delitos de robo en bienes nacionales de uso público y receptación, no se consigue visualizar cuál es la razón que conduce a implementar este marco penal agravado solo con motivo de estas figuras y no en otras, como ocurre con las demás modalidades del robo con fuerza y el delito de robo con violencia o intimidación en sus distintas clases (lo que sí contemplaba el derogado artículo 449, en el párrafo de las disposiciones comunes a los delitos de hurto, robo y abigeato).

Frankfurt en mayo de 1985⁴⁸. En esta ponencia, Jakobs manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al derecho penal del enemigo del derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el Estado liberal; tesis que en aquel momento no tuvo mayor trascendencia. Es a partir de un congreso celebrado en Berlín, en 1999, que surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Diferente fue la reacción crítica entre los juristas alemanes después de la intervención de Jakobs en este congreso, principalmente, por la diferenciación que el autor propone entre el derecho penal del ciudadano dirigido a personas y el derecho penal del enemigo destinado a no personas y que es, según Jakobs, necesario para combatir, por ejemplo, el terrorismo⁴⁹.

Dentro de la profusa literatura que se ha escrito sobre la noción de derecho penal del enemigo y las abundantes concepciones que se han elaborado sobre el mismo, merece la pena destacar la formulada por Ferrajoli, para quien es posible distinguir dos aspectos en esta noción. Un primer acercamiento al concepto, es de tipo empírico-descriptivo, entendiéndolo como una perversión del derecho penal, es decir, prácticas punitivas y represivas (menciona como ejemplo, las jaulas de Guantánamo o las torturas de Abu Ghraib), que se cubren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación. El segundo significado, en cambio, es de tipo teórico, merced al cual “el derecho penal del enemigo” resulta presentado o recomendado como un nuevo “paradigma”, un nuevo “modelo”, como tal normativo, de derecho penal⁵⁰. La razón para destacar esta doble visión sobre el derecho penal del enemigo, radica en que, primeramente, demuestra –a propósito de la segunda conceptualización– que el derecho penal del enemigo constituye un modelo inspirador de la normativa, es decir, pone énfasis en su calidad de arquetipo político criminal. Por su

⁴⁸ JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en: *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Manuel Cancio y Enrique Peñaranda, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996, pp. 237 y 238.

⁴⁹ En este sentido, VÍQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? [En línea], en: *Revista política criminal*, N° 3 (2007) [Consultado el 27 de noviembre de 2012], http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf, p. 2.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal” [En línea], en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, N° 19 (2007) [Consultado el 27 de noviembre de 2012], <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>, p. 7.

parte, en la primera dimensión, por la vía de sus formas de expresión, pone de manifiesto como tal modelo resulta atentatorio en contra de las garantías del derecho penal clásico.

El propio Jakobs se encarga de aclarar que el derecho penal del enemigo no constituye una argumentación nueva, sino que cuenta con destacados precursores iusfilosóficos en los autores del contractualismo, a saber: Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant.

En efecto, según Jakobs, un elemento común en el pensamiento de todos estos pensadores, consiste en fundamentar la existencia del Estado de modo estricto mediante un contrato. En este contexto, lo que representa el delito es una vulneración del mismo, en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, razón por la que ya no participa de los beneficios de este: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. Parafraseando a Rousseau: “cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. En esta misma línea, de acuerdo con Fichte, se atenúa la muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el caso del asesinato intencionado y premeditado: en este ámbito se mantiene la privación de derechos: al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado. Luego, prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal no [es una] pena, sino solo instrumento de seguridad. Hobbes matiza las dos posturas anteriores, pues considera al delincuente como ciudadano y el ciudadano no puede por sí mismo eliminar su rol. Sin embargo, agrega: “la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: ‘Pues la naturaleza de ese crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza...’. Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”. Finalmente, conforme con Kant: “quien no participa en la vida de un ‘estado comunitario-legal’ debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido la custodia de seguridad), en todo caso no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede ‘tratar’ como un enemigo”⁵¹.

⁵¹ Cfr. JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel, *El derecho penal del enemigo* –2ª edición–, Navarra, Editorial Civitas, 2006, pp. 27 a 32

De acuerdo con Jakobs, mientras Rousseau y Fichte desconocen un derecho penal del ciudadano, Hobbes y Kant distinguen entre un derecho penal del ciudadano, aplicable a quienes no delinquen de forma persistente. A partir de esta elucubración concluye: “El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad, con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición, y Kant quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra”⁵².

Partiendo de los fundamentos iusfilosóficos mencionados, se deduce como la tesis central del pensamiento de Jakobs, se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos, y la de otros, que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del derecho penal inspiradas en paradigmas diversos. Una de ellas, el derecho penal del ciudadano, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su estatus de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el derecho. La otra, el derecho Penal de Enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima

⁵² *Idem*, pp. 33 y 34.

seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento⁵³.

Por cierto, luego de efectuada una distinción de esta naturaleza, es menester dejar establecido qué debe entenderse por “enemigo”. El enemigo es concebido como aquel individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. Se trata de alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas⁵⁴. En opinión de Jakobs, quien por principio se conduce de modo desviado, no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido⁵⁵.

El ámbito de los enemigos muestra, además, en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos o socioeconómicos básicos del modelo de convivencia. A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos supuestos, la conducta delictiva no solo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el derecho como tal. Esta afectación sistémica permite comprender de una manera más prístina, el porqué de las características más paradigmáticas del derecho penal del enemigo; estas son:

a) Amplio adelantamiento de la punibilidad: el derecho penal del enemigo se caracteriza, en primer lugar, porque reemplaza la visión retrospectiva del sistema punitivo por una lógica prospectiva, es de-

⁵³ En este sentido, NÚÑEZ, José, “Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario” [En línea, en: *Revista política criminal*, vol. 4, Nº 8 (2009) [Consultado el 27 de noviembre de 2012], http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf, p. 387.

⁵⁴ Cfr. SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal...*, p. 164.

⁵⁵ JAKOBS, Günther, “El derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, p. 55.

cir, hay un cambio en la referencia del derecho penal desde el hecho producido hacia el hecho que se va a producir⁵⁶. En virtud de lo anterior, las regulaciones propias de este modelo se caracterizan porque su objeto no es ya la comisión de un hecho delictivo concreto y determinado, sino que cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del derecho. Mediante tales regulaciones se procede a la criminalización de conductas en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, las cuales tendrían a lo sumo el carácter de actos preparatorios o conductas que simplemente favorecen la existencia de la organización y alimentan su subsistencia y permanencia⁵⁷. Ejemplo de lo indicado, es la penalización de comportamientos tales como la colaboración con bandas criminales o la mera pertenencia a organizaciones delictivas. Es por eso por lo que se suele indicar que el derecho penal del enemigo se enmarca en la categoría del denominado derecho penal de autor, pues la normativa que le tributa tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos –los enemigos–, más que en la definición de un hecho. Por esta razón, se indica que el derecho penal del enemigo no es compatible con un derecho penal del “hecho”, tal como impone la plena vigencia del principio de culpabilidad⁵⁸.

b) Aumento de la magnitud de las penas en contraste con el derecho penal de ciudadanos: el derecho penal del enemigo se caracteriza, también, por un incremento notable del marco punitivo de las infracciones que se criminalizan, respecto al derecho penal de ciudadanos. En tal contexto, las infracciones son conminadas con penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad⁵⁹. Lo anterior, se explica en buena medida por dos razones: i) la forma como el modelo enfrenta la clásica tensión entre libertad y seguridad presente en la instauración de cualquier programa político criminal, la cual es resuelta

⁵⁶ En este sentido, CANCIO, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en: JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel, *El derecho penal del enemigo* –2ª edición–, Navarra, Editorial Civitas, 2006, p. 112.

⁵⁷ En este sentido, GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, p. 124.

⁵⁸ CANCIO, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, p. 139.

⁵⁹ Cfr. MUÑOZ, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, p. 25.

unilateralmente en favor de esta última⁶⁰; ii) la primacía asignada a la idea de prevención, especialmente la de corte general negativo, que se presenta de un modo diverso al habitual del derecho penal de ciudadanos, esto es, bajo el predominio de una lógica meramente eficientista, pues de lo que se trata es de hacer frente a los enemigos en aras de consecución de la seguridad a ultranza.

c) Disminución e incluso supresión de las garantías procesales individuales: la implantación del modelo de derecho penal del enemigo, supone una limitación evidente de las garantías del debido proceso, llegando en algunos casos hasta a eliminarlas. Esto ha conducido a algunos autores a predicar la existencia de un derecho procesal penal del enemigo⁶¹. Ferrajoli ha puesto en evidencia las manifestaciones más dramáticas que genera este rasgo del derecho penal del enemigo, afirmando que el resultado de esta perversión es un modelo de terrorismo penal, o del derecho penal terrorista y criminal, entendido “criminal” como rasgo no de los hechos perseguidos, sino del propio “derecho”, a causa de las formas abiertamente terroristas que este asume. Menciona como ejemplo de ello, el modelo de Guantánamo, el cual ha supuesto, por ejemplo, la cancelación del *habeas corpus* para los ciudadanos no americanos, las privaciones de libertad por tiempo ilimitado sin acusación formal, la supresión de las garantías procesales, el establecimiento de tribunales militares especiales, la quiebra de todas las garantías en materia de interceptaciones, registros, detenciones, pruebas. Asimismo, agrega como la manifestación más vergonzosa la reimplantación de la tortura, que ha hecho su funesta reaparición en estos años en el tratamiento estadounidense de los lla-

⁶⁰ DEMETRIO, Eduardo, “El “Derecho Penal del enemigo”..., p. 430.

⁶¹ En esta línea se inscribe, por ejemplo, en España la opinión de Portilla, quien señala: “En efecto, puede afirmarse que existe un “Derecho penal y *procesal*” distinto y más restringido contra los que se integran en la esfera organizativa que el que se aplica a los sectores de la criminalidad no organizada (la cursiva es mía). Cfr. PORTILLA, Guillermo, “El derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en: LÓPEZ, Jacobo y ZUGALDÍA, José (Coord.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004, p. 694.

mados “enemigos combatientes” como instrumento para obtener la confesión y, al mismo tiempo, de intimidación general^{62 63}.

d) Surgimiento de un segmento especial de derecho penal ejecutivo: junto con el derecho penal y procesal del enemigo, coexiste un derecho penitenciario del enemigo, que se encarga de brindar un tratamiento notablemente más severo a los destinatarios del modelo, en la fase de cumplimiento de la sanción. En la literatura española, ha sido Gracia quien ha puesto en evidencia esta característica, al señalar que él mismo se manifiesta en un endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, las que a su vez limitan los llamados beneficios penitenciarios, o bien amplían los requisitos de la libertad

⁶² Además de ello, menciona las distorsiones que se producen en el seno del proceso mismo, esto es, al imprimir una connotación partisana tanto a la acusación como al juicio, transforma al proceso en un momento de “lucha” contra la criminalidad terrorista o de cualquier modo organizada. El proceso deja de ser lo que Beccaria llamaba “informativo, esto es, la indagación indiferente del hecho” donde el juez es “un indiferente indagador de la verdad”, sino que se convierte en “un proceso ofensivo” en el que “el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado..., [y] no busca la verdad del hecho, busca solo el delito en el encarcelado. Le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos”. Por otra parte, el esquema se manifiesta también en una alteración del objeto procesal, que se sigue directamente de la que afecta a los tipos penales. Si el presupuesto de la pena está representado por la sustancial personalidad terrorista o mafiosa del autor, más que por hechos delictivos determinados, el proceso deja de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona, es decir, sobre la subjetividad sustancialmente enemiga o amiga tal como se expresa no tanto en delitos cometidos por aquel como en su identidad política o religiosa, en su condición social o cultural, en su ambiente y en su trayectoria vital. En suma, en coherencia con la nueva estructura del proceso como lucha, objeto del juicio no es tanto y solo si el acusado ha cometido un hecho terrorista o en cualquier caso criminal, sino si él ha sido y si es todavía un terrorista o un connivente con el terrorismo. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, pp. 8, 9 y 14.

⁶³ Se refiere también a las expresiones del “derecho procesal penal del enemigo”, Muñoz Conde, quien menciona como ejemplos: los preceptos de la *Patriotic Act* de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales; las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra; o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del “arrepentido”, en los casos de terrorismo y criminalidad organizada («*chiamata di correo*», en Italia; “testigo protegido”, en la ley sobre crimen organizado en México). Cfr. MUÑOZ, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, pp. 41 y 42.

condicional⁶⁴. Esta normativa se identifica, además, porque el único objetivo que con ella se pretende es el de la inocuización de cierto tipo de delincuentes (los enemigos), prescindiendo de toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, poniendo con ello en entredicho el principio de humanidad de las penas.

e) El tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha: esta característica trasunta un aspecto nuclear de la noción de derecho penal del enemigo, cual es concebir el empleo de la normativa jurídico penal, como un arma para hacer frente a una especie de cruzada en contra del mal, representada por el ámbito de los enemigos. En efecto, según el propio Jakobs: “[H]ay otras muchas reglas del derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del derecho material) está pasando a una legislación –denominada abiertamente de este modo– de *lucha...* (la cursiva es mía)⁶⁵. La aplicación práctica de este rasgo se distingue mediante las elocuentes denominaciones de algunas leyes que conforman emblemáticas manifestaciones del derecho penal del enemigo, tales como: “Leyes de combate contra el terrorismo” o “Leyes de lucha contra el tráfico de drogas”⁶⁶.

La razón que conduce a Jakobs a categorizar el derecho penal del enemigo como una legislación de lucha, radica en que la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro cuya fuente son los individuos que rechazan el estatus de ciudadano y se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, este es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva, tan-

⁶⁴ GRACIA, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo” [En línea], en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 7 (2005) [Consultado el 28 de noviembre de 2012], <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, p. 11.

⁶⁵ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, pp. 39 y 40.

⁶⁶ En este sentido, NÚÑEZ, José, “Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo...”, p. 389.

to como de lucha excesiva, quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación⁶⁷.

f) Deficiente técnica legislativa: la técnica legislativa que se emplea en la formulación de los tipos penales contra los enemigos, se caracteriza por el empleo de términos vaporosos, mediante los cuales se pretende conscientemente vulnerar el mandato de determinación que impone el principio de taxatividad en materia penal⁶⁸. Lo anterior se ve agravado si se considera que las figuras penales propias del derecho penal de enemigos adoptan la naturaleza de delitos de peligro abstracto y que es asiduo el recurso a leyes penales en blanco, que no siempre contienen en su formulación el núcleo esencial del comportamiento que se pretende sancionar.

En cuanto a los sectores del ordenamiento punitivo que se ven inspirados por el modelo del derecho penal del enemigo, según Jakobs, “destacan el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, así como, en general, respecto de los crímenes, que pretender combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir (...)) se han apartado probablemente de manera duradera o al menos de modo decidido del derecho (...)”⁶⁹.

Existen varias manifestaciones del modelo del derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, en el ámbito penal, destaca la Ley N° 18.314, que determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad. A mayor abundamiento, resulta que la misma fue objeto de modificaciones recientes producto de la dictación de

⁶⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, p. 41.

⁶⁸ CANCIO, Manuel, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000 [En línea], en: *Revista jueces para la democracia*, N° 44 (2002) [Consultado el 28 de noviembre de 2012, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/264123.pdf>], p. 21.

⁶⁹ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, pp. 39 y 40.

la Ley N° 20.467, las cuales responden al paradigma del enemigo en el derecho penal, pues junto con endurecer el tratamiento punitivo de las conductas que se califican como terroristas, conforme con su artículo 1, supusieron la dictación de normas que constituyen un evidente adelantamiento de las barreras de protección penal⁷⁰. Otra manifestación es la Ley N° 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, cuya normativa, entre otros aspectos, establece tipos penales que, bajo la categoría de los delitos de emprendimiento, supone una equiparación entre actos preparatorios, formas imperfectas de ejecución y conductas consumadas⁷¹, contempla un tratamiento penológico especial para la conspiración⁷² (artículo 17) y la tentativa (artículo 18), prevé penas draconianas para el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16⁷³ y contempla un exhaustivo catálogo de agravantes especiales en su artículo 19. Finalmente, en el ámbito de la delincuencia contra el orden socioeconómico, se puede mencionar la Ley N° 19.913, que modificó

⁷⁰ En este sentido se enmarca, por ejemplo, el tratamiento que se asigna en el nuevo artículo 7 a la tentativa, a la conspiración y a la amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos que merezcan el calificativo de terroristas.

⁷¹ En tal dirección, podemos mencionar como ejemplos la figura de elaboración de estupefacientes del artículo 1, que es castigada con la misma pena que el tráfico del artículo 3 o el tratamiento de la figura de tráfico de precursores, que a pesar de su clara naturaleza de acto preparatorio respecto de la actividad de narcotráfico, se le asigna una pena bastante elevada, cercana a la pena del tráfico, al menos en su modalidad dolosa del artículo 2 inciso 1.

⁷² Que se castiga con una pena solo inferior en un grado a la que correspondería al delito respectivo. Además, la inclusión de esta figura, supuso una ruptura de la sistemática sobre el tratamiento de la conspiración en nuestro derecho, cuyo castigo, conforme con el Código Penal, estaba reservado solo respecto de los delitos contra la seguridad del Estado.

⁷³ Régimen que, además, involucra una doble agravación, pues el mismo artículo 16 de la ley, en materia de concursos, no solo impide apreciar hipótesis de concursos de leyes entre el delito de asociación y los delitos asociados al narcotráfico (a pesar que la organización del tráfico pueda ser vislumbrada como un acto preparatorio del tráfico), sino que, además, obliga a resolver la problemática concursal, conforme con el sistema de acumulación aritmética del artículo 74 del Código Penal y no de acuerdo con el sistema de acumulación jurídica por exasperación del artículo 351 del Código Procesal Penal. Esto último, trae como consecuencia que el imputado condenado por ambos ilícitos deba enfrentar una penalidad elevadísima, muchísimo mayor, incluso, a la que le correspondería si se le juzgara por una reiteración de delitos graves contra la vida, como el homicidio en sus distintas modalidades.

el delito de lavado de activos, sancionándolo en su artículo 27 con una pena que resulta equivalente a la del homicidio simple⁷⁴.

En el ámbito del derecho procesal penal se puede mencionar como ejemplo de derecho penal del enemigo, la introducción de la figura de los agentes encubiertos o reveladores, que apuntó a fortalecer la eficacia de la tarea investigativa del Ministerio Público a propósito de ciertos hechos, en desmedro de las garantías procesales. Tal es el caso del artículo 25 de la Ley N° 20.000 y los artículos 369 ter y 411 octies del Código Penal, que prevén la figura en comento a propósito de los delitos vinculados con el narcotráfico, ciertos delitos sexuales cometidos en contra de personas menores de edad y el delito de tráfico de migrantes y trata de personas⁷⁵.

1.4 El derecho penal simbólico

La aproximación conceptual al modelo del derecho penal simbólico, está directamente relacionada con las funciones que se asignan al concepto de bien jurídico en este sector del ordenamiento. Sobre esta cuestión, siguiendo a Baratta, es posible distinguir una función del concepto de bien jurídico inmanente al sistema del derecho penal positivo y una función extrasistemática.

La primera función obedece a la interpretación teleológica de las normas penales y a su construcción sistemática. La consecuencia dogmática principal de este uso intrasistemático del concepto de bien jurídico, es la duplicación de la antijuridicidad, esto es: antijuridicidad formal, que constituye la violación de la norma social o jurídica

⁷⁴ Nótese, además, que el mismo artículo 27 en su inciso final, para el caso en que un mismo sujeto sea juzgado por el delito de lavado de activos y por el delito del cual provienen las ganancias ilícitas, impide la posibilidad de apreciar una hipótesis de concurso de leyes penales y obliga a estimar un supuesto de concurso material, a pesar que el delito de lavado de activos constituye un acto posterior copenado que integra la etapa de agotamiento.

⁷⁵ Resulta, además, que a propósito de la regulación de los agentes, el legislador no ha sido del todo sistemático, pues a pesar de constituir una diligencia intrusiva, que limita derechos fundamentales, tratándose de su empleo en la investigación de delitos vinculados con el narcotráfico, no se establece como exigencia la autorización del juez de garantía, bastando la autorización del Ministerio Público. Lo anterior, a diferencia de los supuestos regulados en el Código Penal, en que sí se exige tal autorización. Esto pone en evidencia como el legislador valora de manera menos intensa las garantías procesales en un ámbito tradicionalmente identificado con el derecho penal del enemigo, como es el relativo al combate del narcotráfico.

correspondiente al tipo delictivo; y la antijuridicidad material, que es la lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma. Hay responsabilidad penal solo si se realizan ambas formas de antijuridicidad. Sin embargo, la antijuridicidad material está condicionada a la existencia de la antijuridicidad formal⁷⁶.

Junto a esta función intrasistemática y con una pretendida independencia de esta, se construye una función extrasistemática del concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. No existe una correlación necesaria entre antijuridicidad material considerada a la luz del uso extrasistemático del bien jurídico y la antijuridicidad formal (intrasistemática) de un comportamiento, es decir, se admite que el legislador penal pueda separarse de la antijuridicidad material por defecto o por exceso: en tales casos, el legislador deja de tutelar intereses merecedores de ello, o bien tutela intereses que no lo merecen⁷⁷.

Cuando esta ruptura de las funciones asignadas al bien jurídico se produce, surge un derecho penal de contenido meramente simbólico. Tal calificativo proviene de la oposición que se produce entre “realidad” y “apariciencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”, respecto de los efectos reales de las leyes penales. Lo “simbólico” se asocia con “engaño”, tanto en sentido transitivo como reflexivo⁷⁸.

Según Bustos, esta función simbólica consiste en la reafirmación del Estado en sus valores, esto es, la protección de bienes jurídicos; y puede tener un efecto puramente negativo, o bien también presentar algún efecto positivo. Esto es, puede servir exclusivamente para encubrir la falta de capacidad del Estado para la resolución de un problema, dando la sensación al ciudadano que existe preocupación por él, no obstante que la realidad es otra, con lo cual subsiste el problema y más aún se profundiza (es lo que se llama la huida hacia el Derecho penal). Pero puede tener un efecto positivo, cuando permite dar una determinada sensación de igualdad entre los ciudadanos, esto es, que también aquellos que sustentan el poder pueden ser sometidos a la

⁷⁶ Cfr. BARATTA, Alessandro, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, trad. de Mauricio Martínez, en: *Revista Justicia Penal y Sociedad*, Nº 5 (1994), p. 75.

⁷⁷ *Idem*, pp. 75 y 76.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, trad. por Elena Larrauri, en: *Revista Pena y Estado*, Nº 1 (1991), p. 28.

justicia. En otras palabras, que los débiles no quedan abandonados a su suerte en el sistema (justamente es esto lo que hoy, entre otras cosas, ha hecho recobrar validez al estudio de la víctima)⁷⁹.

De los dos efectos mencionados, me interesa destacar el primero, pues da cuenta de la utilización del derecho penal como un instrumento eficaz de pedagogía político-social, es decir, como un mecanismo de socialización o de civilización⁸⁰, que desvía el sentido teleológico del ejercicio de la potestad penal hacia objetivos ilegítimos.

En cuanto a las rasgos propios del derecho penal simbólico existen dos enfoques distintos: i) para unos, lo decisivo es el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula o se parte de la ilusión de que sí lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos. Bajo este enfoque pasa a primer plano el engaño que afirmábamos más arriba, consistente en que se aparenta perseguir unos fines distintos de los efectivamente perseguidos; b) para otros, por el contrario, lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva el modelo, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos⁸¹.

A propósito de los presupuestos necesarios del modelo de derecho penal simbólico, Hassemer menciona las siguientes⁸²:

a) Tiene sentido solo en una consideración del derecho penal orientado a las consecuencias: es decir, quien utilice el concepto de derecho penal orientado exclusivamente hacia el interior (*input*), como concreción de las normas generales en los casos particulares no puede entender la “gracia” del derecho penal simbólico, cual es la oposición entre efectos manifiestos y latentes, o como quiera denominárselos.

⁷⁹ BUSTOS, Juan, Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente en: *Revista Pena y Estado*, N° 1 (1991), p. 101.

⁸⁰ Se refiere a un derecho penal de esta naturaleza, aunque a propósito del fenómeno expansivo del derecho penal. Cfr. SILVA, Jesús, *La expansión del derecho penal...*, p. 65.

⁸¹ Cfr. DIEZ, José, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en: ARROYO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO, Adán (coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 163.

⁸² HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, pp. 28 y 29

Por lo expresado, el derecho penal simbólico constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal: esto significa de modo general que promueve, a través de la pena, efectos sociopersonales que carecen de legitimidad, no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que la fundamentan. Lo anterior sucede porque estos efectos satisfacen finalidades que no son necesarias para mantener el orden social básico, pues centran su incidencia sobre objetos personales que no son decisivos para la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o bien porque su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal⁸³.

b) Es una noción que no debiera apoyarse en elementos de disposición como los “objetivos” o las “intenciones” del legislador: pues estos elementos presentan problemas específicos de aplicación, conocidos por la doctrina del método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes. Ocurre que la mayor parte de las veces el legislador guarda silencio acerca de sus intenciones, frecuentemente las encubre y generalmente ni siquiera a este le resultan excesivamente claras.

c) Se puede tratar de un concepto comparativo o gradual: por ende, su empleo para describir una intervención penal, alude a un substancial desplazamiento de este hacia la producción de efectos con las carencias mencionadas en las letras anteriores, pero sin que esto excluya la producción de otros efectos sin tales carencias⁸⁴.

d) No es apropiado solo para denunciar las leyes y su aplicación: precisar a partir de qué momento la mezcla de componentes instrumentales y simbólicos deviene en crítica es una cuestión que no puede ser establecida solo con los rasgos del derecho penal simbólico. Sin embargo, este momento debiera ser determinable, ya que la denominación de “leyes simbólicas” o “derecho penal simbólico” no constituye solo un concepto analítico inocuo, sino también una designación normativa combativa, es decir, expresa no solo descripción, sino también crítica.

Cumplidos estos presupuestos, el riesgo que supone la legislación penal simbólica deriva de que el recurso a ultranza del derecho penal, prescindiendo de intereses tutelables que justifiquen su intervención y del principio de *ultima ratio*, trae aparejado en la mayoría de los casos

⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, José, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, p. 164.

⁸⁴ *Idem.*, pp. 164 y 165.

una afectación del principio de proporcionalidad y humanidad de las penas, pues el titular del poder de definición penal, en su afán por satisfacer las necesidades ilegítimas o latentes, suele recurrir a sanciones que están muy por sobre la gravedad que se deduce del injusto y la culpabilidad del hecho.

En España, Díez Ripollés ha efectuado una interesante sistematización de leyes penales que pueden ser adscritas a modelo del derecho penal simbólico⁸⁵. Al respecto distingue tres grandes grupos⁸⁶:

a) Casos de derecho penal simbólico en función del objeto satisfecho: los cuales se caracteriza porque el efecto suscitado con la reacción penal, no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, es decir, se trata de supuestos que se apartan del objetivo fundamentador de la reacción penal. Dentro de esta categoría menciona los siguientes subgrupos:

a.1) Las leyes reactivas: en las que predomina el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos.

a.2) Leyes identificativas: en las que se manifiesta la identificación del legislador con determinadas preocupaciones sociales.

a.3) Leyes declarativas: con las que se aclara contundentemente cuáles son los valores sociales correctos frente a una determinada realidad social. También se verifican en una situación inversa, en aquellos casos en que el legislador se niega a despenalizar determinadas conductas cuya permanencia carece de efectos preventivos.

a.4) Leyes principialistas: que manifiestan la validez de ciertos principios.

⁸⁵ Hassemer, propone otra sistematización, distinguiendo entre: a) leyes de declaración de valores (ejemplo: aborto, entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado); b) leyes con carácter de apelación (moral) (ejemplo: derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes); c) respuestas sustitutorias del legislador: leyes que sirven de coartada o leyes de crisis (ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas); d) leyes de compromiso (ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tienen un núcleo central para satisfacer la “necesidad de actuar”). Cfr. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, pp. 25 y 26.

⁸⁶ *Idem*, pp. 165-170.

a.5) Leyes de compromiso: cuyo propósito es manifestar a las fuerzas políticas que las han impulsado, el respeto por los acuerdos alcanzados. Las mismas, pueden darse también en el marco de la imposición y ejecución de una condena.

b) Casos de derecho penal simbólico en función de las personas primordialmente afectadas: los que se identifican porque la intervención penal no incide sobre delinquentes reales o potenciales próximos, sino sobre los sujetos más alejados de una eventual responsabilidad penal. A propósito de este supuesto, distingue las siguientes manifestaciones:

b.1) Leyes aparentes: cuya formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal, que es el medio ineludible para llegar a la imposición de la pena.

b.2) Leyes gratuitas: que son aprobadas sin los recursos personales o materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de infracción.

b.3) Leyes imperfectas: que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible.

c) Casos de derecho penal simbólico en función del contenido de los efectos sociales producidos: que abarcan intervenciones penales, cuyos efectos superan las necesidades de control social que se trata de satisfacer por la reacción penal, lo que sucede cuando se va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva. De esta manera se ignoran las exigencias del principio de subsidiariedad. En este caso, se distinguen las siguientes variantes:

c.1) Leyes activistas: con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos.

c.2) Las leyes apaciguadoras: que, sustancialmente, producen el efecto de calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido en la ciudadanía.

c.3) Las leyes promotoras: cuyo efecto habría de ser la modificación de determinadas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales.

c.4) Las leyes autoritarias: que producen el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos. Pueden

darse también en el marco de la imposición y ejecución de una condena.

La razón para destacar esta categorización de supuestos de derecho penal simbólico, estriba en que ejemplos de varias de ellas pueden observarse en leyes penales de reciente data dictadas por nuestro legislador. Tal es el caso de la Ley N° 19.950, que introdujo el artículo 494 bis, cuyo inciso final sancionaba la falta frustrada y la tentativa de hurto, conforme a las definiciones del artículo 7 del Código Penal. Sin embargo, tal como se reguló esta materia, resultaba que la norma configuraba un supuesto de ley penal en blanco irregular, pues omitía la indicación de la pena. Por tal razón, puede afirmarse que, dentro de las categorías mencionadas, constituye un caso de ley simbólica imperfecta. De hecho, nuestros tribunales se negaron a aplicarla en más de una ocasión⁸⁷.

También a propósito de los delitos patrimoniales, encontramos la Ley N° 20.273, que estableció un régimen penal más severo respecto de ciertos delitos en contra de la propiedad (hurto, robo con fuerza en las cosas y receptación), cuando los mismos recayesen sobre partes de redes de suministros de servicios públicos o domiciliarios, norma mediante la cual el legislador pretendió hacerse cargo, especialmente del problema originado por la sustracción de cobre, así como abordar el mercado clandestino de dicho metal. De lo anterior, se deduce su naturaleza de ley simbólica del tipo reactiva. Igualmente, como un supuesto de ley reactiva, podemos citar la reciente Ley N° 20.601, que creó el delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, a través de la cual se pretendió dotar de un tratamiento más severo a los robos cometidos mediante el *modus operandi* del alunizaje.

En fin, existen, además, ejemplos de leyes aparentes y apaciguadoras. En el primer supuesto, se inscribe la Ley N° 20.088, que introdujo a nuestro ordenamiento el delito de enriquecimiento ilícito, el cual por la deficiente técnica legislativa empleada en su tipificación,

⁸⁷ Entre otros múltiples fallos, destaca la SCS, de fecha 20 de abril de 2005, rol 5990-2004, RUC 0400294065-0, que indicó de manera expresa que el legislador olvidó señalar la pena correspondiente a las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto falta. Sobre este tema, *vid.*, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales: OLIVER, Guillermo, "Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI (2005), Semestre I, pp. 295-307.

ha resultado casi inaplicable en sede procesal⁸⁸. En el segundo caso, está quizás la manifestación más evidente y escandalosa de derecho penal simbólico en nuestro derecho, esto es, el delito de femicidio, incorporado en el inciso 2 del artículo 390 del Código Penal por la Ley Nº 20.490, mediante el cual el legislador se pretendió hacer cargo del supuesto problema social que generan los casos más graves de violencia de doméstica.

2. LINEAS GENERALES SOBRE UN PROGRAMA POLÍTICO CRIMINAL EN LA CONSTITUCIÓN

La importancia de establecer los lineamientos principales de un programa como el que se pretende esbozar, radica en el hecho de que todo modelo político criminal debe estar siempre incorporado al marco de referencia de una determinada situación estatal, esto es, el marco jurídico de ordenación de la Constitución⁸⁹. En este contexto, como acertadamente afirma Roxin: “La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio-estatal”⁹⁰.

Lo anterior, cobra más relevancia si se considera que el aspecto común de los modelos políticos criminales descritos en el apartado anterior, radica, precisamente, en una ruptura de la unidad dialéctica que propone Roxin, al superponer por sobre el haz de garantías fundamentales que se reconocen al sujeto materia de la imputación penal (connaturales a la idea de estado de Derecho), criterios que más bien

⁸⁸ Sobre este tipo penal, *vid.*, con amplias referencias doctrinales, HERNÁNDEZ, Héctor, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXVII (2006), semestre II, pp. 183-222.

⁸⁹ En este sentido, ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Macías, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 24.

⁹⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema penal* –2ª edición–, 1ª reimpresión, trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002, p. 49.

apuntan hacia el fortalecimiento de la eficacia del ordenamiento punitivo en el combate de la criminalidad.

En el marco de un programa político criminal de la Constitución, esta eficacia no puede entenderse como búsqueda a ultranza de éxitos preventivos procurando el utópico objetivo de una sociedad sin delitos, porque, por lo demás, esto es imposible. La política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, la cual será legítima en tanto sea capaz de dotarlos de vigencia. Por eso, a pesar de las dificultades, y de convertir en inacabada la construcción del modelo de sociedad democrático, merece la pena referirse y defender un modelo garantista que sea capaz de un reconocimiento normativo de los derechos fundamentales y de su aplicación efectiva⁹¹.

En este punto, como afirma Silva, se debe considerar una de las características fundamentales de la política criminal: esta aparece como un sistema que se autodefine. Ello determina la necesidad de abordar el problema de los límites exteriores a autodefinition de la política criminal: no ya solo a la del legislador, sino también a la del propio constituyente⁹².

En España, Zúñiga ha manifestado la importancia que tiene superponer el marco de garantías de la Constitución en la implantación de un programa político criminal. En este sentido, afirma que: “[Solo] un Estado que respeta los límites principios y garantías en la intervención estatal basados en el respeto de los derechos fundamentales, actúa legítimamente y realiza una política criminal democrática, mientras que un Estado que no respeta estos derechos fundamentales, cuya actuación política busca la legitimación con la prevención, realiza una política criminal autoritaria. Las justificaciones para este tipo de actuaciones han tenido diferentes nombres: “orden público”, “seguridad ciudadana”, “terrorismo”, “tráfico de drogas”, “criminalidad organizada”⁹³.

Por ende, se debe propender a una armonización de los paradigmas que sirven de sustento del modelo político criminal que se pretende implantar, sea este el combate eficaz de la criminalidad por la vía de la prevención de la misma o cualquier otro, con una debida

⁹¹ ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, p. 47.

⁹² SILVA, Jesús, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000, p. 24.

⁹³ ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, pp. 34-35.

sujeción a las garantías fundamentales que la Constitución reconoce a los individuos. Bajo este marco de referencia, la propia selección de los mecanismos para hacer frente al fenómeno criminal pasa a ser una cuestión valorativa, que se inscribe en la política general de un Estado determinado, en nuestro caso la del Estado Democrático de Derecho (como se deduce de nuestra Carta Fundamental) con todos los principios y límites a la coerción estatal que tal concepción implica.

De acuerdo con la misma autora, para el diseño de un programa político criminal en la Constitución, cobran relevancia los principios generales del Estado de Derecho (proporcionalidad, legalidad, subsidiariedad) que actúan como principios extrasistemáticos de la intervención penal o criterios abstractos de la política criminal y, en concreto también, los postulados político criminales que sirven de límites a la coerción estatal y legitiman la utilización de la pena, que actúan como principios intrasistemáticos. En suma, la política criminal, la producción legislativa encaminada a prevenir determinada criminalidad y resuelta a plantear un programa político-criminal integral, debe referirse a un cuadro de principios intra y extrasistemáticos, de origen nacional y supranacional⁹⁴. En cuanto a los principios extrasistemáticos, estos han sido recogidos tanto a nivel nacional, en la Constitución y supranacional, en los pactos internacionales sobre derechos humanos, que han sido ratificados por Chile y conforman el nivel valorativo de legitimidad de la actuación política y jurídica. En definitiva, se trata de los derechos humanos, o su positivación en los derechos fundamentales, como expresión del contenido material del Estado Democrático de Derecho.

Por lo expresado, la labor que le corresponde a la política criminal como guía del legislador para establecer cuándo utilizar la herramienta penal y cuándo debe privilegiar otros instrumentos de control penal menos ofensivos, supone que los principios valorativos que rigen las valoraciones político-criminales, ingresan en el sistema penal anclados en la Constitución. Los principios constitucionales, así concebidos, operan, de un lado, como pilares sobre los cuales se apoya la construcción dogmática-penal; y de otro, como límites garantísticos de selección de la estrategia de lucha contra la criminalidad. Se trata de principios guías generalísimos, idóneos para establecer programas

⁹⁴ ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, p. 48.

político criminales enmarcados en el respeto de los derechos fundamentales⁹⁵.

Entender la Constitución como norma fundamental que constituye valor de referencia de un programa político criminal, supone redescubrir su significación como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, los dos principios que han sido negados por los totalitarismos y que suponen políticas criminales autoritarias, alejadas del paradigma del Estado de Derecho. Desde este prisma, la legitimidad del Estado, de su política social, de su política criminal y de su sistema penal, no se produce solo por la mera legalidad, sino que también está condicionada por la estricta legalidad, la cual está a su vez motivada por sus contenidos y significados respetuosos con los derechos fundamentales⁹⁶.

Utilizando como paradigma la normativa de la Constitución española, Zúñiga esboza un programa político criminal constitucional para dicho país⁹⁷. A mi juicio, es posible transponer sus ideas a nuestra realidad jurídico-constitucional, en vistas de definir un programa político criminal penal en nuestro ámbito, el cual estaría integrado por los siguientes elementos estructurales:

2.1. Principios constitucionales generales: en esta esfera se sitúa, primero el concepto de dignidad, consagrado en el artículo 1 inciso 1 de la Constitución, entendido como un estatus o condición, de carácter normativo que reclama un trato especial para el ser humano por sobre cualquier otra criatura, particularmente, el ser considerado siempre como fin en sí mismo y nunca como medio para la consecución de algún objetivo⁹⁸. Como afirma Bustos, la importancia del concepto de dignidad para la política criminal, radica en que si la misma tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a la personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta

⁹⁵ *Idem*, p. 51.

⁹⁶ ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, p. 52.

⁹⁷ Cfr. *Idem*, p. 53.

⁹⁸ En este sentido, NÚÑEZ, José, "Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo...", p. 403.

perspectiva, lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y, por eso mismo, de sus derechos y garantías⁹⁹.

También como principio general del programa, se debe considerar lo dispuesto en el artículo 1, inciso 2 de la Constitución, que establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. La lectura de esta cláusula en clave político criminal, implica que el Estado, para la consecución del objetivo que se le ha trazado (promoción del bien común) ha sido investido del *ius puniendi*, esto es, la facultad de tipificar delitos y contemplar penas para los mismos, ceñido a un determinado paradigma o modelo de índole político-criminal, que debe ser ejercido al servicio de las personas. Efectivamente, conforme con la norma transcrita, la actuación de esta facultad está condicionada por dos limitaciones:

a) Debe contribuir a crear el conjunto de condiciones que posibiliten a los habitantes de la república su mayor realización material y espiritual. Lo anterior, supone una consagración implícita de la idea de lesividad penal, como límite inquebrantable del ejercicio político criminal. En efecto, las condiciones a las que alude esta disposición, perfectamente pueden ser entendidas como sinónimas de los bienes jurídico-penales, si se parte de la premisa de que, conforme con los planteamientos sociológico-funcionalistas, mayoritariamente aceptados en la actualidad, esta noción (la de bien jurídico) debe ser entendida como: “aquellas condiciones necesarias para la conservación del orden social”¹⁰⁰. En consecuencia, el ejercicio del poder punitivo, bajo la influencia de cualquier modelo político criminal, debe apuntar necesariamente hacia el resguardo de los bienes jurídicos-penales,

⁹⁹ BUSTOS, Juan, “Política criminal y Estado”, en: *Gaceta Jurídica*, Nº 194 (1996), p. 21.

¹⁰⁰ SILVA, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* –2ª edición–, Buenos Aires, Editorial Bdef, 2010, pp. 427 y 428. Este autor, además, destaca como aspecto positivo de esta corriente el extraer el bien jurídico del mundo de los valores, para integrarlo directamente en el ámbito de la realidad social, en el cual se desarrollan las funciones del Estado y por ende del derecho penal.

sin que se valide la implantación de modelos que se aparten de dicha finalidad.

b) La ejecución del programa político criminal debe efectuarse con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece. Sobre este punto, se debe considerar que la Constitución contiene todo el diseño de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político que dan contenido material al catálogo de derechos fundamentales y libertades del art. 19. Este marco de valores superiores constitucionales en los que se enmarca el contenido esencial de los derechos fundamentales, debe servir de guía político-criminal de la intervención penal y de cualquier actuación política. Además, debe entenderse como la fórmula de compromiso de los dos grandes valores de fundamentación de los sistemas políticos de nuestro tiempo: libertad e igualdad y contenido material de justicia, siendo el pluralismo político una manifestación más del valor de libertad. Adicionalmente, estos valores superiores deben entenderse en el sentido que los derechos fundamentales de la persona —partiendo de su dignidad— son el fundamento del orden político y de la paz social, pues reafirman que la persona humana es un fin en sí misma y, por tanto, la supeditación es del Estado al individuo y no a la inversa. En consecuencia, en virtud de esta referencia constitucional, ingresan los derechos fundamentales como valores de referencia en el ordenamiento jurídico, es decir, como valores supraordenados que dan contenido a la validez y la legitimidad de todas las normas y políticas del Estado (la política criminal, entre ellas). Sus caracteres estructurales de universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege*, sirven de parámetros de validez del ejercicio de toda actuación pública, máxime cuando se trata de sistemas sancionatorios restrictivos de los propios derechos fundamentales¹⁰¹.

Finalmente, me interesa destacar otras dos normas del capítulo de Bases de la Institucionalidad: el artículo 4, que establece que Chile es una república democrática, lo cual constituye un límite infranqueable para modelos político-criminales de corte autoritarios, que se aparten de los valores del sistema democrático. Por su parte, el artículo 5 inciso 2 de la Constitución, que al establecer como límite del ejercicio de la soberanía los derechos esenciales de la naturaleza humana establecidos en la *Magna Cartha* y en los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, junto con reiterar el valor axioló-

¹⁰¹ En este sentido, ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, pp. 54 y 55.

gico, universal y ético de los derechos fundamentales, hace penetrar en el sistemas jurídico nacional, como principios supraestatales, los pactos internacionales sobre derechos humanos que se encuentran ratificados por Chile, lo que para efectos penales es de suma importancia, pues existe una serie de derechos fundamentales no regulados expresamente en los pactos, pero que sí cuentan con cobertura normativa en los tratados respectivos.

2.2. En un segundo bloque, encontramos los mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente la materia penal, tales son:

- a) La prohibición de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes, que ante la falta de un reconocimiento constitucional explícito, en nuestro caso está consagrada en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos Políticos. La importancia de estas normas radica en que a partir de las mismas, puede fundamentarse una consagración implícita de la garantía de la proporcionalidad de las penas, a lo menos como una exigencia impuesta al legislador, como ha afirmado un sector de la doctrina¹⁰²;
- b) La abolición de la pena de muerte, contemplada en los artículos 6 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana, respectivamente;
- c) La consagración del derecho a la libertad personal y la seguridad individual, junto con la regulación de las medidas cautelares (artículo 19 N° 7);
- d) El reconocimiento de las garantías que integran el derecho al debido proceso (artículo 19 N° 3, inc. 6); y
- e) La proclamación del principio de legalidad, con la prohibición de la irretroactividad penal (artículo 19 N° 3 incisos 8 y 9)

2.3. En tercer lugar, está el catálogo de derechos fundamentales que materialmente constituye el contenido esencial de las materias de prohibición y de los límites a la potestad punitiva del Estado¹⁰³. Entre ellos, se pueden mencionar: el derecho a la vida y la integridad

¹⁰² En este sentido, MERA, Jorge, *Derechos humanos en el derecho penal chileno*, Santiago, Editorial ConoSur, 1998, pp. 94 y ss.

¹⁰³ Esto supone una comprensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa, bajo la premisa de un Estado liberal de derecho. Cfr. MAÑALICH, Juan, "La

física (artículo 19 N° 1); el derecho a la igualdad (artículo 19 N° 2), al honor y a la intimidad (artículo 19 N° 4), a la libertad ideológica y religiosa (artículo 19 N° 6), a la libertad personal (artículo 19 N° 7), a la libre expresión (artículo 19 N° 12), a la libertad de reunión (artículo 19 N° 13), a la libertad de asociación (artículo 19 N° 15) y al patrimonio (artículo 19 N° 24).

4) Por último, están los preceptos constitucionales que establecen reglas vinculadas al sistema penal, como la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria (art. 61), la publicidad del proceso penal y la necesaria motivación de la sentencia (artículos 8 y 19 N° 3, inc. 6).

En suma, del conjunto de las normas señaladas, se pueden deducir las líneas básicas de un programa político criminal en la Constitución de un marcado sesgo garantístico. El mismo, impide a los titulares de la definición de los criterios político-criminales que inspiran la normativa penal (fundamentalmente el Poder Legislativo), tributar a modelos que, en vistas de fortalecer la prevención de la criminalidad, vulneren los derechos fundamentales de los individuos. Cualquier intento de esta índole resulta incompatible con la normativa constitucional y debe ser rechazado por ilegítimo.

BALANCE Y CONCLUSIONES FINALES

1. Las vicisitudes de la sociedad contemporánea han colocado a la política criminal de los primeros años de la presente centuria en una situación de crisis. En oposición al modelo clásico del derecho penal, entendido como un instrumento de *ultima ratio*, limitado por un haz de garantías formales y materiales, los últimos decenios han marcado el advenimiento de un proceso expansivo de la normativa penal, que junto con significar una relativización de las garantías clásicas, ha permitido a quienes ostentan el poder de definición de los instrumentos para combatir la criminalidad, optar por un camino fácil de huida hacia el derecho punitivo. Este fenómeno ha resultado propicio para la adopción de modelos político-criminales de corte autoritario, cuya génesis carece de un proceso reflexivo y racional, los cuales han venido a subordinar el respecto de los derechos fundamentales en aras de una eficacia preventiva de cuestionable legitimidad, tales son: el derecho penal de

prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas”, en: *Revista de derecho y humanidades*, N° 11 (2005), p. 247.

- la seguridad ciudadana, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico.
2. En nuestro país, los modelos mencionados han tenido recaudo en la *praxis* legislativa penal y procesal penal, encontrando manifestaciones transversales en distintos ámbitos. En el caso del derecho penal, constituyen expresión de ello, entre otras, la serie de reformas introducidas respecto de los delitos patrimoniales, las relativas al combate de la violencia doméstica y de género, la delincuencia sexual, el combate de la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo. Tratándose del derecho procesal penal, los últimos años han sido ávidos en reformas que han apuntan hacia una *capitis diminutio* del nuevo Código Procesal, que viera la luz a inicios del presente milenio. Las mismas se caracterizan, en general, por hacer más dúctiles las garantías asociadas a la noción de debido proceso y por restringir los espacios de la libertad personal, mediante una flexibilización de las exigencias aplicables a las medidas cautelares personales.
 3. En el seno de la normativa constitucional, subyace un programa político-criminal, integrado por una serie de principios marco, que realzan la importancia del respeto de los derechos fundamentales a propósito del ejercicio del *ius puniendi* estatal y la *praxis* político-criminal. Al someter estos nuevos modelos al escrutinio de tal programa constitucional, resulta que ninguno de ellos se ajusta a la normativa de nuestra Carta Fundamental, pues al constituir expresión de un punitivismo autoritario, no se corresponden con los ideales de un Estado Democrático de Derecho. Además, en cada caso se produce una intolerable afectación de garantías consagradas explícita o implícitamente en la Constitución, que integran el programa.
 4. En cuanto al derecho penal de la seguridad ciudadana, resalta la afectación que un modelo de esta índole produce al principio de proporcionalidad penal, por la vía de un incremento irreflexivo de los marcos penales. Este principio, si bien carece de consagración explícita en nuestra Constitución, se encuentra contenido de modo implícito en los tratados internacionales sobre derechos humanos que establecen la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes. A mayor abundamiento, resulta evidente que respecto de ciertas tipologías específicas de criminalidad, el modelo conduce, además, al establecimiento de reacciones penales, que inspiradas en ideales preventivo-generales negativos e inocuidadores,

suponen una ruptura de la garantía de la igualdad y lesividad penal. Así ocurre con las marcadas diferencias de trato punitivo que existen en nuestro Código Penal, entre la delincuencia patrimonial clásica (uno de los ámbitos más fructíferos de legislación inspirada en este modelo) y algunas de las más emblemáticas figuras que resguardan bienes personalísimos como la vida y la salud. Bajo esta óptica, no se logra comprender, por ejemplo, cómo a la luz de algunas de las modificaciones recientes, delitos como el abigeato contemple, en ciertos supuestos, una pena ostensiblemente mayor que figuras emblemáticas contra la vida, como el delito de homicidio, o que el delito de robo de cajeros automáticos o dispensadores de dinero, establezca una pena superior a las lesiones graves. Estas disrupciones solo pueden justificarse en el seno de un modelo que promueve una inequitativa distribución de los riesgos en materia de criminalidad, pues es el delincuente quien debe asumir casi por completo los costes de la misma, mediante la imposición de la pena, mientras el Estado recibe la ganancia de una comunidad aquietada en su sentimiento de inseguridad. En definitiva, puede vislumbrarse, además, como el modelo promueve una afectación de la idea de dignidad, al utilizar al sujeto delincuente como un objeto para la consecución de un fin: la tan ansiada sensación de seguridad.

5. En el modelo del derecho penal del enemigo, la afectación de la dignidad resulta incluso más intensa, pues la distinción entre personas y enemigos que sirve de sustento al modelo, resulta incompatible con el reconocimiento constitucional de la personalidad del hombre. En esta dirección cobra sentido lo afirmado por Guzmán, quien parafraseando a Welzel, señala: “El derecho puede obligar al hombre solo en tanto persona, y tiene que reconocerlo en tal condición. En ello reside la diferencia decisiva entre el Derecho y el simple poder. El hombre está construido de tal manera que no puede existir cuando continuamente es utilizado como ciego instrumento sin responsabilidad personal. Aquí no hay eflujos técnicos ni medias tintas: o el Derecho penal se edifica antropológicamente sobre el reconocimiento de la dignidad humana, o no es más que un mísero espectro de prácticas de poder desprovistas de entidad y auténtico valor jurídicos”¹⁰⁴. Pero el derecho penal

¹⁰⁴ GUZMÁN, José, “Justicia penal y principio de humanidad”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 298 (2005), p. 40.

- del enemigo, no solo fractura la noción de dignidad, pues las penas draconianas que se utilizan para el combate de los enemigos horadan la garantía de la proporcionalidad, en términos incluso más intensos que el derecho de la seguridad ciudadana y también el recurso a tipos penales etéreos quebranta la legalidad penal en su vertiente de taxatividad. En el ámbito procesal supone una renuncia manifiesta a varias garantías que integran la noción de debido proceso, el cual cuenta con consagración constitucional expresa.
6. Con respecto al derecho penal simbólico, resulta que el Estado como gestor de la política criminal se aparta de los lineamientos del programa político constitucional de la Constitución, pues mediante las leyes que le tributan, no apunta a la protección de bienes jurídicos, es decir, no contribuye a la protección de las condiciones de que posibilitan la autorrealización individual, conforme reza el artículo 1, inciso 2 de la Carta Fundamental. La falta de esta referencia individual, es la que permite que el Estado, movido por la contingencia social y la influencia de los medios de comisión, tipifique hechos con carácter delictivo de disfuncionalidad aparente, pero tras los cuales no existe un interés tutelable como exige el principio de lesividad.
 7. Hacia el futuro, resulta esperable que comience a primar una mayor racionalidad en las decisiones político-criminales que inspiran a nuestra normativa penal, que sin prescindir de las garantías, se haga cargo de la función protectora y motivadora que asigna a este sector del ordenamiento jurídico. Por ahora, solo queda esperar que el Tribunal Constitucional sea el organismo que, ejerciendo un control más riguroso sobre el ajuste de la normativa penal a los paradigmas político-criminales de la Constitución, reaccione con mayor fuerza frente a este fenómeno de punitivismo hipertrofiado e irracional que generan los arquetipos analizados¹⁰⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARROYO, Luis, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 1 (1987), pp. 97-110.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Montevideo, Editorial Bdef, 2004, 459 pp.

¹⁰⁵ CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*...”, p. 43.

- _____, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, trad. de Mauricio Martínez, en: *Revista Justicia Penal y Sociedad*, Nº 5 (1994), pp. 75-91.
- BUSTOS, Juan, Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente en *Revista Pena y Estado*, Nº 1 (1991), pp. 101-109.
- _____, “Política criminal y Estado”, en: *Gaceta Jurídica*, Nº 194 (1996), pp. 20-26
- CANCIO, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel, *El derecho penal del enemigo* –2ª edición–, Navarra, Editorial Civitas, 2006, pp. 85-152.
- _____, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000 [En línea], en: *Revista jueces para la democracia*, Nº 44 (2002), <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/264123.pdf>, p. 19-26.
- CARNEVALI, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 14, Nº 1 (2008), pp. 13-48.
- DEMETRIO, Eduardo, “El “Derecho Penal del enemigo” (Darf nicht sein!). Sobre la ilegitimidad del derecho penal del enemigo y la idea de seguridad” [en línea], en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Nº 9 (2006), http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_9_67.pdf, pp. 428-442.
- DIEZ RIPOLLÉS, José, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo, Editorial Bdef, 2007, p
- _____, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 6 (2004), 210 pp.
- _____, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO, Adán (coord.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 147-172.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, tomo I –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 361 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal” [En línea], en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Nº. 19 (2007), <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>, pp. 5-22.
- GRACIA, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, 219 pp.
- _____, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo” [En línea], en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 7 (2005), <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, 43 pp.

- GUZMÁN, José, “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: La ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”, en: *Gaceta Jurídica*, Nº 265 (2002), pp. 7-17.
- _____, “Justicia penal y principio de humanidad”, en: *Gaceta Jurídica*, Nº 298 (2005), pp. 36-44.
- HASSEMER, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, trad. por Elena Larrauri, en: *Revista Pena y Estado*, Nº 1 (1991), pp. 23-36.
- HERNÁNDEZ, Héctor, “El derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”, en: *Revista persona y sociedad*, vol. XVIII, Nº 2 (2004), pp. 213-236.
- _____, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXVII (2006), semestre II, pp. 183-222.
- JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Manuel Cancio y Enrique Peñaranda, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996, pp. 177-240.
- _____, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther y CANCIO, Manuel, *El derecho penal del enemigo* –2ª edición–, Navarra, Editorial Civitas, 2006, pp. 21-56.
- MAÑALICH, Juan, “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de las normas punitivas”, en: *Revista de derecho y humanidades*, Nº 11 (2005), pp. 245-258.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídico penales (especial referencia al ámbito económico)” [en línea], en: *Anuario da facultade de dereito*, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2216/1/AD-7-61.pdf>, pp. 953-985.
- MERA, Jorge, *Derechos humanos en el derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Cono-Sur, 1998, 227 pp.
- MORALES, Ana María, “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden” [En línea], en: *Revista política criminal*, vol. 7, Nº 13 (2012), http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf, pp. 94-146.
- MUÑOZ, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, 94 pp.
- NÚÑEZ, José, “Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario” [En línea], en: *Revista política criminal*, vol. 4, Nº 8 (2009), http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf, 23 pp.

- OLIVER, Guillermo, “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI (2005), Semestre I, pp. 295-307.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, 615 pp.
- PORTILLA, Guillermo, “El derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en LÓPEZ, Jacobo y ZUGALDÍA, José (coord.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004, pp. 693-720.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema penal* –2ª edición–, 1ª reimpresión, trad. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002, 123 pp.
- SILVA, Jesús, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000, 128 pp.
- _____, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* –2ª edición–, Buenos Aires, Editorial Bdef, 2010, 689 pp.
- _____, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* –2ª edición–, Madrid, Editorial Civitas, 2001, 167 pp.
- TIEDEMANN, Klaus, “Constitución y derecho penal”, trad. Luis Arroyo Zapatero, en: *Revista española de derecho constitucional*, año 11, N° 33 (1991), pp. 145-174.
- VÍQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? [En línea], en: *Revista política criminal*, N° 3 (2007), http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf, 18 pp.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Macías, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, 200 pp.
- ZÚÑIGA, Laura, *Política criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001, 295 pp.