

Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y la expansión del derecho penal¹

Eduardo Novoa Aldunate

Profesor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El poder sancionador del Estado, que se expresa a través de su facultad exclusiva y excluyente de sancionar con penas y medidas de seguridad los delitos, se legitima en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho bajo fundamentos político-criminales derivados de su necesidad irremplazable para asegurar la paz social y el pleno desarrollo social y humano de sus ciudadanos.

El sistema de control social que es el derecho penal –control a través de la prevención o contención del delito– y que supone la más grave restricción de los derechos más esenciales de los ciudadanos –su libertad, su honra y en algunos casos su vida– encuentra su origen en el concepto liberal del Pacto Social donde esa restricción es legítima –y por tanto admisible– en la medida que sea estrictamente indispensable para proteger los derechos y las libertades de todos. Estos derechos y libertades se expresan en los bienes jurídicos, que son intereses individuales o sociales a los cuales el derecho resuelve proteger mediante la aplicación de una pena o medida de seguridad en caso de su daño o puesta en peligro.

Las sanciones penales son de un gran impacto en el seno de la sociedad, pues aparte de configurar injerencias graves en la libertad individual de los ciudadanos, tienen un marcado sesgo estigmatizador del condenado y conducen a descalificaciones y marginaciones sociales que no son aceptables en un Estado de Derecho que tienda a la integración de todos sus miembros y a evitar la discriminación.²

¹ El tema fue parte de una clase de Postítulo en Actualización de Derecho Penal Sustantivo, impartida por su autor en octubre de 2006.

² Klaus Roxin: “¿Tiene Futuro el Derecho Penal?” Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Revista del Poder Judicial N° 49, 1998, p. 374.

De tales características de drasticidad y dureza del control penal se originan los límites a la potestad punitiva del Estado, los que poseen un fundamento político y constitucional a la vez que un fundamento funcional: la necesidad del derecho penal para proteger bienes jurídicos a través de la prevención general y especial que cumple la sanción penal.³

1. El más característico y fundamental principio limitador es el **Principio de Legalidad**, nacido al alero de la Ilustración como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídicas para el ciudadano, que hoy tiene entre nosotros una clara acogida constitucional en el art. 19 N° 3 de la CPE: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"; se recepciona de este modo el aforismo del "*Nullum crimen nulla poena sine lege*" de Feuerbach, cuya ampliación garantista, elaborada por Reinhardt Maurach, añade las nociones de ley "*praevia, scripta y stricta*".

El principio se extiende, según la doctrina actual, a las medidas de seguridad, por su indudable contenido de aflicción y de limitación de la persona y derechos de quienes las soportan. Como es de suponer, hoy día presenta dificultades frente a tal principio, el empleo, muchas veces difundido más allá de lo necesario, de las leyes penales en blanco, de los elementos normativos del tipo y de los tipos penales abiertos.

Del enunciado actual del principio se infiere también, aparte de su función de determinación a través de la tipicidad, la característica de "irretroactividad" que posee la ley penal, que se extiende también al ámbito procesal y jurisdiccional y cuya recepción también está en la CPE:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada antes de su perpetración a menos que la nueva ley favorezca al afectado".

El principio de legalidad cumple también una función de "seguridad psicológica" en la sociedad, en cuanto le permite al ciudadano saber cuáles son los hechos concretos que se encuentran prohibidos y la pena determinada que se asocia a su infracción, en la confianza de que no será perseguido si respeta las normas de convivencia.

Cumple asimismo un rol garantista decisivo el **Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos**, llamado también de **Lesividad**, según el cual

³ Diego-Manuel Luzon Peña: *Curso de Derecho Penal*, Parte General I, Editorial Universitas S.A. 1996, pp. 75 y ss.

el derecho penal debe intervenir sólo ante la lesión o amenaza inmediata o próxima para concretos bienes jurídicos, descartando la posibilidad de castigar conductas de mera desobediencia, de simple desviación moral o de mera marginalidad por la conducción de vida de los ciudadanos, que no afecten a bienes jurídicos.

Es decir, el principio de "lesividad" supone que debe existir un concreto daño a los individuos o a la sociedad para castigar la conducta, que es disvaliosa justamente porque lesiona o amenaza intereses jurídicos fundamentales para una convivencia social sana y pacífica. A este respecto hay que tener presente que hoy se considera que sólo pueden tener la calidad de bienes jurídicos "aquellos intereses que de una forma empírica se demuestre que pueden ser dañados".⁴ De allí, como veremos, el reparo que se hace al uso generalizado y difundido, en ciertos ámbitos, de los delitos de peligro, en especial los de peligro abstracto.

De lo dicho se desprende que recurrir a algo tan doloroso y grave para el ciudadano como la sanción penal, frente a conductas que no atacan bienes jurídicos, sería innecesario y contraproducente y, por tanto, ineficaz, pues la regulación de la conducta desviada debe en tal caso entregarse, en forma más provechosa, a otros sectores del sistema de control del Estado.⁵

Este principio ha conducido a iniciativas desincriminadoras, por ejemplo en el ámbito sexual (la sodomía consentida entre adultos), o despenalizadoras (el adulterio), a la vez que a la incorporación de nuevas figuras tutelares de bienes jurídicos de nuevo cuño, de carácter, muchos de ellos, supraindividual, como son los que dicen relación con el medio ambiente, la ingeniería genética o las infracciones informáticas.

Vinculado al anterior está el **Principio de Eficacia o Idoneidad**, que se refleja en la prevención de Max Ernesto Mayer al exigir que el bien jurídico fuese "merecedor, necesitado y capaz" de protección penal. Según esto, el derecho penal solo debe intervenir cuando sea adecuado y eficaz para la prevención especial y general del delito. Esto significa que debe el Estado renunciar a su empleo cuando, conforme a un diagnóstico político-criminal serio, sea inoperante, contraproducente o inadecuado para prevenir el delito, ya que entonces supondría un mal injustificado, en cuyo caso habrá que dejar paso a otra reacción más eficaz.⁶

⁴ Jaime Náquira y Roberto Salim-Hanna: "Derecho Penal Económico: Origen, Contenido y Límites", en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año IX, N° 9, p. 119.

⁵ Luzón Peña, op. cit., p. 82.

⁶ Luzón Peña, op. cit., pp. 84-85.

Hay penas ineficaces por su nulo o muy reducido efecto preventivo, como las penas cortas de prisión que no permiten el tratamiento rehabilitador, la pena de muerte y la penas perpetuas, que tampoco tienen un efecto disuasivo claro ni su supresión ha evidenciado un aumento de delitos graves, delitos con una “cifra negra” excepcionalmente alta, como ocurre con el aborto en Chile, donde la pena –al no tener efectos preventivos generales comprobables– se fundamenta, más bien, en criterios meramente retributivos.

El **Principio de Culpabilidad** señala que la noción de culpabilidad, como componente subjetivo del hecho punible es, al decir de Klaus Roxin, “el fundamento y la medida de la pena”;⁷ en otros términos, no hay pena sin culpabilidad y la pena ha de ser siempre proporcional al grado de reproche que pueda hacerse al autor, lo cual lleva, en al derecho penal actual, a rechazar los supuestos de responsabilidad objetiva, a la calificación por el resultado y al “*versari in re illicita*”.

Lo dicho hace que no puedan sancionarse por igual, salvo casos muy justificados por la peculiaridad de la infracción, la comisión imprudente y la comisión dolosa de un hecho y, más aún, desconocer la regla de política criminal generalmente aceptada de que los hechos culposos deben castigarse solo excepcionalmente, cuando la gravedad del daño causado lo haga necesario. Por otro lado, implica que la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales, pues el fundamento de la pena es siempre y necesariamente el reproche de culpabilidad que se hace al sujeto activo por no haberse comportado, pudiendo hacerlo, conforme al deber normativo, lo que lleva a excluir de este ámbito a las personas jurídicas y a las empresas, para lo cual, como veremos, se ha ideado en la doctrina española el recurso a una “tercera vía” de sanciones adecuadas a su naturaleza.

El Principio de **Exclusiva Responsabilidad Personal** posee dos facetas: se debe responder por hechos propios y no por hechos ajenos en los que ninguna influencia ni responsabilidad (concebido como dominio o control) posea el sujeto y, en segundo lugar, el injusto típico requiere necesariamente de una ejecución o colaboración personal de un imputable que se concreta en la exigencia de autoría y participación.

El principio limitador más directamente vinculado –y comprometido– con el fenómeno de la expansión del derecho penal actual es el de **Subsidiariedad**, **Intervención Mínima** y el **carácter Fragmentario** del derecho penal.

Es este principio básico de política criminal el que permite hablar, cuando no se respeta, de un “abuso” del poder punitivo por parte del Estado. La interven-

⁷ Klaus Roxin: *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A. 1997, p. 814.

ción mínima o "*ultima ratio*" indica que las penas y las medidas de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad frente al delito, ya que a menudo los intereses sociales y bienes jurídicos individuales pueden recibir adecuada tutela a través de mecanismos distintos del derecho penal y menos lesivos, duros y afflictivos para la libertad y dignidad de las personas y que, además, son más eficaces para esa protección, como es el recurso a sanciones del derecho privado (reembolso por enriquecimiento injusto y reparación de daños y perjuicios) o del derecho público, como el derecho administrativo sancionador (multas, clausuras, privación de concesiones, etc.) Debe existir una renuncia a emplear recursos de carácter penal si igual o mejor resultado, en términos de prevención, puede lograrse con sanciones más suaves que las penales.⁸

Cuando ninguno de esos otros medios normativos sea suficiente para asegurar la paz social, quedará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad, lo que demuestra la naturaleza "*subsidiaria*" del derecho penal. El carácter "*fragmentario*" del sistema penal significa que no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las figuras lesivas a los mismos, sino solo los ataques más graves e intolerables a los intereses sociales o personales más importantes. Así, no todos los ataques a la propiedad o los daños voluntarios al patrimonio ajeno son delito, sino solo la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta de los bienes que lo componen. Hoy esta connotación fragmentaria del derecho penal se reputa como una característica del Estado de Derecho respetuoso de la libertad del ciudadano.⁹

Como ha observado Klaus Roxin, el principio de mínima intervención debe tener en el Estado Social y Democrático de Derecho una dimensión positiva tendiente a tomar, para evitar "la huida al derecho penal", todas las medidas jurídicas y político-sociales posibles para prevenir los delitos sin tener que acudir al derecho penal.¹⁰

El abandono de estos principios limitadores del derecho a castigar del Estado –prefiriéndose la amenaza de la pena y las medidas de seguridad a otros recursos– es sin duda el camino más cómodo y menos gravoso para el Estado, pues lo exime de tener que asumir vías alternativas de prevención del delito o de implementar políticas claras dirigidas a su evitación o disminución, que muchas veces requieren de gastos en infraestructura que el Estado es renuente a adoptar.

⁸ Santiago Mir Puig: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Editorial B de F, 2003, pp. 109-113.

⁹ Mir Puig, op. cit., p. 110.

¹⁰ Citado por Luzón Peña, op. indicada, p. 83.

El fenómeno de la expansión del derecho penal

El minimalismo en derecho penal, asociado a posturas liberales o ultraliberales como la Escuela de Frankfurt, cuyo denominador común es defender un enfoque restrictivo en su aplicación propugnando un derecho penal básico o nuclear que aborde tan sólo las conductas atentatorias en contra de bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, con las máximas garantías de determinación en la ley, exigencias de imputación objetiva y subjetiva y estricta tutela procesal y jurisdiccional, ha ido poco a poco perdiendo terreno frente a un derecho penal cuya tendencia dominante es introducir nuevos tipos penales y la agravación de los existentes (lo contrario a una despenalización), reinterpretando las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y adjetivo. Esto marca lo que se ha dado en llamar la “expansión del derecho penal”, fenómeno de las sociedades postindustriales y de la globalización de comienzos del siglo XXI.¹¹

La diferencia del derecho penal clásico frente al nuevo derecho penal, llamado también derecho penal de la seguridad o del control global, es que éste protege más bienes jurídicos y distintos y además los protege antes, esto es, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Sus rasgos centrales generales consideran, además, la flexibilización de las reglas de imputación y de los principios político-criminales de garantía.

Se observa una “antinomía” entre el principio de intervención mínima o de subsidiaridad y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, en que existe en la “mass media” ciudadana una sensación subjetiva de inseguridad que lleva a que reclamen del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad en la forma de “sensación” o “impresión” de seguridad.

A veces la expansión se presenta, según observa Silva Sánchez,¹² como el producto de una especie de “perversidad” del aparato estatal que busca en el fácil recurso a la legislación penal una solución fácil (y más económica) a los problemas sociales que debieran ser abordados por el sistema de administración estatal con políticas públicas distintas del recurso punitivo.

Se señalan como causas de la expansión anotada:

1. El surgimiento de nuevos intereses o bienes jurídicos de protección, que pueden llegar a incidir en la salud o en las condiciones de existencia del género

¹¹ Jesús María Silva Sánchez: *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, 2006, p. 4.

¹² Silva, op. cit., pp. 5-6.

humano, como el medio ambiente, la biodiversidad, la energía nuclear y otros. Existen conductas antes reguladas por el derecho administrativo sancionatorio que experimentan un endurecimiento en su regulación, anticipando barreras de punibilidad, como el derecho penal económico. Además, se dan ciertas formas de delincuencia que trae aparejada la globalización y que tienen carácter transnacional, como el tráfico de estupefacientes y de armas, el lavado de dinero a gran escala, el crimen organizado, la ciberdelincuencia y el terrorismo.¹³

Muchos de esos nuevos intereses son, como dijimos, supraindividuales y poseen un carácter colectivo difuso e impreciso, a diferencia de aquellos del derecho penal nuclear tradicional que están referidos a sujetos concretos en sus bienes personales (vida, salud, libertad, honor, patrimonio). Se tiende en algunos a sustituir la protección concreta de bienes jurídicos, por la protección de instituciones o de modelos de organización social, castigándose “la perturbación del funcionamiento del sistema o de su organización normativa”.¹⁴

2. La aparición de nuevos riesgos de procedencia humana, como fenómeno social estructural: las decisiones y actuaciones de los individuos importan riesgos superiores al límite conveniente, que provienen de la tecnología o del progreso técnico, lo que hace variar los criterios de imputación objetiva. La sociedad entonces se orienta a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgadas, incrementando “los riesgos desaprobados”.¹⁵

La sociedad del riesgo institucionaliza la sensación social de inseguridad; de allí el recurso cada vez más extendido a crear tipos de peligro, con preferencia los de peligro abstracto y la exasperación de los delitos impropios de omisión. El derecho penal ya no está orientado a la protección bienes jurídicos reales (desvirtuando la premisa de que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos bienes que “de una forma empíricamente demostrable pueden ser dañados”), sino a conseguir fines políticos más amplios, como es satisfacer la necesidad de intervención y de respuesta producto de la inseguridad real o ficticia de los ciudadanos. Hay una tendencia a usar los delitos de peligro como un mecanismo de sustitución de los delitos imprudentes, cuya estructura les privaría de la aptitud de cumplir adecuadamente la función de asegurar las expectativas sociales de seguridad de los ciudadanos. Esto lleva a adelantar las barreras de intervención penal en las conductas imprudentes, con la sanción generalizada de la infracción de deberes de cuidado no seguidas de un efectivo perjuicio para el bien jurídico.¹⁶

¹³ Blanca Mendoza Buergo: *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 26.

¹⁴ Gunther Jakobs: *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

¹⁵ Silva, op. cit., pp. 34-44.

¹⁶ Silva, op. cit., pp. 45-46.

Con esto se busca transmitir el mensaje de que la “mera aceptación del riesgo” es ya reprobada por el derecho penal.

3. La “sociedad del miedo”, con su sensación social de inseguridad: la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos, asumiendo los medios de comunicación la vía a través de la cual se expresa “la indignación y la cólera social”. Eso hace que frente a movimientos de restricción del derecho penal aparezcan demandas de ampliación del recurso penal que ponga fin a “la angustia” derivada de la inseguridad.¹⁷

4. La mayoría social se identifica con la víctima del delito: entonces la aplicación de la pena cumple una “función simbólica” de manifestar la solidaridad del grupo social con la víctima.

Las ideas detrás de la expansión pueden conducir a que el derecho penal sea tomado como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de sociabilización o incluso de civilización, lo que aparte de constituir una infracción absurda del principio de *ultima ratio*, es una carga que el derecho penal no puede sobrellevar. El que la colectividad se perciba a sí misma como víctima, conduce a una animadversión con los elementos garantistas característicos del derecho penal tradicional: el trato con valores como la verdad y la justicia y la articulación de estos a través de procedimientos formales, son interpretados como obstáculos que se oponen a la solución real de los problemas (principio de culpabilidad, presunción de inocencia, debido proceso y jurisdiccionalidad). Se ponen además en entredicho y “pierden precisión y fijeza” los principios dogmáticos generales como la relación de causalidad, el dolo y la imprudencia, la autoría y la participación, la distinción entre formas consumadas y el principio de ejecución (e incluso los actos preparatorios) y el mandato de determinación del injusto penal.¹⁸

Esto se traduce en que el derecho penal deja de ser la “barrera infranqueable de la política criminal”, según expresión de Von Litz, y pasa a ser el brazo alargado de la misma; con ello pierde el derecho penal su función de garantía de la libertad para transformarse en elemento de intervención flexible del Estado.

A este respecto hay que tener presente que la criminalidad de la globalización es “organizada estructuralmente”, lo que aumenta su peligrosidad, a la vez que es una “criminalidad” no de sujetos marginales, sino de entes poderosos

¹⁷ Ver Mendoza, op. cit., pp. 30 y ss.

¹⁸ Silva, op. cit., pp. 46 y ss.

cuyo impacto en la sociedad se caracteriza por la magnitud de sus efectos económicos, políticos y sociales y su capacidad para perturbar los mercados, corromper funcionarios y gobernantes y, en definitiva, desestabilizar la estructura social, lo que naturalmente hace racional extender hacia esta realidad el control punitivo del derecho penal (vr. gr. atentados ecológicos de grandes empresas, adulteración masiva de medicamentos y alimentos, graves perjuicios para la transparencia de los mercados que derivan de una operación importante de abuso de información privilegiada).¹⁹

De otro lado, la inflación penal derivada de la expansión ha llevado a la doctrina a acuñar el término “delito acumulativo”, donde se elimina la exigencia del vínculo causal entre la conducta prohibida y sus efectos para el bien jurídico, pues en ellos la conducta individual se sanciona penalmente aun cuando no sea lesiva para el bien jurídico, si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta sea realizada por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí termine por lesionar el bien jurídico (los vertidos contaminantes de una empresa no ponen de ordinario en peligro el equilibrio de los sistemas naturales; sí lo hace la generalización de vertidos, pues la sumatoria tiene un efecto lesivo inadmisibles para el ecosistema).²⁰

Otra manifestación de la extensión del derecho penal se da con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tradicionalmente rechazada en razón a que la base del sistema de responsabilidad penal descansa en el dolo y la culpa personal, que solo puede darse en las personas individuales.

Hoy día se habla de una “tercera vía” de sanción del derecho penal (aparte de la pena y las medidas de seguridad) aplicable a las personas jurídicas y empresas para las que se reservan consecuencias accesorias a la responsabilidad penal individual de la persona natural que intervino en el hecho punible, las que tienen naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva, como las que contempla el art. 129 del C. Penal español (suspensión de actividades, disolución de la persona jurídica, clausura temporal o definitiva, intervención de la empresa, entre otras).

Las medidas se fundamentan en la idea de la peligrosidad de la organización, que no siendo capaz de delinquir, es peligrosa para el orden jurídico, pues favorece la comisión de delitos a las personas físicas que las utilizan o se valen de ellas desde puestos de administración. Lo “peligroso” es entonces el “instrumento” usado por los personalmente responsables.²¹

¹⁹ Silva, op. cit., p. 91.

²⁰ Ver Silva, op. cit., pp. 143 y ss.

²¹ Santiago Mir Puig: “Una Tercera Vía en Materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-01-2004, pp. 4 y ss.

Hay quienes piensan que ante la progresiva expansión del derecho penal no cabe una vuelta atrás a un derecho penal liberal ceñido a la protección de bienes altamente personales, con sujeción estricta a los principios de garantía. Como alternativa se propone que la mayor parte del fenómeno expansivo se reconduzca al derecho administrativo sancionador.

Tradicionalmente se distinguió entre un ilícito penal y un ilícito administrativo, cuya diferencia estaba en que el primero implica una lesión éticamente reprochable a un bien jurídico y el segundo sería un acto de desobediencia éticamente neutro. Luego se sostuvo que la diferencia entre ambos ilícitos es solo cualitativa, teniendo el ilícito administrativo un menor contenido de injusto.

En la doctrina española surge actualmente la idea de que la diferencia está en la finalidad que persiguen ambas disciplinas: el derecho penal protege bienes jurídicos concretos y sigue criterios de lesividad, peligrosidad y de imputación individual de un injusto propio, en tanto que el derecho administrativo busca ordenar de un modo general sectores de actividad, por lo que no tendría que seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta ni ser tan estricto en la imputación, en la persecución penal y en la observancia del principio de legalidad.

En concepto de Silva Sánchez²² el problema de la expansión debe matizarse, ya que la dificultad no radica tanto en la "inflación" del derecho penal en general, sino, específicamente, en la expansión del derecho penal "de la pena privativa de libertad", que es la que en verdad debe ser contenida. Cabría de este modo admitir una cierta flexibilización de la vigencia de las reglas de imputación personal y los principios garantistas, si son impuestas sanciones menos intensas que las penas tradicionales y, desde luego, si se prescinde de las penas corporales privativas de libertad a favor de la imposición de penas pecuniarias, privativas o suspensivas de derechos y de reparación penal.

Se habla entonces de un derecho penal de "dos velocidades": un derecho penal nuclear, donde se mantienen las penas de prisión de larga duración y subsisten inalterados los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad, y un derecho penal expansivo, donde se flexibilizan las garantías de imputación y político-criminales, a condición de que las sanciones no sean penas privativas de libertad. Esta necesidad de una configuración dualista del derecho penal se dice que es necesaria, pues no es realista pensar que la sociedad actual de la globalización, del riesgo y la seguridad va a admitir un derecho penal orientado al paradigma del derecho penal mínimo. El derecho penal expansivo se postula reservarlo especialmente para la represión del delito contra el orden público económico.

²² Silva, op. cit., pp. 178 y ss.

Conclusiones

Es importante fijar las condiciones de protección legítima de la seguridad a través del derecho penal. Las soluciones adecuadas solo pueden provenir de reconocer y respetar cabalmente el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal en la solución de los conflictos sociales, lo que obliga a recurrir a otras ramas del orden jurídico frente a la lesión o peligro de los intereses tutelados, pues es éste, en principio, el medio legítimo para procurar seguridad. Debe entonces fomentarse, *prima ratio*, el recurso racional a otras vías de regulación que no sea la penal y la utilización de esta última aceptarla solo como un recurso excepcional, cuando todos los demás fallen o sean inadecuados como medios de control social.

No nos parece claro que la solución deba venir por la disociación del derecho penal en dos sectores independientes separados en función de la utilización o no de la pena privativa de libertad y con reglas de atribución de responsabilidad distintas: con sujeción a todas las garantías en el primer caso y con más flexibilidad en el segundo. El derecho penal tiene una identidad propia, es *per se* un derecho eminentemente sancionatorio; incriminar un comportamiento supone insertarlo en la rama que ocupa la cúspide de las más graves reacciones punitivas, por lo que la reacción debe estar revestida de las máximas garantías para no dañar, más allá de lo estrictamente necesario, la libertad de los ciudadanos.²³

Es la "cualidad" de la sanción penal lo que determina el establecimiento y respeto de ciertos principios y límites, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados y la entidad de la pena. Una vez tomada la decisión de que una conducta debe ser regulada por el derecho penal, el hecho no puede ir a parar a un "derecho penal de segunda clase", de naturaleza y características inciertas y poco delimitadas, donde el autor es imputado siguiendo reglas menos exigentes y garantistas que en el "derecho penal de primera clase", más aun si se puede acabar entrando por la puerta de atrás en el sector de las penas de prisión, por vía del arresto sustitutivo por no pago de la multa.²⁴ Una prudente política de despenalización, acompañada de los controles preventivos adecuados de otras instancias, puede ser más conforme con los principios limitadores vistos y más funcional y eficaz a la larga que una intervención penal hipertrofiada.

La postura que nos parece más razonable en una sociedad organizada como Estado Social y Democrático de Derecho, garante de los derechos y la libertad de sus ciudadanos, es ser consecuente con la realización práctica del carácter

²³ Mendoza, op. cit., pp. 181 y ss.

²⁴ Ver recensión crítica a la obra de Silva Sánchez, "La Expansión..." de Patricia Laurenzo Copello, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 12 (2003), pp. 441 y ss.

fragmentario y subsidiario del derecho penal. Se trata de no forzar al derecho penal a cumplir una función de *máxima ratio*, ni de pedagogía social, ni de tareas civilizadoras en el seno de la sociedad, lo cual no solo es ajeno a su naturaleza propia, sino que implica exigencias, tendencias o transformaciones no conciliables con el sistema basado en categorías dogmáticas racionales y coherentes con los principios limitadores del *ius puniendi* con que iniciamos este estudio.