

UNA LECTURA CONTEMPORÁNEA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN¹

Víctor Roberto Prado Saldarriaga²

En homenaje a Felipe A. Villavicencio Terreros, un hombre sabio y bueno.

1. Política Penal y Principios Reguladores del Control Penal

La necesidad de estructurar mecanismos de supervisión e interdicción de las decisiones de política penal, que excediendo sus fines de control social encubrieran prácticas estatales de abuso y arbitrariedad, fue promoviendo la regulación formal de un variado conjunto de principios y garantías a favor de los sectores vulnerables. La dogmática penal y la política criminal les otorgaron históricamente la condición de límites infranqueables del *ius puniendi*. Por ejemplo, en una monografía reciente sobre esta temática se señaló que “La Política criminal en un Estado de Derecho aspira a regirse por principios que constituyen a su vez límites del ejercicio del poder y garantía de derechos y libertades” (Sánchez Ostiz, 2012, pág. 34).

Sobre la naturaleza, función, morfología y efectos de tales principios, desarrollaremos a continuación algunas reflexiones y comentarios, pero desde un enfoque de política aplicada a fin de describir la utilidad real que ellos aportan actualmente en el diseño de estrategias de prevención y control de la criminalidad.

Comencemos señalando que una de las características del Estado Liberal fue la formulación de principios dirigidos a limitar los canales de intervención del control penal en el desarrollo de las relaciones sociales. Lo cual era coherente con el rol tutelar que por aquel periodo debía cumplir el Estado, asegurando un libre mercado de trabajo y un proceso continuo de reproducción de capitales. Además, se procuraba, de esa manera, contrarrestar la omnipotencia precedente del Estado Absolutista que habría impedido el desarrollo del naciente capitalismo burgués. Igualmente, en aquel periodo histórico la influencia de las ideas de igualdad y de libertad le dieron al Derecho Penal un carácter formal menos cruel y agresivo que el que tuvo durante el feudalismo y la consolidación del régimen absolutista. Asimismo, la legitimación del control penal como un recurso necesario para el mantenimiento del contrato social, quebró definitivamente todo posible rezago de “divinidad” o de confusión entre Derecho Penal y Moral (Bustos, 1982, págs. 118 - 124).

1 Algunas ideas de este texto fueron desarrolladas en Prado Saldarriaga (1991).

2 Catedrático de Derecho Penal. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia.

Con el transcurso de los siglos esos principios se han reforzado formalmente mediante su inclusión en las Constituciones y en los Códigos Penales contemporáneos. Es más, varios de ellos fueron reconocidos y proclamados como derechos y garantías por los principales convenios internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos (Terradillos Basoco, 2012; Urquizo, 2012).

Ahora bien, la nomenclatura, conceptos y eficacia asignados por la literatura especializada a tales principios tuvieron también distintas variantes, evolución y significados. Así, por ejemplo, en el ámbito anglosajón se alude a la existencia de los *mediating principles*, identificándolos como “buenas razones” para que el Estado opte por no criminalizar determinadas conductas pese a ser socialmente lesivas o peligrosas, o para que éste renuncie a la utilización o aplicación de determinadas sanciones penales frente a concretas conductas delictivas (Von Hirsh, 2012). En cambio, en el contexto eurocontinental se han insertado, destacado y difundido un conjunto de *principios rectores* o *principios limitadores del poder punitivo* los que han sido caracterizados como,

Pautas generales en las cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal positivo y que la doctrina propone como guía para la interpretación de las mismas; de ellos ha de auxiliarse el intérprete que quiera abordar sistemáticamente la legislación penal. (Velásquez Velásquez, 1988, pág. 14)

Para algunos autores, además, como Zúñiga Rodríguez, resulta pertinente y necesario diferenciar entre los “principios rectores de la Política Criminal” y los “principios rectores del *ius puniendi*”. Al respecto, se precisa lo siguiente:

Los penalistas suelen tratar este tema como los *Principios de Política Criminal* como *límites a la potestad punitiva del Estado*, los cuales constituyen en realidad baremos de legitimidad del *ius puniendi* del Estado y orientan al legislador y al juez en sus tareas de decidir qué puede ser delito, a quiénes se sanciona penalmente y cómo se impone una pena. Este es un tema fundamental dentro del proceso de criminalización primaria y secundaria, porque este poder de decisión en un Estado social y democrático de Derecho está sometido a unos límites, no puede ser un poder absoluto. (2001, pág. 181)

Esta misma autora, en una publicación posterior, sostiene también, desde una postura que ella misma admite como idealista, que estos principios deben ser irrenunciables e infranqueables para la validez y legitimidad de las decisiones de política criminal. En coherencia con ello, sostiene que “infranqueable significa que no admiten excepciones, indiscutibles, no sujetas a las encuestas de las mayorías, ni a los votos de los políticos, ni al rating de los *mass media*” (Zúñiga Rodríguez, 2019, pág. 226).

Para otros autores, en cambio, resulta indispensable objetivizar la racionalidad y eficacia práctica de estos principios en el proceder concreto de los operadores del sistema penal mediante un cotejo o asignación de estándares cuantitativos de prelación. En ese sentido, por ejemplo, Delmas-Marty ha llegado a sugerir la

necesidad de redefinir sus alcances y darles una funcionalidad que responda a la complejidad del mundo actual. Al respecto propone revivificar

los principios de justicia y utilidad, haciéndolos funcionar de acuerdo con dos series de indicadores: indicadores de la proporcionalidad, que se inscriben en el corazón de la idea de justicia, e indicadores de la efectividad que fundamentan la utilidad del derecho. (1990, págs. 946 - 966).

Sin embargo, también se han formulado severas críticas a los intentos de colocar a tales principios en una condición de políticamente neutros o pre-políticos, como se interpreta que viene ocurriendo recientemente con un sector de la dogmática penal. El cual, además, los postula de modo fundamentalista demandando que sean asimilados como axiomas determinantes e insoslayables para la configuración y validación de las decisiones de política criminal. En ese sentido Mañalich ha cuestionado el resurgimiento de un principialismo, precisando que este se corresponde con un fetiche o postulado idealista,

según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar “principios de la política criminal”, de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables pueden reclamar legitimidad política. (Mañalich, 2018, pág. 60)

Por nuestro lado preferimos asignarles la denominación de principios reguladores del control penal, en razón de que ellos solo constituyen, desde nuestra perspectiva, reglas de orientación y gestión de las decisiones o acciones de política penal que competen al Estado. En realidad, se trata de políticas en sentido estricto. Esto es, de enunciados programáticos que enmarcan y limitan teleológicamente las decisiones del Estado vinculadas con la criminalización y sanción penal de conductas sociales negativas. Son, por tanto, mecanismos ideológicos y prácticos que permiten controlar al control penal.

Tampoco la clasificación, morfología y enunciación esencial de las reglas y consecuencias atribuidas a estos principios ha sido históricamente uniforme. No obstante, tradicionalmente se ha calificado a los siguientes principios como los más reconocidos e importantes:

- Principio de Legalidad.
- Principio del Bien Jurídico Real.
- Principio de Mínima Intervención.
- Principio de Humanidad.
- Principio de Culpabilidad.
- Principio de Jurisdiccionalidad.
- Principio de Proporcionalidad de las Sanciones.

A lo largo de su proceso de evolución, a todos estos principios reguladores se les ha asignado una misma función de política penal, la cual es orientar las decisiones del legislador o de los órganos competentes del sistema de justicia penal hacia la construcción o afirmación de un modelo de control penal que sea respetuoso de los derechos humanos y que procure la prevención o el tratamiento de los conflictos sociales de criminalidad recurriendo a medios menos dañosos o excluyentes que los castigos penales.

Los más importantes impactos teóricos y prácticos de aquellos principios tuvieron su apogeo legislativo durante el predominio del denominado modelo de intervención mínimo-garantista. Ferrajoli señalaba en torno a ellos lo siguiente:

Un sistema penal está justificado si y únicamente si minimaliza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes. Esto quiere decir, obviamente, que por semejantes fines no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al derecho penal mismo y a sus garantías. Pero también refleja, ciertamente, que el derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. (Ferrajoli, 1986, pág. 45)

No obstante, desde inicios del presente siglo ha sobrevenido una grave crisis funcional y de relativización práctica sobre la utilidad y eficacia de los principios reguladores del control penal. Esta se ha hecho más sensible a partir de la adopción formal y material de los controvertidos modelos securitarios, los que se han consolidado rápidamente como ejes fundamentales de la formulación de las políticas públicas contra la delincuencia (Díez Ripollés, 2005; García-Pablos, 2008).

Al respecto, resulta ilustrativa la reciente experiencia legislativa penal española, la cual viene siendo monitoreada y examinada exhaustivamente por Díez Ripollés. Este autor destaca como rasgo común de las sucesivas transformaciones normativas ocurridas en la última década en el Código Penal español, una escalada represiva y de afectación constante de derechos y garantías fundamentales. Pero, también, la reiterada carencia de una justificación político criminal razonable que explique tales decisiones gubernamentales y su incierta o potencial utilidad. En ese contexto, pues, se pone en evidencia,

que el código penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de las emociones colectivas. Nada que ver con la olvidada consideración de este cuerpo legal como una constitución en negativo, que declara mostrar una estabilidad equivalente a ella a la hora de fijar sus principios y contenidos. (Díez Ripollés, 2015, pág. 10)

Pero también la realidad internacional y nacional ratifican que, en el presente, se ha producido un fortalecimiento político y una exitosa asimilación psicosocial en torno a que “lo penal” debe ser considerado como el remedio necesario e insoslayable que pueden y deben aplicar los Estados frente a la criminalidad y otros conflictos sociales asociados a ella. De allí que, para muchos, resulte de algún modo justificado el que se exaspere el uso de medidas punitivas o se pierda toda racionalidad y control sobre su potencial eficacia, así como sobre sus consecuencias negativas o colaterales. Asimismo, en este tipo de coyuntura y discurso securitarios se hace frecuente el soslayar o desconocer el sentido y significado de los principios limitadores del poder punitivo. Es más, no solo se les desplaza o restringe, sino que se les sustituye sin mayores escrúpulos por otros criterios y prácticas opuestas como aquellas que caracterizan el modelo del giro punitivo (*punitive turn*).

Lamentablemente, todas estas actitudes y excesos suelen obtener una rápida y entusiasta validación entre los colectivos sociales, al apoyarse en una distorsionada y cotidiana cobertura mediática que informa sobre el constante ascenso de la inseguridad ciudadana y de la delincuencia violenta u organizada. Estos mensajes de alarma producen, como explica acertadamente Pozuelo Pérez, una “demanda social de soluciones por parte de las instituciones. Y las soluciones que los poderes públicos proponen se concretan en propuestas de reformas que endurezcan la ley penal” (Pozuelo Pérez, 2013, pág. 86). Según esta autora se gesta y aplica en realidad una política criminal mediática que adopta el siguiente modelo de reproducción:

1. Los operadores políticos introducen en el discurso político la alerta de que existe un aumento preocupante de la delincuencia (sin adjuntar datos que necesariamente lo corroboren o, incluso si los aportan, sean éstos o no fiables).
2. Los medios de comunicación se hacen eco de ese aumento de la delincuencia, incrementando de forma relevante el número de noticias sobre el tema y presentándolas de forma destacada.
3. Los ciudadanos reciben ese mensaje y se aprecia un aumento en su preocupación y miedo hacia el delito; se sienten, asimismo, inseguros, pudiendo generarse también sentimientos de indignación.
4. Los operadores políticos, ante esa preocupación ciudadana, responden a través de reformas legales del Derecho penal de corte más represivo. (Pozuelo Pérez, 2013)

De esa manera se difunde e impone una práctica político penal oportunista de características esencialmente represivas y que lamentablemente se va extendiendo desmesuradamente, bajo el amparo demagógico de una elocuente y atenta, aunque siempre aparente y simbólica, reacción contra la victimización ciudadana. Se logra además internalizar entre la población la falsa imagen de un “diligente”

estilo de gobierno que, en realidad, solamente intenta encubrir otras contingencias propias de las desigualdades sociales y económicas de nuestro tiempo, como el paro globalizado o la protesta colectiva ante la supresión y reducción sistemática de los subsidios previsionales, así como la necesidad estatal de priorizar ajustes financieros. En definitiva, como lo denunció atinadamente Wacquant, concurrimos al desborde y prevalencia de “un innovador modelo neoliberal que busca mantener el empoderamiento del Estado, magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y demandas sociales” (2012, pág. 11).

Es más, para el modelo descrito, el problema criminal y el control penal son reinterpretados como conflictos de gobernanza a los cuales el Estado debe de responder rápida y radicalmente para no ser desbordado o colapsar. En coherencia con ello la ideología que sustenta este tipo de enfoque destaca sin escrúpulos la necesidad estratégica de aplicar “violencia contra violencia”. Lo que justifica el empleo político de todos los medios que sean idóneos y eficaces para “neutralizar al enemigo, disidente o indignado”, alejándose expresamente de todo límite mínimo de racionalidad o proporcionalidad. Esta tendencia ideológica y práctica, según Van Swaaningen, se manifiesta de modo elocuente en el hecho de que

la mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que “el ciudadano siempre tiene la razón”, presupone que el público quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura. Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos” (2012, pág. 270).

Por tanto, se podría concluir sosteniendo que la política penal del tercer milenio se caracteriza por ser una política anti principios.

Ahora bien, en lo que concierne a la eficacia y consecuencias formales de los principios reguladores del control penal, la doctrina especializada los ha integrado en dos grupos y que operan en dos contextos políticos diferentes. Por un lado, están aquellos principios reguladores que inciden fundamentalmente en la toma de decisiones de criminalización primaria. Esto es, en el momento de la selección y priorización de las conductas sociales negativas que deben ser consideradas delictivas. En este bloque se integran los principios de legalidad, bien jurídico real y mínima intervención. Y, por otro lado, se ubican a los principios reguladores que están vinculados con las decisiones referentes a la regulación y aplicación de sanciones. Se trata de aquellos que deben producir impactos sobre el proceso de criminalización secundaria. A este grupo corresponden los principios de humanidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad.

Sobre la potencialidad funcional de todos estos principios, es importante recordar la advertencia pertinente que al respecto formuló Bustos Ramírez, destacando que constituyen siempre el marco axiológico de un *deber ser*. Es decir,

un programa de acción que requiere por ello de sustentación en una realidad concreta, la nuestra, latinoamericana, con el objeto de establecer, sino algo diferente del derecho penal, como dijera Radbruch, por lo menos un *derecho penal*

más humano, de los hombres únicamente y para los hombres [énfasis agregado]. (Bustos, 1992, págs. 164 - 166)

Se trata, por tanto, sólo de exigencias mínimas que deben ser observadas y cumplidas por el Estado y sus diferentes agencias penales cada vez que adopten decisiones de criminalización primaria o secundaria. Su eficacia funcional directa es consecuentemente limitada, aunque ello no impide que también pueden operar políticamente como eficientes indicadores e instrumentos de fiscalización, denuncia y deslegitimación de todas aquellas decisiones arbitrarias que abusen del poder punitivo estatal. El activar esta capacidad contestaria constituye hoy en día un desafío principal y una tarea prioritaria frente al avasallador avance del modelo neoliberal de tolerancia cero y de seguridad ciudadana a cualquier costo. Lo cual ha merecido severos cuestionamientos de Zaffaroni, quien exige que los principios reguladores “sirvan para algo” más que llenar páginas entusiastas en los libros sobre un derecho penal que tiende a ser cada vez más inhumano:

El discurso jurídico-penal liberal y la misma ideología de los Derechos Humanos vienen albergando la contradicción de justificar un hecho de poder y pretender limitarlo desde su legitimación (racionalización legiferante) justificante. Por ello siempre han enunciado las *garantías penales* como *principios* [énfasis agregado] que supuestamente cumple el sistema penal como su operatividad (o que debe cumplir, con lo cual no se preocupan si las cumple o no), cuando la realidad operativa del mismo, en cualquier lugar del planeta, pero especialmente en nuestro margen, los viola a todos... Ha llegado el momento de depurar el discurso de esta contradicción que, al mismo tiempo que lo hace hipócrita - pese a la buena voluntad y a la buena fe de sus sostenedores - tiene por efecto más grave el de impedirle su dinamización y el cumplimiento de una función de tutela efectiva de la dignidad de la persona humana: el discurso jurídico-penal debe planificar las decisiones de las agencias judiciales en forma que éstas traten de extender esos principios hasta las máximas posibilidades de realización que el poder decisorio de esas agencias lo permita y los “standard” de realización así obtenidos y en permanente ampliación inacabada se conviertan en límites máximos a la irracionalidad tolerada (por falta de poder que pueda reducirla aún más) en el ejercicio del poder selectivo (criminalizante) y reactivo (deteriorante y condicionante) de los sistemas penales. (Zaffaroni, 1998, pág. 262)

Efectivamente, el problema y la disfunción política que actualmente experimentan los principios reguladores del control penal no radican en su reconocimiento o formulación normativa, sino, sobre todo, en el valor que a ellos les asigna realmente el Estado y sus agencias, especialmente la judicial. A este nivel, por ejemplo, una evaluación sobre los procesos de producción y aplicación de recientes decisiones de política penal en el Perú demostrarían, al igual que en otros países de la región, la trasgresión sistemática de tales principios (Prado Saldarriaga, 2018, págs. 39 - 51). La realidad impone, pues, la obligación de reconocer que el Sistema Penal y sus principales actores no alcanzan a sentirse controlados o regulados por ellos. Igualmente, que la judicatura suele ser desbordada por el

autoritarismo, la inestabilidad funcional y la dependencia económica, cuando no es neutralizada o distorsionada por la práctica de la corrupción y la infiltración del crimen organizado (Zaffaroni, 2020, págs. 17 - 20).

Así las cosas, surge de modo ineludible una pregunta esencial sobre la utilidad real y factible de los principios reguladores del control penal. La respuesta puede ser múltiple y dependerá del objetivo político, filosófico, jurídico, sociológico, económico o cultural que guíe el análisis y la argumentación sobre tan compleja situación problemática. En lo que a nosotros concierne y como lo habíamos anunciado, nos motiva un interés de política aplicada. Esto es, identificar el uso posible y positivo de tales principios en la decisión e implementación de acciones de gobierno (Franco Corzo, 2014). Lo cual implica interpretar la utilidad y rendimiento de aquellos principios en la construcción e implementación de políticas públicas sobre la criminalidad o en la definición de la agenda política de los gobiernos. Tratar de entenderlos como herramientas de eficacia práctica y dinámica, lo que exige ir más allá de esa comprensión estática e idealista que suele difundir la dogmática penal tradicional bajo la consigna recurrente de “barreras infranqueables”.

Ahora bien, no examinaremos todo el catálogo morfológico de los principios reguladores del control penal. Solo analizaremos aquellos que tienen una relación más directa con los procesos de toma de decisiones que ejercita el Estado y sus órganos competentes. Nos referimos a los Principios de Legalidad y de Mínima Intervención. Y para concretar mejor los alcances de nuestra exposición y evaluación partiremos del marco formal que aquellos tienen en el sistema legal peruano.

De inicio cabe señalar que la Constitución peruana de 1993 incorporó un nutrido bloque de principios reguladores del control penal en sus artículos 1º, 2º, y 139º. Desde este espacio normativo fundamental se marcaron importantes reglas sobre el modelo de producción y difusión social de las decisiones de naturaleza penal. Asimismo, se regularon un conjunto de garantías a favor del ciudadano que debía de enfrentar la aplicación concreta de procesos de criminalización secundaria. También se incluyeron algunos procedimientos y organismos públicos con importantes competencias funcionales para la fiscalización e interdicción de las decisiones penales que trasgredieran tales reglas o garantías. Adicionalmente, como refuerzo y complemento de este bloque de constitucionalidad penal, a través de su artículo 3º y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, la Ley Fundamental peruana declaró la eficacia interna de otros principios y reglas contenidos en instrumentos internacionales y regionales (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993). Por esa vía se asimilaron aquellos principios regulados por los artículos 6º, 7º, 9º, 10º, 14º y 15º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y los contenidos en los artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los principios reguladores del control penal también fueron considerados en los títulos preliminares de los Códigos Penal (Decreto Legislativo 635) y de Ejecución Penal de 1991 (Decreto Legislativo 654). Posteriormente también fueron reproducidos en el Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo 957) y en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes de 2017 (Decreto Legislativo

1348). Una característica común a todas estas disposiciones legales fue que ellas se elaboraron y aprobaron sin un debate parlamentario previo. En efecto, todos los textos normativos mencionados fueron redactados y aprobados por el Poder Ejecutivo mediante facultades delegadas por el Poder Legislativo. Su origen normativo fue una excepción a las reglas ordinarias sobre elaboración de leyes establecidas en los artículos 107 a 109 de la Constitución (1993).

2. Principio de Legalidad y la Producción de Leyes Penales

Guardan relación con el principio de legalidad los literales a), b) y d) del inciso 24º del artículo 2º de la Constitución de 1993. Asimismo, el inciso 9º del artículo 139º y el párrafo segundo del artículo 103º (Constitución, 1993). En el Código Penal los artículos II, III y VI del Título Preliminar también se refieren a este principio y a sus efectos (Código Penal, 1991).

El enunciado formal e histórico del principio de legalidad destaca que la única metodología y herramienta que tiene el Estado para criminalizar conductas es la ley o aquellas normas excepcionalmente equivalentes como los decretos legislativos y los decretos de urgencia. De igual forma se declara que la publicidad de la ley constituye la única vía legítima de comunicación social de toda decisión criminalizadora.

Los penalistas tradicionalmente han definido y sintetizado la eficacia del principio de legalidad declarando que no hay delitos y no hay penas sin una ley previa que los identifique como tales. Por consiguiente, que él constituye un límite jurídico importante y una regla de validez para todo acto de poder estatal que tenga conexión con el ámbito de lo punitivo. Asimismo, que dicho principio es una garantía para la libertad personal y política de los ciudadanos, por lo que toda ley de naturaleza penal debe ser lo suficientemente clara y precisa al momento de identificar la conducta criminalizada y su correspondiente consecuencia punitiva. Que lograr esa certeza legal acerca de lo delictivo y punible impedirá toda arbitrariedad o abuso en el ejercicio estatal del control penal (Salazar, 2012, págs. 231 - 264).

Sin embargo, desde una óptica de política aplicada, el principio de legalidad adquiere una utilidad diferente que se relaciona con la modalidad y calidad del proceso legislativo a través del cual se formaliza y socializa una decisión criminalizadora. Sus efectos en este dominio son esencialmente dos. Primero, el radicar en el Poder Legislativo como representación de la voluntad popular la competencia de seleccionar y decidir sobre lo criminalizable. Segundo, asegurar que el procedimiento de elaboración de leyes penales sea técnicamente consistente, políticamente justificado y socialmente transparente. Por consiguiente, se trata de un principio regulador que debe interferir en todo el proceso de producción de leyes orientando su oportunidad, racionalidad y eficacia. De allí lo pertinente del interés actual por indagar y cuestionar todo lo concerniente a las características de las prácticas y modelos de producir leyes penales. Esto es, por poner en evidencia cómo surge la necesidad de criminalizar una conducta y por dar a conocer como se procesa políticamente esa necesidad. Asimismo, por examinar la consistencia

de los criterios técnicos y del análisis de costo beneficio que sustentan la decisión legislativa adoptada. Pero también por medir y evaluar la eficacia y eficiencia de la ley penal promulgada a través del monitoreo de sus impactos sociales.

En este dominio son un importante referente los aportes brindados por Díez Ripollés a través de sus estudios sobre “un modelo de legislación que, entendiendo a ésta como un proceso de decisión, la aproxime a la teoría de la decisión racional” (2013, pág. 194). Así como por Rodríguez Fernández, quien además denuncia que

En lo que se refiere al ámbito de las normas penales se puede hablar igualmente de una tradición legislativa alejada de la cultura evaluativa, pero también, más actualmente, de una escasa voluntad política de aplicar los incipientes instrumentos evaluativos con los que cuenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico. (2016, pág. 139)

A ellos hay que agregar el enfoque económico de costo beneficio propuesto por Ortiz de Urbina, quien, por lo demás, esclarece con convicción que la aplicación de esta metodología,

No pretende sustituir o disminuir el papel de la axiología en el discurso político-criminal, sino mostrar las verdaderas consecuencias de la aprobación de normas y de su aplicación, así como las oportunidades perdidas por dejar de aprobar y aplicar otras alternativas. Una contribución secundaria en comparación con otro tipo de consideraciones y, sin embargo, imprescindible para conseguir una política criminal racional. (2016, pág. 105)

Cabe agregar también dentro de esta misma tendencia otros estudios pioneros, como aquellos que demostraron las disfunciones negativas de los frecuentes procesos de recepción acrítica y mecánica del derecho extranjero realizados por Hurtado Pozo. Este autor nacional criticó que el

no adaptar a nuestra realidad las disposiciones que recepciona el legislador establece un obstáculo insuperable para su asimilación. No basta un conocimiento cabal de los alcances y fines de la norma importada, ya que ella resulta inoperante en el medio en que se va a aplicar. Dicho conocimiento permitirá, en el mejor de los casos, tener conciencia de por qué no se puede aplicar. De esta manera, las disposiciones recepcionadas asumen el rol de discurso enmascarador de una realidad muchas veces de contradicción a la normativamente estatuida. (Hurtado Pozo, 1979, págs. 126 - 127)

En un contexto más general son también de considerar los trabajos desarrollados por Arias-Schreiber Barba, Peña Jumpa y Valdivieso Serrano sobre la utilidad de las técnicas de evaluación legislativa:

Para mejorar sistemáticamente la calidad de la legislación en el Perú no basta conocer y aplicar en forma institucionalizada los métodos de efectividad legal y en

particular de evaluación de impactos regulatorios internacionalmente en vigor. Sino emprender esfuerzos propios y sostenidos de investigación y desarrollo de sus instrumentos adecuándolos a la realidad de la cultura legal y del ciclo legislativo en nuestro país. (Arias-Schreiber, Valdivieso, & Peña, 2019, pág. 313)

En consecuencia, pues, como se había mencionado anteriormente, el espacio renovado de utilidad que actualmente ofrece el principio de legalidad para la construcción y consolidación de lo que con acierto se ha denominado una “nueva política criminal” o una “política criminal aplicada”, se relaciona, sobre todo, con la optimización técnica y con la supervisión democrática del ciclo de producción de leyes penales. Esto es, con la necesidad de repasar y evaluar la coherencia, consistencia o racionalidad del proceso político que conduce funcionalmente a la elaboración y aprobación de leyes penales, sea que estas últimas estén vinculadas con la creación de nuevos delitos o con reformas y modificaciones puntuales en las instituciones generales del Derecho Penal positivo.

3. Principio de Mínima Intervención y Estrategias de Autorregulación

Muy ligado al clásico principio de legalidad, la literatura especializada ha colocado siempre al *principio de mínima intervención*. El que también ha recibido otras denominaciones similares como las de *principio de subsidiaridad* o *principio de la última ratio*. Cabe precisar que este principio no cuenta con una regulación expresa en el Código Penal peruano de 1991. No obstante, este si fue incluido, conjuntamente con el principio de lesividad, en el artículo VII del Título Preliminar del Proyecto oficial de 2016, con la siguiente redacción:

La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por la ley. *La Ley penal sólo se aplica frente a conductas lesivas contra bienes jurídicos merecedores de protección penal y en defecto de otros medios de control extrapenales más idóneos y eficaces* [énfasis agregado]. (Código Penal, 1991)

En lo esencial, la dogmática penal tradicional ha precisado que el efecto fundamental de este principio está asociado a la obligación del Estado de relegar los procesos de criminalización, para, en cambio, privilegiar y priorizar el empleo de otros medios o medidas no penales en la protección de los bienes jurídicos. En ese sentido Roxin, por ejemplo, destacó que “el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema” (1997, pág. 65). Sin embargo, en las dos últimas décadas se ha puesto de manifiesto una tendencia distinta que cuestiona la consistencia histórica de la formulación del principio de ultima ratio, pues, como advierte Schünemann “lo que sigue concretamente de esta, en apariencia convincente, fórmula apenas ha sido investigado hasta hoy en su mayor parte; y en la medida en que se han intentado derivar de aquélla consecuencias concretas, estas han sido sumamente controversiales” (2012, págs. 66 - 67). Este tipo de observaciones se han multiplicado en el presente precisando que el principio de mínima intervención o de última

ratio, estaría partiendo de la falsa premisa de que siempre el Derecho Penal es innecesario o que, por el contrario, sólo en ciertos supuestos es siempre necesario e infalible. Asimismo, se ha puesto en evidencia que la prevención y el control del mayor número de las conductas actualmente criminalizadas requieren ineludiblemente de un efecto psicosocial disuasivo que sólo posee el Derecho Penal. Por último, también se ha sostenido que los pretendidos medios alternativos o de *prima ratio* son mayormente ineficaces, sumamente costosos o generan diversos daños colaterales (medidas de autoprotección o de prevención técnica) (Woblers, 2012, págs. 109 - 112).

Todas estas revisiones del principio de mínima intervención han debilitado su utilidad político criminal o han validado indirectamente la necesidad de recurrir a los instrumentos punitivos. Es por ello que algunos autores como Díez Ripollés han sostenido que

El principio de mínima intervención *precisa de una renovación y profundización conceptuales* [énfasis agregado], en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control" (2013, pág. 20)

Otros, en cambio, se han mostrado más pesimistas como Woblers, quien se pregunta si a fin de cuentas la subsidiaridad del Derecho Penal sólo es una ilusión o un principio rector fracasado, pues es esta

la impresión que se impone especialmente cuando se tiene presente que el mismo legislador parece contemplar al Derecho penal menos como *ultima ratio* que como una *prima ratio* mediante cuyo uso se han de dirigir los desarrollos sociales y corregir los desarrollos equivocados. (Woblers, 2012, págs. 112 - 113)

Pero al margen de los debates y dilemas actuales sobre la utilidad y trascendencia contemporánea del principio de mínima intervención, no cabe duda de que sus enunciados esenciales resultan desubicados y en muchos aspectos inviables para las características y modelos de control penal que predominan en el siglo XXI. Esto es, para un contexto político-criminal cargado de procesos continuos de criminalización, sobrecriminalización y neocriminalización. Los cuales, además, por sus notables capacidades comunicativas y expresivas se constituyen en "fortalezas" que posibilitan a los Estados "gobernar a través del delito" y consolidar con escasos contrapesos un "gobierno de la penalidad", según las atinadas tipologías aportadas por Simon (2011) y Brandariz (2014).

En efecto, frente al impacto psicosocial que producen manifestaciones delictivas que suscitan sensible conmoción social o victimización, como las vinculadas con la alta corrupción y la violencia de género, los discursos o la praxis de la

subsidiaridad penal son desplazados por abiertas actitudes vindicativas y retribucionistas. Como señala Prieto del Pino “cuanto mayor sea el daño social que irroge una conducta, mayores costes estará dispuesta a asumir la sociedad para combatirla” (2016, pág. 305). Lo cual favorece que el Estado decida dar prioridad a lo que Hörnle identifica como la “relevancia simbólica” de “una norma de prohibición penal” (2012, págs. 87 - 88).

En atención a lo antes expuesto, resulta evidente que el espacio operativo del principio de mínima intervención es en la actualidad muy reducido y residual. Tal vez su principal relevancia práctica se manifieste y conserve para aquellos casos donde el actor u operador del control penal debe de evaluar o decidir sobre el rendimiento potencial y el uso de nuevas estrategias e instrumentos de prevención delictiva, como, por ejemplo, aquellos que se diseñan a partir de experiencias o prácticas corporativas de autorregulación y gestión de riesgos. Efectivamente, esta utilidad renovada del principio de subsidiaridad o de ultima ratio es la que ha servido para dar prioridad a la incorporación e implementación de programas de cumplimiento (*Compliance*) o de Protocolos de integridad antisoborno como la primera línea de contención e interdicción de modalidades de criminalidad empresarial, organizada o de corrupción administrativa. Efectivamente, en los últimos diez años, este tipo de programas preventivos y de naturaleza extra penal o parapenal han demostrado poseer notable eficacia y eficiencia frente a la incursión de nuevos y sofisticados delitos como el lavado de activos, la financiación del terrorismo o el financiamiento prohibido de organizaciones políticas. Además, como destaca Sieber, ellos han sido fortalecidos con la imposición estatal y periódica de estándares de supervisión y acreditación que les han otorgado un status de mecanismos de “autorregulación regulada” mucho más confiables (2011, págs. 235 - 237).

4. A Modo de Conclusión

Es indudable que el poder punitivo del Estado en la actualidad se caracteriza por promover el diseño y la implementación de abiertas políticas y prácticas de sensible rigorismo. En ese contexto, los procesos de criminalización y sobrecriminalización se hacen cada vez más frecuentes e intensos, relegando u obstruyendo cualquier cuota de clemencia para con los “otros” delincuentes. Como advierte Zaffaroni, en el presente concurrimos a un proceso más sofisticado y menos maquillado donde “el derecho penal inhumano opera mediante la constante fabricación de *otros enemigos*” (2017, pág. 93). Las otrora “barreras infranqueables” de los principios limitadores de ius puniendi, como el principio de legalidad o el principio de mínima intervención, tienden a debilitarse, perder credibilidad y soslayarse continuamente.

Lamentablemente, esa descontrolada actitud y predisposición represiva que exhibe el sistema penal de nuestro tiempo, también ha repercutido sobre las reformas ocurridas recientemente en el derecho positivo nacional. Efectivamente, se han sucedido continuas modificaciones dirigidas a la creación de nuevos delitos y a la agravación de las penas para muchos de los ya existentes. Paralelamente,

la utilización extensiva y desmedida de penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua sin posibilidades de excarcelación anticipada han potenciado las tradicionales cuotas de sobrepoblación y hacinamiento que caracterizan a los centros penitenciarios del país. Es más, en los última décadas se ha hecho evidente que el Estado peruano tiende a “gobernar a través del delito”, según el modelo explicado por Simon (2011).

Por consiguiente, pues, urge recuperar y renovar la utilidad de los principios reguladores del control penal, colocando sus premisas y enunciados como instrumentos activos de supervisión y validación no sólo de los resultados legislativos sino de los procesos mismos de producción legislativa. Esto es, que ellos acompañen y se entrecrucen por todos los espacios del proceso de la toma de decisiones de política penal. Sobre todo, que orienten y exijan que las mismas cuenten con argumentos racionales, a la vez que con un solvente respaldo empírico que justifiquen y transparenten su necesidad y utilidad. En definitiva, pues, hay que volver a releer o reescribir los contenidos de los principios de legalidad y mínima intervención, para rescatar de ellos lo que realmente pueden aportar para una nueva humanización del sistema penal. Algo que siempre promovió Felipe Villavicencio Terreros a través de su fecunda actividad académica y docente.

REFERENCIAS

- Arias-Schreiber, F., Valdivieso, L., & Peña, A. (2019). *La evaluación de las leyes en el Perú. El análisis costo-beneficio en el Congreso de la república*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Brandariz, J. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- Bustos, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos, J. (1992). Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. *Nuevo Foro Penal*(55).
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993). [Constitución]. (Perú).
- Delmas-Marty, M. (1990). A favor de unos principios orientadores de legislación penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(3).
- Díez Ripollés, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 - 01. Obtenido de <https://goo.gl/T75Q9d>
- Díez Ripollés, J. L. (2013). La contextualización del bien jurídico. En *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2013). La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. En *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2015). *Delitos y penas en España*. Madrid: Catarata.
- Ferrajoli, L. (1986). El derecho penal mínimo. *Poder y Control*(0).
- Franco Corzo, J. (22 de septiembre de 2014). *¿Qué son las políticas públicas?* Obtenido de IEXE. Escuela de Políticas Públicas: http://www.iexe.edu.mx/iexe_login
- García-Pablos, A. (2008). *Criminología*. Lima: Fondo Editorial del Instituto peruano de criminología y ciencias penales.
- Hörnle, T. (2012). Subsidiaridad como principio limitador. Autoprotección. En R. Robles, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Hurtado Pozo, J. (1979). *Hurtado Pozo, J, La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Centro de estudios Derecho y Sociedad.
- Mañalich, J. P. (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*(29). Obtenido de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/52223>
- Ortiz de Urbina, G. (2016). La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Pozuelo Pérez, L. (2013). *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costos*. Madrid: Marcial Pons.

- Prado Saldarriaga, V. R. (1991). Constitución, Derecho y principios penales. *Derecho PUCP* (43-44), 265-281.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Prieto del Pino, A. (2016). Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Fernández, S. (2016). Evaluación legislativa en España: Su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Salazar, N. (2012). Bases constitucionales del principio de legalidad penal. En J. Urquino, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal*. Lima: Idemsa.
- Sánchez Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, última ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho. En R. Robles, *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Sieber, U. (2011). Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. En M. Abanto, N. Salazar, & J. Urquiza, *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal del Derecho penal económico y política criminal* (Vol. I). Lima: Fondo editorial de la Universidad San Martín de Porres.
- Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.
- Terradillos Basoco, J. (2012). Garantías Penales. Algunas observaciones desde el modelo español. En J. Urquiza, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal* (págs. 273 - 289). Lima: Idemsa.
- Urquiza, J. (2012). Estado constitucional de derecho y derecho penal. En J. Urquiza, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal* (págs. 291 - 313). Lima: Idemsa.
- Van Swaaningen, R. (2012). Revirtiendo el giro punitivo. *Revista Derecho Penal*, 1(1).
- Velásquez Velásquez, F. (1988). Normas rectoras del proyecto de código penal peruano de 1986. *Anuario de Derecho Penal*.
- Von Hirsh, A. (2012). Introducción ¿Qué son los mediating principles? En R. Robles, *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (págs. 55 - 61). Barcelona: Atelier.
- Wacquant, L. (2012). Forjando o Estado neoliberal: Trabalho social, regime prisional y insegurança social. En L. Wacquant, *E a questao penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan.
- Woblers, W. (2012). Derecho penal como ultima ratio. Principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido

- expresivo propio. En R. Robles, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática Jurídico-Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Derecho, derecho penal humano y poder financiero. Conferencias de Guatemala*. Rosario-Santa Fe: Remanso Editor.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Penas ilícitas: Undesafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2001). *Política criminal*. Madrid: Cóllex.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2019). Dogmática funcionalista y política criminal: Una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*.