

El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo



Julio-César Montañaez-Ruiz*

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

Fecha de recepción: 12 de agosto de 2009

Fecha de aprobación: 25 de marzo de 2010

“The main determinants of criminalization continue to be political opportunism and power, both linked to the prevailing political culture of the country. The contours of the criminal law are not given but politically contingent”.¹

RESUMEN

Hoy en día el debate sobre la pregunta de cuáles conflictos sociales deben ser castigados desde la óptica de la política criminal aún continúa. La batalla para imponer un particular discurso de criminalidad está relacionada con el hecho de que el marco de la criminalización depende del legislador que refleja la expansión punitiva. El propósito de este artículo es discutir sobre la lucha entre modelos de criminalización, los cuales, de una parte, tienden a la aplicación del sistema criminal persiguiendo a la criminalidad de las clases poderosas y, de otra, buscan el criterio de intervención mínima para prevenir la excesiva intervención del derecho penal.

Para citar este artículo: Montañaez-Ruiz, Julio-César, “El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(1), pp. 285-304.



* Abogado de la Universidad del Rosario con Especialización en Derecho Penal de la misma Universidad. Profesor Asistente de las materias: Teoría del delito y de la Pena; Derecho Penal General, Derecho Penal Especial y Derecho Procesal Penal en la Universidad del Rosario. Adscrito al Grupo de Investigación: Problemas Actuales del Derecho Penal de la Universidad del Rosario, Candidato a Magíster en Derecho Procesal Penal, Universidades Sergio Arboleda y Jaume I de Castellón (España). Correo electrónico: mrjulioceasar85@gmail.com.

¹ Ashworth, Andrew. *Principles of criminal law*. 5ª Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 52.

Palabras clave: política criminal, criminalidad de los poderosos, derecho penal mínimo.

The Debate Over The Expansion of Criminal Law: Between Punishing The Upper Classes v. Avoiding Excessive application of the Law

ABSTRACT

The public debate on the question of: which social conflicts should be punished from a perspective of criminal policy, still continues. The attempts to impose criminality on particular acts come within a framework by which criminalization is determined by legislators who reflect punitive expansion. The objective of this paper is to discuss the struggle between criminalization models which options, on one hand, tend to the enforcement through the criminal system by persecuting criminality of powerful, and on the other hand, seek standards of minimum intervention so as to avoid excessive application of criminal law.

Key words: criminal policy, criminality of powerful, minimum criminal law.

1. EL ORIGEN DEL DEBATE EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Con el presente escrito propongo una introducción al debate que busca esbozar una nueva concepción de la expansión del derecho penal, toda vez que parte del hecho de que la reducción punitiva parece tener cabida sólo teóricamente. En este nuevo contexto y teniendo en cuenta que no se pone en práctica la reducción de la intervención punitiva, se propone el debate entre el cambio de paradigma represivo, reenfocándolo hacia la criminalidad de los poderosos y la intervención mínima que busca una intervención respecto de las conductas que afectan de manera más grave la sociedad.

Antes de presentar el debate político criminal existente en la actualidad del derecho penal es necesario hacer una breve referencia a lo que se entiende por política criminal en estricto sentido:

La política criminal va a estar necesariamente determinada hacia la concreción de la finalidad y la función de la justicia criminal, a su consecuente modelo fundamental de regulación y decisión. Entonces, a partir de su estructuración y puesta en práctica basada en su función, estará sometida a la constante revisión en cuanto se vea la posibilidad de su mejora. Bajo estos parámetros, se le impone a la política criminal la especial tarea de estar

revisando el terreno penal y, llegado el caso, de reformar la operatividad y efectividad de las sanciones penales.²

Así, la discusión actualmente se encuentra planteada por dos propuestas político-criminales y por ende con diversas concepciones respecto de la función del derecho penal. Una, representada por quienes consideran dañina³ la intervención penal,⁴ pues, según ellos, no soluciona los problemas y por ende consideran que su intervención debe ser mínima.⁵ La otra, por quienes piensan que es en materia del derecho penal en donde se puede encontrar la forma de equilibrar ciertas desigualdades estructurales del sistema y por lo tanto consideran que la intervención punitiva se debe dar allí donde su presencia había sido nula.⁶

2. ¿DOS INTERPRETACIONES ANTAGÓNICAS DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA?

La criminología crítica basada en los estudios de los ingleses Taylor y Walton comenzó a cuestionar los modelos tanto deterministas como los que atribuían los delitos a una escasa socialización, para entender que el



² Zipf, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Ed. C.F. Müller, München, 1979, pp. 3-4; en sentido similar: Binder, Mario Alberto. *Política Criminal de la Función a la praxis*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 27 y ss.; en sentido análogo: Roxin, Claus. "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito". En: *Derecho penal*. Parte General, Tomo I. Civitas, Madrid, 1997, p. 217. "Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal"; en sentido similar también: Silva Sánchez, Jesús María. *Política criminal y persona*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 23. "Por otro lado, un Derecho penal concreto (con su regulación legal y también con su reconstrucción dogmática y aplicación práctica) es expresión de una determinada orientación político-criminal dentro de la línea general acogida".

³ Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. 8ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires- México D.F. 2004, pp. 209 y ss.

⁴ Martínez Sánchez, Mauricio. *Estado de Derecho y política criminal*. Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá 1995, p. 37. "(...) investigaciones han demostrado que la creación desenfundada de normas penales sin comprobar sus efectos prácticos –pues el mismo Estado reconoce que el aumento de la criminalidad es vertiginoso– ha servido solo para pervertir el sistema de garantías propio de un Estado de derecho".

⁵ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal*. Ed. Temis, Bogotá, 2006, p. 4. "Garantismo" y "derecho penal mínimo" son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiénola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona"; en sentido crítico: Díez Ripolles, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 101-102, refiriéndose al galantismo dice: "Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables lo ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales (...) Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente, ha permitido que su discurso político criminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo".

⁶ Portilla Contreras, Guillermo. "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos". En: *Estudios de filosofía del derecho penal*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 530. "Son precisamente criterios penales los que en el seno de una política social incrementan el proceso de legitimación democrática política (clave del Estado redistributivo), en el que las libertades de los productores, como respuesta a los intereses de las minorías, subordinan las libertades de los consumidores, reduciéndolas exclusivamente a los derechos formales y, sin embargo, y al mismo tiempo, genera la conciencia general-social del goce de las libertades en clave de igualdad".

fenómeno podía tener orígenes más complejos, puesto que se incluían variables económicas, sociológicas, políticas y culturales. En virtud de ello se les criticó por no aportar una explicación al comportamiento delictivo y más bien servirse de los aportes de la teoría de la anomia y de la perspectiva del etiquetamiento. Pese a estas críticas, su aporte puede verse en la incorporación de la economía política como factor de análisis del fenómeno criminal.⁷

En este entendido, los autores postulaban una criminología consciente de su evolución en cuanto trasegar histórico de diferentes escuelas, para que al tanto de ello pudieran volver a introducir los criterios políticos en el análisis de lo que antes se llegó a estudiar como una simple técnica, retomando el análisis de fondo del asunto, que implicaba el entendimiento de la sociedad como un todo interrelacionado.

Lo novedoso de su discurso no estaría mediado por el objeto del conocimiento, pues éste ha sido la constante de múltiples reflexiones de antiguos teóricos sociales, sino en su propuesta de una verdadera economía política de la acción delictiva y la consiguiente reacción que engendra, pues esta nueva visión les da una perspectiva social más amplia, en cuanto les da una variable interdisciplinar que los aleja de los reiterados y, según su parecer, miopes análisis que les precedieron. De esta forma propugnaron una nueva criminología que se alejaba de los que ellos consideraban paupérrimos análisis de criminólogos anteriores, pues el nuevo análisis incluía las diversas variables con que cuenta la sociedad para hacer verdaderos e incluyentes análisis estructurales.⁸

Al presentar este debate, mediante las antinómicas posturas político-criminales, lo hago consciente de que cada una de ellas se encuentra representada por diversos matices que de una u otra forma se constituyen en las distintas evoluciones de las consiguientes argumentaciones, lo que se devela en las disímiles conclusiones a las que llegan los doctrinantes representantes de una u otra propuesta; la interpretación en Colombia del debate se da tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, como se verá *infra*.

3. EL PLANTEAMIENTO DEL DEBATE EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Así, cabe comenzar con el análisis de la expansión hacia la criminalidad de clase alta, que se encuentra representada por quienes propenden



⁷ Larrauri, Elena & Moliné, José Cid. *Teorías criminológicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 226-227.

⁸ Taylor, Ian; Walton, Paul & Young, Jock. *La nueva criminología*. Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1990, pp. 294 y ss.

a la modernización⁹ del derecho penal, basados en investigaciones como las realizadas por el profesor norteamericano Sutherland sobre el delito de cuello blanco, que definía de manera lacónica así: “[...] es el crimen cometido por una persona de respetabilidad y de clase social alta, en el curso de sus ocupaciones”.¹⁰ De esta forma, Sutherland develaba la criminalidad más peligrosa para la sociedad, y sin lugar a dudas esbozaba un sendero que iba a ser reconocido por diversos estudiosos del Derecho penal.¹¹

La intervención en contra de esta criminalidad, se traduciría en la expansión del derecho Penal, puesto que resulta obsoleto un sistema punitivo que pretenda confrontar la criminalidad coetánea con un modelo represivo decimonónico, ya que un sistema de derecho penal integrado y coherente debe buscar una respuesta consecuente con el modelo de Estado que postula.

Acuñando esta postura, encontramos principalmente a autores tales como: Schünemann en Alemania, quien a la cabeza de la Escuela de München ha postulado en varias conferencias¹² el tema de propender hacia una criminalización ascendente, esto es, del derecho penal de la clase baja a la clase alta, puesto que considera que es la única forma de adaptación a la contemporaneidad; de lo contrario, el aparato represor no respondería verdaderamente a las actuaciones que afectan de manera más perniciosa la sociedad.¹³

Se explicita en los textos de Schünemann la asunción de posturas funcionalistas que posibilitan la adaptación de los instrumentos jurídico-penales a postulados político criminales,¹⁴ en la medida en que es considerado



⁹ Sotelo Ignacio citado por: Gracia Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 43-44, quien sobre este concepto manifiesta: “(...) el adjetivo moderno surge justamente cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy, el que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que torna con ello el cariz de lo ya superado, la aparición de este neologismo implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que fue ya no es, vienen tiempos nuevos” en sentido contrario: Hassemmer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 16, en donde dice: “Dicho fenómeno podríamos denominarlo aquí «Dialéctica de lo Moderno», queriendo decir con ello que el Derecho penal moderno ha llegado a un punto en el que se ha convertido en contraproducente y anacrónico”.

¹⁰ Sutherland, Edwin. *White collar crime* [the uncut version]. Yale university press, new haven and London, 1983, p. 7. «White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation».

¹¹ Schünemann, Bernd. “Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?” En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

¹² Han sido compendiadas en la obra: Schünemann, B. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

¹³ Schünemann, Bernd, 2002, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁴ Binder, Mario Alberto. *op. cit.*, p. 27. “El carácter instrumental del Derecho penal es una de sus características primordiales. Esto quiere decir, que el derecho sirve de instrumento para darle concreción a determinadas finalidades que se buscan con el ordenamiento jurídico. Por ende el ordenamiento jurídico penal y el conocimiento que se encarga de estudiarlo y sistematizarlo van a ser precisamente la concreción de las finalidades que denota lo que vamos a llamar “política criminal”. “La política criminal es la que va

necesario en la sociedad actual; Shüenmann entiende que efectivamente el derecho penal debe responder a la protección de bienes jurídicos colectivos, pero no sólo desde su configuración en la parte especial, sino desde su interpretación tanto inmanente como crítica.¹⁵

Aunándose a esta postura en España está Gracia Martín principalmente, quien en su obra: *Prolegómenos para la lucha por la modernización¹⁶ y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* aboga por la tesis antedicha, pero además fundamenta el cambio de paradigma en el análisis del comprometido principio de legalidad, anejo a los argumentos primordialmente de Foucault.¹⁷ Gracia Martín utiliza esta teoría como referente para esbozar toda una teoría en derredor del concepto de cientificidad del derecho penal, basado en que para la consecución de contenidos de verdad se requiere una voluntad de verdad, que en todo caso va a estar determinada por la correspondencia con los contenidos materiales propios del orden social, esto es, mediante una referencia expresa a las exigencias materiales de la sociedad cambiante.¹⁸

En este sentido, Gracia Martín entiende la modernización del derecho penal como la lucha por el discurso material de criminalidad, esto es, la finalidad de buscar incluir bajo la óptica criminalizadora de la política criminal toda la criminalidad de las clases poderosas que ellas mismas han mantenido alejada de dicha criminalización. Esto es así en la medida en que esta clase –según Gracia– ha detentado desde antaño el principio de legalidad y lo ha sabido utilizar como su instrumento de poder al poner la óptica criminalizadora sobre algunos comportamientos sociales: entiéndanse los casos de delitos contra la propiedad privada primordialmente,

a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos”; en sentido crítico de esta postura: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. 6ª Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 472. “Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de *política criminal*”.

¹⁵ Schünemann, Bernd. *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 21-25.

¹⁶ En este sentido: Diez Ripolles, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, reconoce la debilidad de la postura liberal clásica en estos términos: “También conviene ser conscientes de las escasas aportaciones que el pensamiento garantista convencional, atrapado en actitudes principialistas, viene realizando a la acomodación de la intervención penal a los nuevos problemas y necesidades sociales”.

¹⁷ Foucault, Michel. *L'ordre du discours*. Ed. Gallimard, París 1971, pp. 20-21, en donde resalta: “je pense encore à la manière dont un ensemble aussi prescriptif que le système pénal a cherché ses assises ou sa justification, d'abord, bien sur, dans une théorie du droit, puis à partir du XIXe siècle dans un savoir sociologique, psychologique, médical, psychiatrique: comme si la parole même de la loi ne pouvait plus être autorisée, dans notre société, que par un discours de vérité”.

¹⁸ García Martín, Luis. *op.cit.*, pp. 32, 52, 197-200.

que son la bagatela que pulula, y simultáneamente ha logrado autoexcluir los delitos propios de su clase del discurso de criminalidad, lo que a su vez se ha traducido en el principio de legalidad imperante.¹⁹

En un sentido crítico se pronuncia Paredes Castañón, quien se aúna a los postulados modernizadores pero quien manifiesta que aún no se han esgrimido argumentos verdaderamente contundentes para materializar esa política criminal tan deseable, pero lamentablemente tan esquivada.²⁰

La postura contraria (anti-expansionista) señala que los defensores de la modernización y expansión parecen olvidar la fundamentación de una tal intervención, y caerían en una petición de principio al no lograr fundamentar dicha postura, más con argumentos que no dicen nada sobre su efectividad a la hora de una intervención penal y que en cambio se encargan de poner de presente una situación crítica que no se desconoce pero que tampoco en virtud de ella se puede propender hacia una intervención punitiva. Esto es precisamente lo que les conduce a pensar que los críticos del derecho penal del riesgo no toman suficientemente en serio la amenaza contra el planeta.²¹

Se critica la argumentación de Schünemann en cuanto la consideran persuasiva por sus vehementes ataques lingüísticos que, a la postre, resultan altamente retóricos y que siempre terminan poniendo de presente la situación de que necesariamente a la hora de tomar una decisión se va a optar por uno de dos caminos, a saber: la satisfacción del hombre egoísta coetáneo, o velar por los intereses de las generaciones futuras, a lo cual Prittwitz responde con absoluta convicción que no puede ser otra la decisión que por la primera.²²

Otra vertiente del anti-expansionismo podemos llamarla “derecho penal mínimo”, y viene encabezada de manera preponderante por Luigi Ferrajoli, en Italia, quien de manera muy descriptiva ha dicho: “Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los ‘bienes’ penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica”.²³



¹⁹ Binder, Mario Alberto. *op. cit.* p. 31, en donde afirma: “Deben tener claro, pues, que es la política criminal la que “decide” llamar “crímenes”, en sentido amplio, a algunos de los conflictos sociales que se presentan. Por ello siempre existirán diferencias de criterio, tanto en sentido sincrónico –entre unas y otras sociedades en el mismo momento–, como diacrónico –entre uno y otro momento de una misma sociedad–. Esto demuestra el carácter “político” de la definición del delito, al igual que su esencial relatividad”.

²⁰ Paredes Castañón, José Manuel [Recensión] *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. En: *Revista Electrónica Política Criminal*, núm. 2. R7. Universidad de Talca, Talca, 2006, p. 1-27.

²¹ Prittwitz, Cornelius. “Sociedad del riesgo y Derecho penal”. En: *Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Homenaje a Manuel de Rivacobay Rivacoba. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.159.

²² *Ibid.*, pp.160.

²³ Ferrajoli, Luigi 2004 *op.cit.*, p. 477.

Ferrajoli considera entonces que un objeto se llegaría a considerar como un bien jurídico cuando se pueda justificar su tutela penal y que *a fortiori* el valor que se busque proteger con la intervención jurídico penal sea de mayor valía que aquellos que no se consideren merecedores de la intervención penal. En ese entendido, bajo una visión utilitarista, su concepto del bien jurídico no sería sustancialmente diferente de los fines del derecho penal. Se entendería como la esencia misma de la justificación del derecho penal, ya no desde la óptica de las consecuencias negativas de la pena sino desde los beneficios que busca conseguir.²⁴

Así, lo que se podría considerar como fundamento necesario de la legitimidad sustancial del ordenamiento, ya no estaría dado por un consenso mayoritario sino más bien por una posibilidad de verificar las decisiones bajo el respeto de las garantías penales, lo que permite una refutabilidad en caso de desconocerlas; con lo cual se alude al principio sobre el cual se erige el derecho penal por antonomasia: principio de legalidad.²⁵

Diez Ripolles hace una severa crítica al derecho penal mínimo, incluso siendo un abanderado de esa escuela. Afirma que no se puede desconocer como uno de los postulados fundamentales del derecho penal mínimo el de ser un derecho principalista, con lo cual se evidencia su consecuente abandono de realidades palmarias del delito y del delincuente, en aras del acrítico mantenimiento en sede de principios.²⁶

Portilla Contreras propende hacia una reinterpretación y nueva fundamentación del derecho penal mínimo, lo cual no quiere decir que se busque un abandono de los derechos sociales, sino por el contrario su protección en virtud de una nueva redistribución que demuestre que realmente se acude al aparato punitivo sólo en los casos de mayor gravedad, por lo que se da una correlativa despenalización de otros que no resultan de tanta valía para el derecho penal.²⁷

4. EL TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA EN LA ESCUELA DE FRANKFURT Y SU INFLUENCIA: CRÍTICAS EN ALEMANIA Y ESPAÑA ¿UNA RECEPCIÓN COLOMBIANA?

La escuela de Frankfurt, en cabeza de Hassemer, defensor del Estado liberal, que ha propiciado las críticas más agudas a la corriente modernizadora en Alemania, considera ineludibles los principios propios del estado de



²⁴ *Ibid.* p. 467.

²⁵ Ferrajoli, Luigi. 2006, *op. cit.*, p. 9.

²⁶ Diez Ripolles, José Luis. 2007, *op. cit.*, pp. 102.

²⁷ Portilla Contreras, Guillermo. *op. cit.*, pp. 516 y ss.

derecho, que se ven conculcados tanto por la excesiva intervención punitiva,²⁸ como por el adelantamiento en las barreras de punición para la protección de bienes jurídicos diversos a los propios del modelo de bienes nucleares de una sociedad liberal.²⁹

Consecuentes con lo anteriormente expuesto, los defensores de las tesis de la escuela de Frankfurt se remontan al modelo contractualista propio de la Ilustración, haciendo expresa alusión a sus conquistas liberales que indefectiblemente se traducen en planteamientos personalistas del bien jurídico.³⁰ Pero advierten que una consecuencia de la modernización del derecho penal sería ineluctablemente la perversión del concepto de bien jurídico, que va a cambiar su primigenia función para actualmente dirigir rumbos que no le corresponden.

En este sentido consideran que la política criminal va a servir a un sistema político funcional,³¹ por lo que reconocen el triunfo de análisis desde perspectivas sociológicas. En este sistema ocurriría que el concepto de bien jurídico, contrario a su función principal de descriminalización, ha pasado a ser un criterio criminalizador,³² y que, por ende, lo único que podría llegar a conseguir. Sería una política criminal con efectos jurídico penales simbólicos.³³

El profesor Muñoz Conde, en España, se ha aunado a la posición crítica de Hassemer respecto a la expansión del derecho penal, toda vez que consi-



²⁸ Binder, Mario Alberto. *op. cit.*, p. 38, en donde dice: "una política criminal Jus-humanista debería ser esencialmente *"no-expansiva"*. Es decir, debería ser consciente de que lo más beneficioso para una sociedad es que exista "poca" política criminal".

²⁹ Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *op. cit.*, pp. 33 y ss.

³⁰ Hassemer, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad*. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 13, en donde dice: "Sólo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos y asegurados con sus instrumentos (...)".

³¹ *Ibid.*, p. 10, en donde manifiesta al respecto: "Estas teorías funcionales o funcionalistas, permiten o favorecen la adaptación de los instrumentos jurídico-penales a las necesidades de la moderna política criminal (...) lo que actualmente interesa y sirve a un sistema político funcional son conceptos como orientación a las consecuencias, ponderación de intereses en juego, previsión de peligros y programas flexibles de decisión".

³² *Ibid.*, p. 11.

³³ Hassemer, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo foro penal, No. 51. Editorial, ciudad, Ene. Feb. Mar. De 1991, p. 25; en sentido similar en Colombia: Martínez Sánchez, Mauricio. *¿Qué pasa con la criminología moderna?* Ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 159, en donde dice: "En este sentido el uso simbólico de la justicia penal se ha "camuflado" de uso instrumental, tal como ha sido puesto de presente por Hassemer. Este uso simbólico sirve a la tecnocracia para comprar consenso vendiendo falsa seguridad"; en sentido contrario: Kindhäuser citado por: Portilla Contreras, Guillermo. *op. cit.*, p. 530, "No es entonces claro el reproche de que el Derecho Penal sería simbólico, pues ello más bien es una característica tanto de los bienes jurídicos individuales como de los colectivos pues en ambos la pena es algo simbólico y por ende trivial". En el mismo sentido: Cancio Meliá, Manuel. "Derecho penal del enemigo". En: *De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?* Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 346, "(...) los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del "Derecho penal simbólico" como fenómeno extraño al Derecho penal".

dera que el recurso a éste resulta altamente problemático, pues sus efectos son netamente simbólicos, así:

Con esta "huída al Derecho penal" se priva a la pena de toda fuerza de convicción, de esa función motivadora, que en última instancia debe afectar al ciudadano en particular. Precisamente es esta "huída al Derecho penal" una de las causas de la crisis del Derecho penal y de su ciencia.³⁴

Müsig comenta que es a partir de los rumbos que está siguiendo la actual política criminal que resulta deseable retornar a una de corte liberal, a saber: un esfuerzo para no ceder a los coyunturales vientos del espíritu de los tiempos, que se ha vuelto maleable para una política criminal con efectos meramente simbólicos.³⁵

Portilla Contreras se pronuncia diciendo que hay que reconocer, en parte, algunas de las críticas propugnadas por el sector que más cuestiona la protección de los bienes jurídicos colectivos. Pues considera que de su argumentación, cabe rescatar su notoria vaguedad y falta de concreción, como el hecho de que se ha tornado como un simple instrumento en la sociedad contemporánea y, por ende, a lo sumo, sus efectos simbólicos sean los que verdaderamente se evidencien.³⁶

Se aúna a esta postura Diez Ripolles, al considerar que resulta ingenuo entonces el pensar que una política criminal que siga ese sendero va a seguir respetando las garantías propias del estado de derecho, pues en la medida en que se dé una evolución en dicho sentido, se trasformaría en su consecuente y consiguiente desconocimiento, además de la aún más hipotética eficacia de la intervención punitiva; para lo cual se utiliza una retórica que brilla por la ausencia de fundamento sólido, es decir, que tenga argumentos comprobables.³⁷

Prittwitz, como representante de la escuela de Frankfurt, critica el intento de asegurar el futuro (con lo que se está refiriendo implícitamente al postulado de Schünemann sobre la preservación de ciertos bienes para las generaciones venideras), pues considera que se engloban en un mismo conjunto diversas cuestiones independientes, que se inicia con el proceso de identificación de nuevas fuentes de riesgos, se transforma en el concepto de bien jurídico penal, y a la postre esboza el sendero que debe seguir el derecho penal. Posteriormente se introduciría en el nada fácil tema de su efectividad, y con



³⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 103.

³⁵ Müsig, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 13.

³⁶ Portilla Contreras, Guillermo. *op. cit.*, p. 523.

³⁷ Diez Ripolles, José Luis. 2007, *op. cit.*, p.199.

ello de contera se terminaría poniendo en vilo el principio de *ultima ratio*³⁸ que resulta totalmente desnaturalizado con los diversos requerimientos de la modernización.

Como respuesta a los detractores precedentes se critica de manera incisiva a la escuela de Frankfurt por su negativa a la reorientación del poder punitivo del Estado, pues se considera que dicha posición se vuelve indefectiblemente el estancamiento del derecho Penal lo que a la postre se traduciría en la pérdida de su envergadura.³⁹

Schünemann critica la concepción profundamente egoísta de algunos representantes de la escuela de Frankfurt (especialmente la de Prittwitz), puesto que su limitado entendimiento del contrato social, del cual se derivan tanto derechos como obligaciones para los individuos de una determinada época, llegaría al absurdo de postular que habría tantos contratos sociales como muertes y nacimientos se produzcan en la sociedad. Lo único que quiere develar este *reductio ad absurdum* es que la única manera de comprender racionalmente la idea del contrato social, es entender que es la razón de toda la humanidad (entiéndase tanto intra como intergeneracionalmente) la que pacta el contrato, y no ciertos individuos de una época determinada. Es decir, de la aplicación de los constructos para descubrir las normas morales básicas (“imperativo categórico” de Kant, o el “velo de ignorancia” de Rawls)⁴⁰ se desprende que el destinatario es toda la humanidad, pues se parte de que va a haber sucesivas generaciones en la tierra, y por ende cualquier daño irreversible en el presente repercutirá necesariamente en catastróficas consecuencias en el futuro.⁴¹

La crítica de Schünemann es incisiva cuando afirma que:

(...) la funcionalización individualista proclamada por la escuela de Frankfurt (y lo que esto significa: reducción a los intereses depredatorios de los individuos que viven en este momento) aparezca en cierto sentido como una verdadera perversión del ordenamiento de bienes jurídicos.⁴²

Considera Schünemann que la única forma para que el derecho penal retome el camino de hacer justicia es el de la decidida defensa por las bases de existencia de la sociedad, pues considera que resulta imprescindible una



³⁸ En sentido crítico: Diez Ripolles, José Luis. 2007, *op. cit.*, p. 102, en donde reconoce: “A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos”.

³⁹ Schünemann, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 33 y ss.

⁴⁰ Schünemann Bernd. 2002, *op. cit.*, p. 207.

⁴¹ Schünemann Bernd. 1996, *op.cit.* p. 20.

⁴² Schünemann Bernd. 1996, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

actuación del Estado a través de su aparato represivo por excelencia, para así poder intervenir en aquellas conductas que de manera determinante resultan mas dañinas para la sociedad.⁴³

Desde un sector de la escuela de Frankfurt, viene una dura contra crítica a su postura, que formulan como uno de los pilares de su argumentación:

La idea de apelar al Derecho penal sería tan insostenible si la amenaza del fin del planeta se debiera a que le ha llegado su hora biológica, como si aquella procediera de seres de estrellas lejanas.⁴⁴

La descripción objetiva de este debate, parecería hacerla en España Silva Sánchez, quien en *La expansión del derecho penal*, pese a tomar una postura aparentemente descriptiva de la situación actual, denota cómo a manera de mancha de aceite, el derecho penal llegaría a invadir esferas que no le corresponden, ya que estaría contrariando principios esenciales como el de *ultima* o *extrema ratio*,⁴⁵ que persigue su carácter subsidiario, con lo cual esboza la cuestión, en el sentir de que se estaría dando una administrativización del derecho penal, toda vez que estaría desnaturalizando su función en la sociedad.⁴⁶

Pero, es necesario aclarar, que Silva Sánchez es enmarcado dentro de la línea de la escuela de Frankfurt, pues en el final de su opúsculo: “la expansión”; postula lo que él llama un derecho penal de dos velocidades, cuestión que no se diferencia sustancialmente de la propuesta que aproximadamente un lustro antes había hecho Hassemer en “La responsabilidad por el producto”, pero que Silva Sánchez llega a desarrollar de manera más profunda en cuanto a los elementos esenciales de la idea que ya había sido puesta de presente por el más conocido representante de la escuela de Frankfurt.

Resulta imperioso entonces demostrar que la propuesta de Silva Sánchez en ese sentido, no es otra cosa que el desarrollo de la primigenia idea que Hassemer esbozó en estos términos:

Quizás sería recomendable regular en un «Derecho de intervención» los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno Derecho penal. Este «Derecho de intervención» estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, (...) con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del



⁴³ Schünemann Bernd. 1996, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

⁴⁴ Prittwitz, Cornelius *op. cit.*, p. 163.

⁴⁵ Padovani, Tulio. *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati in Beni e tecniche Della tutela penale*. Ed. Franco Angelli, Milano, 1987, p. 93, en donde dice: (...) “deve intervenire anche il criterio di sussidiarietà o dell’*extrema ratio*, in base al quale la giustificazione della sanzione penale si raggiunge soltanto quando essa appaia come l’unico mezzo ragionevole, utilizzabile in concreto per contrastare, in maniera efficace, la realizzazione di una determinata offesa; quando si prospetti invece un’alternativa, è a questa alternativa che si deve dare la prevalenza”.

⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición. Ed. Civitas, España, 2001, pp. 121 y ss.

Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.⁴⁷

Es apenas evidente que esta idea es la que retoma Silva Sánchez con su derecho penal de dos velocidades, en donde la segunda velocidad estaría destinada a aquellos delitos que no tengan como consecuencia la pena de prisión, toda vez que les corresponderían más, las sanciones administrativas, como es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad de las personas jurídicas; es decir la ausencia de dichas penas corporales se traduciría en una flexibilización del modelo de imputación jurídico-penal.⁴⁸

También es menester decir que el análisis de Silva Sánchez, no obstante tener un tinte frankfurtiano, no puede ser sin más encasillado dentro de esa escuela, pues él expresamente ha rechazado sus planteamientos,⁴⁹ por lo que su análisis parece objetivo respecto, por ejemplo, a la administrativización que se está presentando actualmente en el derecho penal, lo que ayuda a reflexionar, sobre el hecho de que sí resulta verdaderamente necesaria y eficiente la intromisión del *ius puniendi* estatal, respecto a gran parte de los ámbitos de la modernización.

De esta manera se deja planteado el debate, entre dos tendencias que responden a una realidad determinante para el derecho penal y que demuestran que su análisis político criminal resulta fructífero para la correcta comprensión de la coyuntura en esta rama del Derecho y que no pocos cuestionamientos ha planteado respecto de la legitimidad de adoptar una u otra postura.

Martínez Sánchez en Colombia, ha considerado que realmente las promesas que el sistema penal ha venido adoptando para con los individuos y la colectividad que conforman la sociedad, han sido meramente enunciativas. Resalta, que debería ser el centro de atención en un Estado democrático, una verdadera política criminal en donde el control social empiece por una decidida política social incluyente, para que no le quede la penosa función al derecho penal de estar cumpliendo sólo funciones simbólicas, que no ayudan realmente a solucionar los problemas estructurales que presenta la sociedad y que no lo termine transformando en una política criminal que trate de dar



⁴⁷ Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸ Silva Sánchez, Jesús María. 2001, *op. cit.*, pp. 159-162.

⁴⁹ Silva Sánchez, Jesús María. *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 16. "Ello permitiría concluir que los valores político-criminales no se conciben estrictamente en clave exclusivamente funcional, aunque desde luego tampoco puedan reconducirse, en absoluto, al monismo individualista de los autores de Frankfurt".

respuesta a la criminalidad que germina, precisamente por la omisión de las otras políticas públicas.⁵⁰

5. ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN QUE LE ASIGNA LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA A LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO?

De un análisis jurisprudencial se puede deducir que prioritariamente en Colombia se acoge, por lo menos teóricamente, un modelo de derecho penal mínimo. Lo cual resulta paradójico con la realidad colombiana, que ha criminalizado tan diversos comportamientos, lo que se refleja en los numerosos artículos de la parte especial del Código Penal vigente.

5.1. La posición de la Corte Constitucional

En la Sentencia C-746/98, la Corte Constitucional hizo una reconstrucción de sentencias hito para los efectos de la política criminal; allí se vislumbra la posición de la corporación en diversos fallos al respecto, en donde trata de poner de presente la implementación de postulados fundamentales del derecho penal mínimo, partiendo del reconocimiento, de que las medidas punitivas de que se ha servido la anterior política criminal, no han servido a los propósitos deseados. Además siempre va a reconocer como límite necesario para la política criminal, la constitución política, que siempre sería la directriz, con sus fines y valores, que en todo caso debe respetar el legislador a pesar de la libertad de configuración que en la materia ostenta. Para el efecto voy a efectuar el análisis sobre Sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y un concepto del Procurador General de la Nación (me permito transcribir los apartes más relevantes de éstos, para su concreto análisis, de acuerdo con las posturas político-criminales que se han venido exponiendo a lo largo de la investigación).

La Corte Constitucional en Sentencia C-746/98 dijo al respecto:

Esta Corporación, (...) ha considerado que compete al legislador, conforme a la cláusula general de competencia, trazar la política criminal del Estado y determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones. Sobre el particular expresó la Corte en la sentencia C-198/97, lo siguiente: *“Cabe anotar que la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se*



⁵⁰ Martínez Sánchez, Mauricio. 1990, op. cit., p. 151.

inscribe dentro de la llamada libertad de configuración". Sin embargo, esta facultad no es absoluta, porque al momento de concretarse el tipo penal, es decir, al describir la conducta objetiva punible, mediante la selección de aquellos comportamientos, que destruyan, afectan o ponen en peligro bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad el legislador debe tener en cuenta los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. De conformidad con lo anterior, el criterio de esta Corporación ha sido: "aunque la política criminal no puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad, (...) por tratarse de una función que el Legislador ejerce discrecionalmente, las normas que la concretan deben respetar los cánones constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales". 2.4. Según las ideas expuestas por la Corte en la sentencia C-394 de 1996, en la libertad de configuración de los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad, de modo que si bien goza de cierta autonomía para tipificar los unos y las otras, no puede extremar los elementos propios de las conductas que comportan contravención hasta el punto de darles un tratamiento igual o más severo que a los delitos. (...) La función asignada al legislador (...) es una labor en la cual intervienen las diferentes consideraciones socio-económicas y de carácter técnico jurídico, que determinan la política criminal. Sin embargo, la necesidad de la pena y el contenido de la misma, sólo se justifican en función del daño social causado y con arreglo al principio de proporcionalidad. 2.6. En el país se han ensayado diversas formas de hacer política criminal, como respuesta al problema de la criminalidad; unas veces se ha recurrido a amplificar los comportamientos considerados como hechos punibles, o a aumentar las penas. Sin embargo, las distintas medidas adoptadas no han producido los resultados esperados, su eficiencia en muchos casos ha sido mínima; ello ha determinado que se haya pensado en la adopción de políticas alternativas, de despenalización, tales como la descriminalización, la desjudicialización, (...).

Cabe resaltar la expresa referencia en el entendimiento de la Corte Constitucional, de la relación que hay entre política criminal, bienes jurídicos y la determinación de las conductas que pueden llegar a afectarlos. Según ello, en el entendido de la Corte se haría una alusión a que habría una relación necesaria entre los mandatos constitucionales en sentido amplio y la determinación de los bienes jurídicos. Sobre esta libertad de configuración cabe acotar, que no debe entenderse como omnímoda, sino que es una libertad reglada o cuando menos delimitada, por los mandatos constitucionales.⁵¹



⁵¹ La Corte Constitucional en Sentencia C-425/97 "(...) el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia Constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental".

5.2. La posición de la Corte Suprema de Justicia

La posición de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación penal⁵² es que:

El derecho penal es una parte del sistema penal que realiza materialmente la política criminal concebida conforme a los valores y principios constitucionales de determinado modelo de Estado. De otro modo: si a cada modelo de Estado corresponde un modelo de derecho penal, la política criminal de un Estado democrático y constitucional sólo puede conducir a un derecho penal limitado por el respeto a los derechos humanos; a un derecho penal de orientación garantista. Desde la perspectiva dogmática, por ejemplo, el derecho penal sustancial está diseñado en perspectiva de ofrecer tutela a bienes jurídicos fundamentales,⁵³ sobre la base de la necesidad de su protección y de la proporcionalidad de su respuesta, como elementos insustituibles de una política criminal inspirada en valores y principios propios de estados cimentados en el respeto por la dignidad humana, cuya defensa les compete a los jueces en el ámbito de su autonomía jurídica y política. Como se comprende, en la elaboración del derecho penal, tanto sustancial como procesal, el legislador no es omnipotente. En efecto, está condicionado por la barrera infranqueable de los principios y valores del Estado, la filosofía sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Pero si en la fase de formación de la ley penal, el legislador no puede ignorar esos principios, menos puede hacerlo el Juez, como protector de los derechos, a la hora de aplicar la ley. Por el contrario, a éste le corresponde garantizar su vigencia mediante argumentaciones que miren menos hacia el trazo lingüístico de los enunciados y más hacia los efectos benéficos de la materialización de los principios, que trascienden la ley y le dan sentido a través de su interpretación. En efecto, "los valores, principios y derechos constitucionales deben ser garantizados por el legislador al ejercer su función de hacer las leyes y, concretamente, al regular temas atinentes a la política criminal del Estado. En consecuencia, si el constituyente dispuso la eficacia directa de los derechos fundamentales la ley no podría establecer cosa distinta."⁵⁴

El entendimiento de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la política criminal y el importante rol que juega dentro de la configuración del sistema de derecho penal, puede ser fácilmente adscrito al pensamiento garantista, muy ligado a la forma de Estado en la cual se desarrolla, pero al parecer, en vista de que maneja un lenguaje equívoco, toda vez que al referirse a un modelo constitucional democrático hace alusión a la protección de los "derechos humanos", con lo cual deja un manto de duda acerca de si está haciendo alusión a que la tutela penal, también corresponde a los derechos colectivos o de tercera generación.

Cabría preguntarse entonces: ¿Si los derechos individuales se vieran afectados por conexidad con los colectivos, se harían estos, en virtud de ello, merecedores de tutela penal?



⁵² Corte Suprema de Justicia, 19 de julio de 2005. Magistrado Ponente Solarte Portilla Mauro.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C 873 de 2003.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 581 de 2001.

De esta manera, se devela que al ser la política criminal una política pública, debe articularse con las demás de su especie, ya que su verdadero cometido no debería suplir las falencias de las restantes políticas, sino más bien respondiendo a la criminalidad realmente grave, y no a la que es consecuencia de la carencia de la política social.⁵⁵

Como dijo el profesor colombiano Mauricio Martínez:

De esta manera estaríamos exigiendo una política criminal que sea ante todo una política general de prevención de la descomposición social y el desbordamiento del poder, antes de que estos se manifiesten en forma de delito, con lo cual detendríamos la huída hacia el derecho penal a la que siempre se recurre para afrontar la problemática social, cultural y política.⁵⁶

Se concluye del análisis efectuado sobre algunas providencias de las Cortes, que de hecho se acoge, por lo menos jurisprudencialmente, al modelo de derecho penal mínimo pues se considera que el legislador siempre se va a ver limitado por las garantías constitucionales que se reflejan en los principios y valores del estado social de derecho imperante en nuestro modelo constitucional.

Teniendo en cuenta la experiencia que ha dejado en el pasado el hecho de que el recurso desmedido a la intervención penal no ha traído los resultados esperados, se ha optado por resaltar el principio de *ultima ratio*, del cual se puede decir que tiene a lo sumo una función simbólica.

CONCLUSIONES

1. El debate entre expansión del derecho penal hacia la criminalidad de clase alta y su antinomia de la intervención mínima del derecho penal en Colombia parece no estar trazado por ese marco, pues la expansión efectivamente se da, pero no apunta sólo a la criminalidad de clase alta sino que obedece a decisiones políticas tomadas en un congreso que se inclina hacia la postura política mayoritaria: se requiere en Colombia un riguroso análisis político criminal para la implementación de las leyes.
2. La expansión del derecho penal debe entenderse como la globalización: se reconocen posiciones a favor y en contra, pro expansionistas y de intervención mínima, pero lo que se pone de presente es que independientemente de la aceptación o rechazo de dicho fenómeno, la expansión, así como la globalización, es un fenómeno que ocurre.



⁵⁵ Martínez Sánchez, Mauricio. 1995, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

⁵⁶ *Ibid.* p. 31.

3. Si bien es cierto que en Colombia la Jurisprudencia de los altos tribunales se ha enfocado hacia una intervención punitiva mínima, reconociendo que su expansión se podría traducir en un derecho penal de contenido netamente simbólico, lo único que parece develarse con la situación actual de la normatividad penal es que el principio que resulta verdaderamente simbólico en la actualidad es el de *ultima ratio*.
4. Resulta innegable que la expansión del derecho penal que en un principio se ha tratado de enfocar hacia la criminalidad de clase alta, en la práctica ha sido una expansión en todos los campos pues se ha buscado obtener una solución de problemáticas sociales estructurales en la intervención punitiva; la problemática más notoria es que se trata de suplir la falta de verdaderas políticas sociales con una marcada intervención punitiva: la omisión de políticas educativas se suple con políticas penales punitivistas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ashworth, Andrew. *Principles of criminal law*. 5ª Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006.
2. Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. 8ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires- México D.F. 2004.
3. Binder, Mario Alberto. *Política Criminal de la Función a la praxis*. Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 1997.
4. Cancio Meliá, Manuel. "Derecho penal del enemigo". En: *De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?* Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006.
5. Diez Ripolles, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, recuperado: 4 de enero de 2005.
6. Diez Ripolles, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.
7. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. 6ª Ed. Trotta, Madrid, 2004.
8. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal*. Ed. Temis, Bogotá, 2006.
9. Foucault, Michel. *L'ordre du discours*. Ed. Gallimard, París, 1971.
10. Gracia Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
11. Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
12. Hassemer, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad*. Ed. Temis, Bogotá, 1999.

13. Hassemer, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Nuevo foro penal, No. 51. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Ene. Feb. Mar. de 1991.
14. Larrauri, Elena & Moliné, José Cid. *Teorías criminológicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
15. Martínez Sánchez, Mauricio. *¿Qué pasa con la criminología moderna?* Ed. Temis, Bogotá, 1990.
16. Martínez Sánchez, Mauricio. *Estado de Derecho y política criminal*. Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.
17. Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001.
18. Müsig, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
19. Padovani, Tulio. *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati in Beni e tecniche Della tutela penale*. Ed. Franco Angelli, Milano, 1987.
20. Paredes Castañón, José Manuel [Recensión] *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. En: *Revista Electrónica Política Criminal*, núm. 2. R7. Universidad de Talca, Talca, 2006.
21. Portilla Contreras, Guillermo. "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos". En: *Estudios de filosofía del derecho penal*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
22. Prittwitz, Cornelius. "Sociedad del riesgo y Derecho penal". En: *Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, (Homenaje a Manuel de Rivacobay Rivacoba). Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
23. Roxin, Claus. "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito". En: *Derecho penal*. Parte General, Tomo I. Civitas, Madrid, 1997.
24. Schönemann, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.
25. Schönemann, Bernd. "Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?" En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
26. Schönemann, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

27. Schünemann, Bernd. *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
28. Silva Sánchez, Jesús María. *Política criminal y persona*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
29. Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición. Ed. Civitas, España, 2001.
30. Silva Sánchez, Jesús María. *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
31. Sutherland, Edwin. *White collar crime* [the uncut version]. Yale university press, new haven and London, 1983.
32. Taylor, Ian; Walton, Paul & Young, Jock. *La nueva criminología*. Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1990.
33. Zipf, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Ed. C.F. Müller, Madrid, 1979.

Jurisprudencia

1. Colombia, Corte Constitucional; Sentencia C-658 de 1997; Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
2. Colombia, Corte Constitucional en Sentencia C-425 de 1997.
3. Colombia, Corte Constitucional en Sentencia C-746 de 1998.
4. Colombia, Corte Constitucional, en sentencia C-581 de 2001.
5. Colombia, Corte Suprema de Justicia Segunda instancia 19 de julio de 2005. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla.