

**UNIVERSIDAD MAYOR, REAL Y PONTIFICIA DE SAN  
FRANCISCO XAVIER DE CHUQUISACA**

**VICERRECTORADO**

**CENTRO DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN**



**TITULO DEL TEMA:**

**“EL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO COMO FUNDAMENTO JURÍDICO EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

**TRABAJO QUE SE PRESENTA EN OPCIÓN  
A DIPLOMADO EN TUTELA JUDICIAL  
CON ENFOQUE EN DERECHOS HUMANOS  
VERSIÓN I**

**ANAY AÑEZ MENDOZA**

**SUCRE – BOLIVIA  
2025**

## **CESIÓN DE DERECHOS**

Al presentar esta Monografía como uno de los requisitos previos para la obtención del Diplomado Tutela Judicial con Enfoque en Derechos Humanos, autorizo al Centro de Estudios de Postgrado e Investigación o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Asimismo, manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancia económica potencial.

También cedo al Centro de Estudios de Postgrado e Investigación los derechos de publicación de esta Monografía o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor/a, hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Anay Añez Mendoza

## **DEDICATORIA**

Esta monografía está dedicada a Dios por iluminar mi camino y brindarme la fuerza y sabiduría necesarias para concluir esta etapa de mi vida.

A mis padres Freddy Añez y Mery Mendoza por haberme dado la vida y por su apoyo en mi educación y formación profesional.

A mi esposo Omar Pérez y Mis hijos Diego, Said y Ana Victoria, por su apoyo y comprensión en el alcance de mis metas académicas.

A mis hermanos Freddy José, Silvia y Pedro Javier, como un incentivo en su vida.

## **AGRADECIMIENTOS**

Doy infinitas gracias a Dios por ser mi guía y sostén en este camino, iluminando cada paso hacia la culminación de esta etapa.

## ÍNDICE

### Páginas

RESUMEN .....	1
INTRODUCCIÓN .....	2
1. Antecedentes y justificación .....	3
1.1. Antecedentes .....	3
1.2. Justificación .....	4
2. Situación problemática .....	5
3. Formulación del problema de investigación científica .....	6
4. Objetivo General .....	6
5. Objetivos Específicos .....	6
6. Diseño Metodológico .....	6
6.1. Tipo de investigación .....	6
6.2. Métodos de investigación .....	7
6.3. Técnicas de investigación empírica .....	7
6.4. Instrumentos de investigación .....	8
CAPÍTULO I .....	9
MARCO TEÓRICO Y CONTEXTUAL .....	9
1.1 Definición de los derechos humanos .....	9
1.1.1 Aproximación conceptual filosófica de los Derechos Humanos. ....	9
1.2 Concepto jurídico de derechos humanos .....	12
1.2.1 Sustento filosófico sobre los derechos humanos .....	14
1.2.2 Suma histórica de los derechos humanos .....	17
1.2.3 Otros conceptos de los Derechos Humanos .....	19
1.3 Derechos Fundamentales .....	20
1.3.1 Características de los derechos humanos .....	21
1.3.2 La interpretación de los derechos humanos .....	22
1.4 Clasificación de los derechos humanos .....	24
1.5 Dimensión jurídica de los derechos humanos .....	25
1.5.1 Los Derechos Humanos son innatos o inherentes .....	25

1.5.2	Los derechos humanos son iguales y no discriminatorios.....	25
1.5.3	Los Derechos Humanos son inalienables e intransferibles.....	26
1.5.4	Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones.....	26
1.6.	Principios en los que se sustentan los derechos humanos .....	27
1.6.1.	El principio de la universalidad .....	27
1.6.2.	Principio de Interdependencia .....	27
1.6.3.	Principio de Indivisibilidad.....	27
1.6.4.	Principio de interdependencia e indivisibilidad.....	27
1.6.5.	Principio de Progresividad.....	28
1.7.	Los valores de los derechos humanos.....	28
1.7.1	Libertad.....	28
1.7.2	Igualdad .....	28
1.7.3	Justicia .....	28
1.7.4	Dignidad.....	29
1.8.	Derechos humanos y tutela judicial antecedentes de su aplicación.....	29
1.9.	El derecho penal mínimo la última ratio.....	32
<b>CAPÍTULO II .....</b>		<b>38</b>
<b>DIAGNÓSTICO .....</b>		<b>38</b>
2.1	Resultados de la guía de revisión documental .....	38
2.1.1	Políticas criminales excluyentes: tolerancia cero y populismo punitivo.....	44
2.1.2	La de última ratio entre las categorías dogmáticas de la Ciencia penal .....	49
2.2	Conclusiones .....	50
2.3	Recomendaciones .....	52
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>54</b>

## **RESUMEN**

El problema de fondo se configura a partir del hecho de que en la actualidad se utiliza el derecho penal como un instrumento de presión social, de persecución desproporcionada para restringir la libertad y las acciones de las personas aún estando en supuesto Estado de derecho, donde los principios constitucionales como la presunción de inocencia y el debido proceso son vulnerados.

Como objetivo general se planteo llevar a cabo un análisis del principio de última ratio como fundamento jurídico en el diseño de políticas criminales efectivas, evaluando su coherencia con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo con el propósito de realizar un estudio basado en una secuencia lógica el mismo se estructuró en tres partes, cuyo contenido es como sigue: en una primera parte se exponen los aspectos de carácter metodológico como ser la introducción, antecedentes y justificación, situación problemica, pregunta de investigación, objetivos, métodos y técnicas, en el capítulo I se presenta el marco contextual y teórico, en el capítulo II se presenta el diagnóstico que en gran medida insiste en el hecho de que el derecho penal no debe ser instrumentalizado para criminalizar las diversas conductas emergentes de las relaciones sociales actuales en la sociedad, urge la necesidades de buscar nuevos mecanismos que permiten mas que reprimir prevenir. Finalmente se exponen las correspondientes conclusiones y recomendaciones.

**PALABRAS CLAVES:** Ultima ratio – derecho penal – instrumentalización del derecho

## INTRODUCCIÓN

A pesar de que en la actualidad ya nadie pone en tela de juicio que el principio de *ultima ratio* que se constituye en un límite esencial al poder punitivo del Estado, emergen un conjunto de dificultades cuando de fijar criterios que brinden un contenido material, sobre todo considerando el basamento político que subyace en este principio, por cuanto la decisión de intervenir penalmente es del legislador.

En efecto, una de las particularidades del Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*, por lo que resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad. La presente investigación pretende brindar una respuesta a esta búsqueda, examinando algunos principios que legitiman la intervención punitiva y cuáles son las nuevas orientaciones de orden político criminal.

Por tal motivo se valora el papel que puede desempeñar el Tribunal Constitucional, cuando examina los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal.

Esencialmente, apunta a que el derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

Por estas razones y en este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

## 1. Antecedentes y justificación

### 1.1. Antecedentes

Como antecedentes previos a la presente investigación se tiene un buen número de artículos científicos, de los cuales para tener una percepción clara y precisa de lo que se pretende investigar destacaremos los más relevantes.

Carnevali (2016) en su artículo titulado “Derecho penal como ultima ratio. hacia una política criminal racional”. destaca el hecho de que como sociedad no podemos seguir abrigando la posibilidad de dar respuestas a todos los nuevos problemas que surgen en estos tiempos apelando a la represión legal a través del derecho penal, urge como lo apunta el autor de pensar en soluciones respuestas menos gravosas, soluciones que tenga, para el Estado un bajo coste.

García de la torre (2018) en “**Crisis del principio penal de ultima ratio ¿debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?**” afirma el autor, que la doctrina penal contemporánea recurre al principio de ultima ratio para satisfacer la tarea principal de reducir al máximo la arbitrariedad del Derecho penal, pues a través de su significado, la legitimidad del delito y de la pena se somete a la condición de la inexistencia axiológica y empírica de otros recursos jurídicos menos drásticos para solventar idóneamente el conflicto que genera su apertura. No obstante, la deriva punitivista en que ha degenerado la necesaria expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo, pone en duda su verdadera capacidad limitadora, especialmente por su escasa vinculación a los poderes públicos. Pero nada más lejos de la realidad, el desarrollo actual de la Dogmática de los Derechos Fundamentales permite a la Doctrina penal afirmar que, en el Estado constitucional, el Derecho penal mínimo es a su vez el Derecho penal máximo permitido por la Constitución.

Sánchez-Ortiz (2012) en su texto titulado, “Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios. Escrito por: Pablo Sánchez-Ortiz, el autor profundiza sobre la necesidad de un volver a los principios del derecho penal cuando de políticas criminales se

trate, abordar la problemática penal pero no desde la perspectiva de una intensa y costosa represión punitiva estatal, sino trabajar más en el desarrollo de políticas que no le representen al Estado una carga pesada, y a la sociedad medidas gravosas.

## **1.2. Justificación**

El principio de última ratio tiene un momento y un lugar de nacimiento precisos: nos ocupamos aquí de uno de los desarrollos conceptuales más característicos del penalismo ilustrado europeo de los siglos XVIII y XIX. No obstante, ello, sus raíces se hunden en el pasado, pudiendo identificarse claros antecedentes que lo prefiguran en la más temprana historia humana.

Al día de hoy aun cuando podamos controvertir seriamente su vigencia práctica, en épocas en las que la regla aplicable parece ser más bien la opuesta el principio no ha sido descartado, sino que, al menos en su faz teórica, pervive.

Ahora bien, pese a su larga tradición, no existe acuerdo en relación al contenido efectivo del principio de ultima ratio. Ni siquiera está claro si la fórmula tiene verdadera autonomía o si, por el contrario, es apenas una derivación de algún otro concepto.

Sin embargo, esta presunta debilidad normativa no ha impedido que órganos de protección internacional como la Corte IDH hayan invocado al principio de última ratio en el desarrollo de su tarea. De modo que, aún sin ser muy firmes en el fondo de la cuestión, han asumido implícitamente en muchos casos su operatividad y vigencia.

La motivación en la cual se enfoca la presente investigación radica en el hecho de que se considera al derecho penal como el instrumento esencial para la persecución de cualquier acción delictiva, siendo que el concierto internacional aconseja que deba ser la última ratio, es decir la **última** razón.

La presente investigación adquiere una relevancia práctica, porque induce a las autoridades a reflexionar sobre el momento oportuno en el que se deben utilizar el derecho penal y no criminalizar cualquier conducta por criminalizar.

La relevancia social viene desde el entendido que como sociedad no podemos vivir ejecutando a las personas por cualquier circunstancia negativa que suceda en la vida, el derecho penal era un instrumento de represión social sólo en épocas de la caverna y en el medio evo con la inquisición, hoy en día el derecho penal contemporáneo apunta más al tratamiento no penal de las conductas que pueden surgir y que se enmarcan como fuera de la ley con medidas que más que represivas coartadoras de la libertad de locomoción con medidas restaurativas, resocializadoras.

Como aporte teórico se busca dar a conocer la sociedad en su conjunto la importancia que tiene el hecho de no ver en el derecho penal el último instrumento que como Estado tiene para reprimir ciertas conductas, que la criminalización debe pasar por otros filtros.

## **2. Situación problemática**

Teóricamente se tiene claro que el recurso al Derecho penal debería ser la decisión más problemática de adoptar en el Estado constitucional de Derecho porque de entrada supone la injerencia más grave que el Estado puede llevar a cabo en la esfera del ciudadano.

Esta tensión entre Estado y sociedad provoca en las relaciones entre poder público y libertad privada que, en una sociedad pacífica, tan solo es deseable su restricción incluso cuando parece que realmente no existe otro medio eficaz o adecuado para asegurar el disfrute de los Derechos Fundamentales y Humanos, la legítima pretensión punitiva del Estado se topa de frente con el derecho subjetivo de todos los ciudadanos a no sufrir ni amenaza o imposición de una pena que no sea estrictamente necesaria (Ferrajoli, 2014, p. 209).

En teoría, la idea de que el Derecho penal es el último recurso en la caja de herramientas del legislador se considera todo un patrimonio común. En ese sentido la

situación problemática en el presente estudio se enfoca en una insostenible situación del Derecho penal, originada por las discrepancias entre los postulados de la Ciencia penal y la praxis legislativa y judicial, se suma que el espíritu de nuestro tiempo ha pasado de pedir mayor protección contra el poder público, a pedir protección eficaz del mismo porque no teme el riesgo de la tiranía.

### **3. Formulación del problema de investigación científica**

¿Cómo se aplica el principio de última ratio en el diseño de políticas criminales efectivas, y qué tan coherente es su implementación con los estándares internacionales de derechos humanos?

### **4. Objetivo General**

Analizar el principio de última ratio como fundamento jurídico en el diseño de políticas criminales efectivas, evaluando su coherencia con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

### **5. Objetivos Específicos**

- Analizar los fundamentos teóricos y jurídicos del principio de última ratio como límite en el ejercicio del poder punitivo del Estado, estableciendo su relación con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
- Evaluar la coherencia entre el diseño e implementación de políticas criminales actuales y el respeto al principio de última relación, identificando posibles inconsistencias con los estándares internacionales de derechos humanos en contextos específicos.

### **6. Diseño Metodológico**

#### **6.1. Tipo de investigación**

El presente estudio es de tipo descriptivo debido a que se pretende señalar características específicas de las actuales políticas criminales que se implementan desde el Estado y su correspondencia con los fundamentos del derecho internacional en materia de derechos humanos.

Asimismo, el presente estudio se enmarca en un tipo explicativo puesto que es el punto base del objetivo general el explicar las características señaladas de las políticas criminales.

## **6.2. Métodos de investigación**

El método analítico-sintético es un paso de investigación que combina dos procesos mentales inversos: el análisis y la síntesis: el análisis consiste en descomponer un objeto de estudio en sus partes para estudiarlas individualmente. la Síntesis consiste en integrar las partes del objeto de estudio para estudiarlo de manera integral. El método analítico-sintético es importante en el ámbito académico y en la investigación de los comportamientos sociales.

## **6.3. Técnicas de investigación empírica**

- La investigación documental, a través de esta técnica se tiene en cuenta el contexto de producción de los documentos, mediante la consulta de libros o artículos escritos anteriormente sobre el tema o de otros estudios que hayan trabajado con el mismo tipo de fuentes.

En este tema se abordarán diversos retos que implica la investigación documental, como la búsqueda en Internet, el acceso a bibliotecas y repositorios digitales; así como estrategias de búsqueda, formas de citación, fuentes diversas y abordajes eficientes al acceso de distinta información.

- La observación, la técnica de observación es una herramienta de investigación que consiste en observar y registrar hechos o fenómenos para obtener información y analizarla posteriormente. Es una habilidad básica del investigador y un elemento fundamental en el proceso de investigación.

#### **6.4. Instrumentos de investigación**

##### **Guía de revisión documental**

A través de este instrumento se seleccionó la materia documental a ser investigada priorizando a partir de orden bajo el criterio de mayor relevancia que documentos serán más atinentes al tema.

##### **Guía de observación**

Se aplicó a partir de la sistematización de lo que se desea observar, concretamente como las normas penales frente a determinadas conductas recurren al derecho penal utilizándolo como la primera ratio descartando otros mecanismos punitivos y entendiéndolo mejor como la última ratio.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO Y CONTEXTUAL

### 1.1 Definición de los derechos humanos

Los derechos humanos suponen uno de los temas a tratar más controvertidos de nuestros tiempos, desde los diversos análisis y perspectivas para tratar de definir a los mismos nos podemos encontrar con postulados filosóficos, así como también conceptos doctrinales que dan forma al entendimiento jurídico del ya mencionado principio. Para poder enfrentarnos al completo entendimiento conceptual de esta rama de la ciencia jurídica, a lo largo del presente apartado estudiaremos los conceptos filosóficos y jurídicos más relevantes sobre derechos humanos, intentando desentrañar, sobre la aportación de los diversos autores, así como los diversos postulados que estos intentan mostrar a través de dichos conceptos.

#### 1.1.1 Aproximación conceptual filosófica de los Derechos Humanos.

Desde tiempos remotos, los filósofos han debatido las concepciones y naturaleza de los derechos humanos bajo el nombre de “*derechos naturales*”, los cuales hacen referencia en su generalidad a la relación existente entre el ser humano y la naturaleza propia de las cosas.

El filósofo y jurista Marco Tulio Cicerón, fue uno de los primeros en generar una postura respecto a estos, exponía que “...el verdadero derecho es la recta razón conforme a la naturaleza, es de aplicación universal, inmutable y eterno; llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones”, haciendo alusión principalmente a la naturalidad del derecho. Madanes, (2008), Cicerón y la tradición estoica del derecho natural.

En este sentido, se puede desprender el concepto de Cicerón para asimilarlo mejor, por una parte, que ubica al derecho como una regla asociada al razonamiento que tiene su base lógica en la naturaleza, esto como referencia a que la esencia del derecho proviene del medio biológico del ser humano que por un ente natural ha sido otorgado al mismo en don.

Por otra parte, el jurista hace mención a que dicha naturaleza del derecho se complementa de ciertas características, tales como la *universalidad*, la *inmutabilidad* y la *eternidad*, entendemos como **universal** a aquella generalidad que comprende la aplicación del derecho natural hacia todos los confines que son poblados por seres humanos, a la **inmutabilidad**, como aquella estabilidad inherente que conduce al ser humano siempre con estos derechos a su lado y en su mayor protección, y a la **eternidad**, como aquella perpetuidad natural que mantendrá a los derechos naturales por siempre en la historia del ser humano.

Por último, dispone que dicho conjunto de características que engloban al derecho, llaman al hombre a hacer el bien con sus mandatos y lo aleja del mal mediante sus prohibiciones, donde podemos entender claramente su referencia en base a las obligaciones diarias de los hombres, este derecho natural guía la resolución de las mismas en base al buen actuar humano, y por ende lo aleja del mal, pues sus prohibiciones propiamente determinadas naturalmente catalizan las conductas del mismo y lo hacen sacar su equilibrio correcto.

En este entendido, podemos deducir que Cicerón contempla a los derechos humanos como aquel conjunto de postulados universales que conforman al derecho natural, y que generan la justicia en base a las determinaciones propiamente dichas de la naturaleza, y que a su vez logran instituir resultados concretos para perfeccionar la estabilidad humana. Por su parte el filósofo Zenón de Citio proponía que el “...*el derecho natural es una ley eterna, el hombre debe vivir de acuerdo a los principios universales de la naturaleza*”, con esta definición, Zenón realiza un acercamiento con el naturalismo y el existencialismo propio, dotando de matices claros y parecidos a la concepción actual de derecho natural (Bergillos, 2012. El derecho natural de la antigüedad clásica, Anales de la Facultad de Derecho, núm. 29, p. 25)

En este cometido, podemos deducir que, en primer término, cuando Zenón hace referencia al derecho natural como una ley eterna, manifiesta que esta es por tiempo indefinido, haciendo clara alusión a que coexiste con el ser humano antes, durante y después de que termine su vida, en esto el entendido de que los derechos humanos son inherentes al

humano, incluso antes de que este nazca, así como después de la muerte del mismo. En segundo punto, menciona que el hombre debe vivir de acuerdo a los principios universales de la naturaleza, que, en este sentido, deduce que existe una ley natural dotada por la propia universalidad y partiendo de este punto el ser humano debe de regir su vida acorde a esos mismos principios, enfocando la universalidad como aquella generalidad que abarca a todos los confines donde la esencia humana tenga presencia.

En conjunto, podemos atribuir a Zenón de Citio una postura vanguardista respecto al concepto de derecho natural, entendiéndolo como aquella ley universal natural perpetua, bajo la cual el hombre debe regirse para conservar su estado de paz, por lo cual en la guía de estos principios naturales se propicia la existencia humana bajo la protección natural de dichas leyes, que siendo seguidas en total entendimiento son las que lograrán aquella conexión entre el ser humano y el medio que lo rodea.

Por último, analizaremos el concepto de derecho natural de un teólogo, tal como lo fue Tomás de Aquino, este decía que “...*Dios ha establecido una legislación eterna para el mundo natural y el mundo humano, y eso es lo que conocemos como ley natural, hay un orden de los instintos propios de la especie humana y en segundo lugar existen fines señalados a aquellos por la naturaleza misma*” (Ayala, 2003. El derecho natural antiguo y medieval, p. 377.

En primer término, Tomás de Aquino plantea que Dios ha establecido una legislación eterna para el mundo natural, entendido esto como que el creador divino de todo lo que conocemos, ha preestablecido desde antes que llegáramos al mundo una ley que dota de principios al propio mundo natural, en esta misma mención hace referencia a que dicha legislación también ha sido dada al mundo humano, como si existiese una fusión entre lo natural y lo humano y ambas coexistieran para fines comunes.

El filósofo también hace mención, que existe un orden de los instintos propios de la especie humana que al final, son señalados como fines específicos por la naturaleza misma, en este apartado entendemos que se refiere a que la naturaleza humana está dotada de instintos, bajo los cuales el ser humano actúa en situaciones determinadas y que, en común

entendimiento, la naturaleza ya ha determinado anteriormente cómo debe guiarse esta conducta de manera correcta acorde a ella.

De esta manera, podemos atribuir a Tomás de Aquino, un concepto que cataloga a los derechos humanos como determinaciones propiamente dichas por la divinidad, inducidas a través de la naturaleza propia que este primero ha auto determinado para que su voluntad natural sea cumplida, y como ley esta pueda regir la vida del ser humano en todos sus aspectos.

Una vez analizados algunos de los conceptos filosóficos más importantes de derechos humanos o en su similar entendidos en la antigüedad como derechos naturales, nos adentraremos en una definición propia pero relacionada a las mismas que logre en espíritu rescatar la esencia específica de cada una. En su generalidad, podemos propiamente definir a los derechos humanos, como aquellos derechos propiamente dictados por la naturalidad perpetua, la cual es inherente a todos los seres humanos que coexisten entre sí, dados aquellos derechos desde antes que existiéramos, durante el transcurso de nuestra vida y hasta después de nuestra muerte.

## **1.2 Concepto jurídico de derechos humanos**

En la actualidad, se han dado diversas definiciones jurídicas al concepto de derechos humanos, en este apartado analizaremos dos de ellas. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas define que “*...los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin que exista distinción alguna, ya sea de sexo, nacionalidad, lengua, religión, raza o cualquier otra condición*”, estos derechos corresponden a toda persona, sin distinción alguna.

Dando análisis a esta definición, podemos identificar el primer punto, que hace referencia a que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, en el entendido, sobre el cual se deduce que estos mismos vienen con el ser humano desde el momento en que este empieza a ser uno mismo de manera certera, dando acompañamiento al mismo de manera perpetua.

En segundo término, identificamos que estos derechos no distinguen sexo, nacionalidad, lengua, religión, raza o cualquier otra condición, dichas de manera general, cualquier condición de especie humana, ampliando el margen de protección de dichos derechos, haciéndolos que vayan más allá del simple aspecto de pertenecer al individuo solo por clasificarse como un ser humano biológicamente hablando.

Proponiendo una deducción general de la anterior definición podemos entender a los derechos humanos como aquellos derechos inherentes al ser humano biológico, que no se discriminan por cualquier cualidad que pueda ir anexa a la condición humana, en el entendido de que su universalidad sobrepasa sus propias barreras naturales que hace a los seres humanos diferentes entre sí.

Por otra parte contamos también con una definición jurídica que se acopla de vanguardia y relevancia a su vez, esta es dada por Héctor Gros Espiell, quien define a los derechos humanos como “...*aquellas facultades, atribuciones o exigencias fundamentales que el ser humano posee, declaradas, reconocidas o atribuidas por el orden jurídico y que, derivadas de la dignidad eminente que todo hombre tiene, constituyen hoy el presupuesto indispensable y necesario de cualquier organización o sistema político nacional y de la misma Comunidad Internacional*” (Gros, 1982, p. 234).

Sorpresivamente, podemos analizar la definición de Gros desde dos perspectivas, una meramente humanista, y otra exclusivamente jurídica, en este caso nos interesa adentrarnos en el estudio del modo jurídico, por lo cual procederemos en líneas siguientes a desempolvar las principales vertientes a las que lleva el razonamiento lógico y conciso de la definición misma dada por el autor.

Gros menciona que los derechos humanos son caracteres específicos determinados como facultades, atribuciones o exigencias fundamentales del humano, entendiendo a las facultades como aquellas cualidades inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, a las atribuciones, como aquellas virtudes específicas que son identificativas de la calidad

humana; y a las exigencias como aquellas situaciones de facto que deben ser intrínsecamente reclamadas por el ser humano al sentido de posesión de las mismas.

Dichos caracteres específicos, para el autor son poseídos, declarados, reconocidos o atribuidos por el orden jurídico; hacemos consistente un entendido primordial en esta declaración, ya que Gros se dirige con estas palabras al estado que guarda el Derecho Positivo con los Derechos Humanos, en el entendido de que al existir Derechos Humanos debe coexistir aunadamente un orden jurídico vigente que los proteja, de esta manera estos puedan perpetuarse y a su vez adaptarse a los cambios sociales.

Por último, tenemos que al haberle dado cualidades a dichos caracteres específicos contenidos en los derechos humanos, el autor hace mención a que estos y nada más que estos, representan el sustento social y político de cualquier sistema nacional o internacional, comprendiendo de esta manera, que de no existir ese delgado equilibrio entre la existencia y la necesidad de regulación de dicha existencia de derechos, no existiría un balance en las sociedades del mundo, y por ello la humanidad podría tener un vértice de declive, mejor entendido como crisis humana.

De esta manera cerraremos definiendo de manera más concisa la aportación de Gros Espiell, entendemos de esta manera que los derechos humanos son aquellas cualidades humanas, las cuales son de la completa naturaleza y competencia del propio ser humano, propician una serie de atribuciones que deben ser reconocidas por el orden jurídico vigente de las naciones y de la propia comunidad internacional puesto que, de no respetarse, originan el declive social y humano.

### **1.2.1 Sustento filosófico sobre los derechos humanos**

A lo largo de los años, el sustento de las diversas teorías que giran en torno al derecho, han procurado ostentar un soporte filosófico idóneo para cada tema a tratar, estos sustentos han nutrido con fuerza las diversas concepciones realizadas por teóricos doctrinarios y los estudiosos del derecho en general, alimentan el espíritu de las investigaciones y dan una

mayor credibilidad al lector sobre la veracidad del origen de sus ideas, generan una estabilidad en el tema desarrollado, dan contundencia a los argumentos, y propician una serie de manifestaciones intelectuales que parecen no tener fin.

En el caso de los derechos humanos, no podemos pasar de largo, sin antes estudiar cual fue la filosofía estructural que le dio origen ideológico a los mismos, en este caso, es el turno del iusnaturalismo, base ideológica sobre la cual se asientan los derechos naturales en su generalidad. A lo largo del presente capítulo, definiremos al iusnaturalismo como tal, y nos someteremos al estudio de sus entrañas para lograr establecer cuáles son las bases que han dado el origen preciso a los derechos humanos, que muchas veces, de manera irresponsable, nos mofamos de conocer; ¿es así acaso?, descubrámoslo.

### **1. Iusnaturalismo.**

Comenzar a hablar de iusnaturalismo nos evoca directamente a un pensamiento meramente descriptivo, ubicando las palabras “derecho” y “naturalismo” juntas, pero más allá, dependen de un origen ideológico que se consagró por la manera tan lógica de abordar los conceptos filosóficos que emergen de la fuente de pensadores que dieron vida y forma a la concepción universal del término que nos estamos cuestionando.

El iusnaturalismo como tal, es una doctrina filosófica igual de antigua como la disputa que tenían Sócrates y los sofistas por distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza, de lo que era establecido y convenido por los hombres; pero a su vez es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que explican el origen y el fundamento del poder político con base en la existencia de derechos naturales, anteriores a la conformación del Estado (Bobbio, y Fernández, 1986, p. 66).

Y aunque los representantes del iusnaturalismo han desarrollado diferentes interpretaciones, comparten no obstante una tesis básica: el derecho natural no sólo se distingue del derecho positivo, sino que además es superior a éste porque emana de una naturaleza divina o racional eminentemente inaudita que determina lo justo y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado.

Para el entendimiento del iusnaturalismo, la naturaleza es algo que existe inevitablemente, no depende de nuestra voluntad ni de nuestra fuerza. Por lo tanto, las consideraciones humanas y del estado no tienen parte en el concebimiento del mismo dada su propia naturaleza. Al mismo modo, los derechos naturales logran existir por sí mismos puesto que la propia humanidad natural ya los ha consagrado; sin saber si su origen descriptivo es puramente divino o racional dicha naturaleza es lo que garantiza el contenido de los derechos, que independientemente de cómo sean tomados estos por el derecho positivo, estos resultan válidos y necesarios universalmente.

El iusnaturalismo sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino "*...por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido*" (García, 1977, p. 7).

Es el sentimiento de validez universal lo que se piensa, hace justo a la propia razón poder distinguir lo bueno de lo malo, y por ende lo justo de lo injusto, todo ello conforme a un orden racional, universal, visionario y general.

Por ello, es que los seres humanos conocen y aplican principios normativos de la conducta humana que parecen conocer por ser coercitivas, pero realmente en su interior persiguen un postulado de justicia fundamentada naturalmente. Por supuesto que es natural cuestionarnos cuáles serán estos principios fundamentales, debido a que, en una sociedad, las personas apelan a estos postulados muchas veces de manera contrapuesta, a esto, los iusnaturalistas proponen que, dado que el derecho natural es trascendente en el universo, inmutable en el tiempo y uniforme en el espacio, es posible que dos seres racionalmente naturales tengan nociones contrapuestas respecto a las normas naturales de conducta.

Estas normas como tal no son fundadas por la voluntad del Estado o en otras condiciones particulares que pueda imponer cualquier individuo, sino en el orden natural anterior y superior a la condición humana. Orden que, podría decirse que "desde siempre", ha determinado lo justo y lo bueno con independencia del tiempo y del espacio. Por eso

algunos autores caracterizan al iusnaturalismo como "*...el intento de deducir de la naturaleza humana un conjunto de reglas de conducta humana, satisfactorio desde el punto de vista de su bondad y expresión definitiva de la idea de justicia*".

En resumen, como corriente filosófica, el iusnaturalismo se encarga de suponer la existencia de un derecho de trascendencia universal, anterior al derecho positivo. Derecho que puede citarse bajo la sombra de ciertas razones o bajo la naturaleza de Dios mismo, asumido como aquel orden jurídico regulador de carácter universal, al que la humanidad puede aspirar con el simple hecho de ser comunes.

### **1.2.2 Suma histórica de los derechos humanos**

De la mitad del siglo XX y hasta nuestros días se ha retomado de forma distinta la idea de los Derechos Humanos, por lo que, se hace conveniente realizar un análisis de la concepción de los derechos humanos. La idea de su designación original, consistió en equipáralos con los derechos civiles, garantías individuales o prerrogativas del ciudadano; sobre este punto puntualizó (Carpizo, 1993, p.777).

*El tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana, tuvo un gran impulso sobre ellos; pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas últimas cuatro décadas cuando se convierten en una de las cuatro preocupaciones de las sociedades y cuando el tema se internacionaliza. Los horrores y la barbarie del racismo, y especialmente del nazismo, provocaron una reacción de indignación mundial. Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa. Vivir civilizadamente bajo regímenes democráticos y representativos, donde se respete la dignidad humana, para no caer en regímenes salvajes donde impere la ley del más fuerte y del gorila.*

En la elaboración de una definición de lo que son los derechos humanos, se han encontrado algunos problemas, de orden sobre todo ideológico y doctrinario. El concepto depende en gran medida de la orientación que se asuma o de las ideas o tendencias que se profesen. Por ello, se suelen encontrar diversas definiciones con matices distintos y en ocasiones hasta encontradas, en virtud de la dificultad de la relatividad de sus contenidos.

Señala Roccatti (1998) Derechos Humanos, no obstante, su complejidad, es posible estudiar algunas definiciones que pueden servir para ubicarnos en el tema y el objeto central de estos derechos, y analiza a los siguientes autores:

Para el autor Antonio Trovel y Serra, los Derechos Humanos son:

*...los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por esta.*

A su vez, las autoras María Teresa Hernández Ochoa y Dalia Fuentes Rosado proponen la siguiente definición:

*Los Derechos Humanos son los que las personas tienen por su calidad humana, Pero es el Estado el que los reconoce y los plasma en la Constitución, asumiendo así la responsabilidad de respetar estos derechos, a fin de que cada individuo viva mejor y se realice como tal*

Por su parte, Roccatti, define los Derechos Humanos como:

*...al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana.*

Y siguiendo la tendencia histórica, los define como:

*El conjunto de prerrogativas que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna.*

Por cuanto hace al Derecho Positivo, al anterior Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, derogado con la fecha 29 de septiembre de 2003, establecía en su artículo 6°. Una aceptable definición, al señalar que:

*Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados en Bolivia.*

Por su parte Quintana (2009) propone la siguiente definición:

*Se entiende por Derechos Humanos al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan, su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales , ( p. 7).*

### **1.2.3 Otros conceptos de los Derechos Humanos**

Entre los conceptos del término derechos humanos, el diccionario jurídico los define, como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerándolo en lo individual y colectivamente (Becerra y Alférez. 2013, pág. 258)

Los tratadistas del derecho internacional definen los Derechos Humanos como derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados. En sentido objetivo, son normas de derecho público constitucional, de la más alta jerarquía jurídica, que protegen

ciertos bienes jurídicos fundamentales que se consideran inherentes a la personalidad humana y cuya identificación y posición son producto histórico del desarrollo de la conciencia humana y la organización social. Por último, en sentido subjetivo, son las facultades que esta clase de normas otorgan a los titulares para que exijan de los obligados el cumplimiento de obligaciones (Becerra y Alférez. (2013) El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales. pág. 258).

### **1.3 Derechos Fundamentales**

Retomando los diferentes términos que se le han dado a los derechos humanos (Becerra, 2011, p. 112-113), menciona lo que en su obra Gregorio Peces-Barba afirma en el sentido de que el termino derechos humanos es sin duda, uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y filósofos, que se ocupan del hombre, del Estado y del derecho.

Asimismo explica que no es el único termino, al utilizarse de igual manera otras denominaciones tales como: derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales y derechos fundamentales, inclinándose por utilizar el último de los mencionados como forma lingüística más precisa y procedente porque es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que esta supone, y puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas.

Otorgándole con esto, al término derechos fundamentales la inclusión de los presupuestos éticos y morales de la dignidad humana y su relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento; los derechos no quedan en simples pretensiones morales, sino que existe la posibilidad de su realización al momento que adquieren un valor jurídico, al ser recibidos por el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en un instrumento imprescindible para que los individuos se desarrollen en la sociedad.

### 1.3.1 Características de los derechos humanos

Para poder completar y comprender desde una perspectiva internacional el concepto en estudio, es preciso abordar algunas características de los derechos humanos, tales como:

1. **La internacionalización:** La competencia en la materia es ahora compartida por los Estados y la comunidad internacional; los principios de no intervención y soberanía, así como dominio reservado de los Estados se actualizan en contornos nuevos. En virtud de que se ha internacionalizado el control del cumplimiento efectivo de los derechos humanos.
2. **La subsidiariedad:** es el Estado nacional quien tiene prelación en el entendimiento de los casos; el accionar el mecanismo internacional tiene lugar cuando se hayan agotado los recursos internos.
3. **La irrenunciabilidad:** las organizaciones internacionales, por razones éticas, no pueden declinar su jurisdicción cuando estén habilitadas para tramitar casos de violaciones a los derechos humanos.
4. **La progresividad:** que en explicación de los nuevos conceptos de derechos humanos que pueden observarse en cuanto al objeto y por la cada vez más creciente legitimidad internacional del individuo.
5. **La socialización de su alcance:** constituye un avance que comprende a toda la humanidad, se debe en gran medida a la vigencia del principio de igualdad. Contemplado en todas las declaraciones y convenios generales sobre derechos humanos, este principio enuncia que si los derechos humanos son inherentes a la persona, todos los seres humanos, sin excepciones deben poseerlos.
6. **La universalidad:** los derechos fundamentales del hombre son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo, debiendo ser respetados y aceptados por todos los Estados. La ONU en su preámbulo ha comprometido a sus miembros a su cumplimiento como condición esencial de la paz (En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, se dispuso que los derechos humanos sean: universales, indivisibles e interdependientes, siendo estos los pilares en que se sustenta el reconocimiento y protección de esos derechos).

7. **La indivisibilidad e interdependencia:** este es el segundo gran principio que ha de inspirar la promoción y respeto de los derechos humanos.
8. **El catálogo de derechos:** todo sistema de protección internacional de los derechos humanos posee un catálogo de derechos que se reconocen como tales y que los Estados partes se obligan a reconocer y respetar.

También debe destacarse que existen límites a los derechos humanos, dado a la restricción de los derechos por la legislación nacional y la restricción temporal de ciertos derechos; los derechos humanos no son, en general, absolutos y admiten su restricción por la legislación nacional. Para salvaguardar estos derechos, el sistema internacional establece normas que el Estado debe acatar, esto es, las condiciones generales que autorizan a una restricción del ejercicio de un derecho humano deben establecerse por ley y deben señalarse las razones que el legislador puede invocar para restringir tales derechos (Moya 2004, pp. 266-267).

### **1.3.2 La interpretación de los derechos humanos**

En su condición de norma jurídica la interpretación de la Constitución se encuentra supeditada a las reglas básicas y generales de toda interpretación jurídica, pero posee aspectos particulares, al mismo tiempo que como norma suprema supone el criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico.

Dentro de esa interpretación de la Constitución encontramos la de los derechos fundamentales que forman parte de la mayoría de las constituciones y que son aún más particulares en cuanto a su interpretación; ya que poseen rasgos distintivos que hace que su interpretación se realice de forma diferente a cualquier otra norma jurídica. Se tiene por una parte el lenguaje utilizado al constitucionalizarlos; y por otra, una fuerte carga emotiva que condiciona e influye su interpretación (Pérez Luño, 2003, p. 268).

Las constituciones contienen insertos en ella a los derechos fundamentales, sin que se especifique un significado concreto, por lo que corresponde a los operadores jurídicos

llevar a cabo la interpretación de ellos, en primer lugar, dicha tarea es del legislador y posteriormente al resto de los sujetos que utilizan el derecho, los cuales poco a poco van delimitando su significado, siendo clave el papel de la interpretación (Peces, 2004, p. 305).

En el plano constitucional los derechos fundamentales aparecen positivizados a través de dos sistemas: el de la *lex generalis* o de cláusulas generales y el de las *leges speciales* o casuístico, métodos que a su vez, pueden combinarse en un sistema mixto que es frecuentemente utilizado en las constituciones; en el sistema de cláusulas generales los derechos fundamentales aparecen consagrados en forma de valores o principios; mientras que en el sistema de leyes especiales o casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de dichos derechos.

Lo que supone que en el último supuesto los derechos básicos se encuentran expresados en forma de reglas, por lo que, no existen características importantes respecto de su interpretación y pueden seguirse los métodos utilizados para las demás normas (Pérez, 2003, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, p. 268). Las características de los derechos fundamentales, se han clasificado en externas e internas, las primeras se refieren a la relevancia social e individual, pero también a la contemplación de los derechos como instrumentos de legitimación del sistema jurídico; las segundas afectan al resultado de la interpretación de los derechos fundamentales y nos recuerdan su significado para el sistema.

Por lo que, el significado que un operador jurídico otorgue a un derecho, es distinto según los interprete, pudiendo ser entre otros, desde el punto de vista *iusnaturalista* o *positivista*; desde una posición liberal o socialista; según se quiera primar la perspectiva ética o la jurídica; según se defienda una interpretación subjetiva u objetiva. No sólo influirá en la interpretación de los derechos la posición teórica que el intérprete posea de los mismos, sino también su concepción del derecho en general (Peces-barba, 2004, p. 305).

Existiendo diferentes puntos de vista que inclinan a preferir unos argumentos u otros en la solución de problemas de interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales, así como paradigmas o modelos consecuentes de la experiencia histórica doctrinal del constitucionalismo que proporcionan argumentos coherentes para concretar la norma; con

la finalidad de reducir la complejidad del proceso argumentativo y crear seguridad jurídica en la interpretación.

Lo que se conoce como marcos de interpretación o como teorías de los derechos fundamentales. Las teorías aportan argumentos de forma alternativa o conjunta de consideración al debate, lo que puede explicar que, normalmente la jurisprudencia constitucional no es reflejo de una sola teoría, aunque en la interpretación de cada derecho concreto tienda a prevalecer una teoría u otra; en virtud de que no todas las teorías son igualmente convincentes para cada problema en particular; siempre y cuando sean adecuadas y no contravengan a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

#### **1.4 Clasificación de los derechos humanos**

Tres generaciones de derechos humanos Un argumento generalmente adelantado es que los conceptos occidentales de los derechos humanos enfocan en primer lugar los derechos del individuo en oposición a los derechos de la colectividad (Estado o sociedad), mientras que en otras partes del mundo se concede la mayor importancia a los derechos de la colectividad (comunidad, grupo o sociedad) más que del individuo. Este argumento parece suponer que el reconocimiento de los derechos individuales (como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a un juicio justo) va de alguna manera en contra de los intereses de la colectividad.

Muchos de los llamados “derechos colectivos”, si son verdaderamente derechos y no simplemente la expresión de intereses creados de un grupo en particular, reflejan los derechos de los individuos dentro del grupo. Incluso los reclamos de los derechos colectivos que parecen trascender al individuo (como, por ejemplo, los reclamos de las minorías lingüísticas o religiosas con miras a mantener y practicar sus tradiciones dentro de la comunidad más amplia) sirven al beneficio de los individuos que integran al grupo.

Los reclamos de los derechos colectivos no disminuyen la capacidad de los individuos a participar en la sociedad ni a desarrollar al máximo su propia capacidad. De hecho, el

reconocimiento y la protección de los derechos que aseguran el respeto a la dignidad del individuo también proporcionan uno de los apoyos más fuertes para el desarrollo de la sociedad en su totalidad. En este sentido, los derechos individuales pueden efectivamente servir a los intereses de la colectividad.

### **1.5 Dimensión jurídica de los derechos humanos**

El reconocimiento a los derechos humanos a lo largo de su historia ha tenido muchos desafíos en el propósito de encontrar caminos para defender su universalidad en beneficio de todos los seres humanos, con respeto, al mismo tiempo, de su diversidad.

"Si bien los Derechos Humanos son comunes a todos los miembros de la sociedad internacional y a todo el mundo se le reconoce en su naturaleza, cada era cultural puede tener su forma particular de contribuir a la aplicación de esos derechos. Los Derechos Humanos, vistos a escala universal, nos plantean la dialéctica más exigente: la dialéctica de la identidad y de la alteridad, del "yo" y del "otro". Nos enseñan que somos a la vez idénticos y diferentes. Como proceso de síntesis, los Derechos Humanos son, por su misma naturaleza, derechos en evolución.

Quiero decir con esto que tienen a la vez por objeto expresar mandamientos inmutables y enunciar un momento de la conciencia histórica. Así pues, son, a un tiempo, absolutos y puntuales" (ONU. 1993).

#### **1.5.1 Los Derechos Humanos son innatos o inherentes**

**Todas** las personas nacemos con derechos que nos pertenecen, por nuestra condición de seres humanos. Su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana.

#### **1.5.2 Los derechos humanos son iguales y no discriminatorios**

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente, es decir que respeta la diversidad. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

### **1.5.3 Los Derechos Humanos son inalienables e intransferibles**

Las personas humanas no pueden, renunciar a sus derechos o negociarlos a elección. Cuando votamos no transferimos a los elegidos nuestro legítimo derecho a participar políticamente en la vida del país. En realidad, lo que hacemos es delegar en representantes la responsabilidad de llevar adelante nuestro mandato, ideas o propuestas, lo que es muy diferente a otorgarles o transferirles nuestro derecho a participar libre y abiertamente.

No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

### **1.5.4 Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones**

Los Estados se apropian de las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben inhibirse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La necesidad de protegerlos exige que los Estados no permitan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. Les decir que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

La aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

## **1.6. Principios en los que se sustentan los derechos humanos**

### **1.6.1. El principio de la universalidad**

Todas las personas tienen la potestad de todos los derechos humanos. Dicho principio se encuentra estrechamente relacionado a la igualdad y no discriminación. No obstante, para lograr la igualdad real se debe atender a las circunstancias o necesidades específicas de las personas.

### **1.6.2. Principio de Interdependencia**

Consiste en que los derechos humanos se encuentran ligados entre sí, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos que se encuentran vinculados.

### **1.6.3. Principio de Indivisibilidad**

Implica que los derechos humanos no pueden ser divididos sea cual fuere su naturaleza. Cada uno de ellos conforma una totalidad, de tal forma que se deben reconocer, proteger y garantizar de forma integral por todas las autoridades.

### **1.6.4. Principio de interdependencia e indivisibilidad**

Todos los derechos humanos, sean los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. La evolución de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

### **1.6.5. Principio de Progresividad**

Constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los derechos. El Estado debe proveer las condiciones más óptimas de disfrute de los derechos y no disminuir ese nivel logrado.

### **1.7. Los valores de los derechos humanos**

Se entiende por valores de los derechos a aquel conjunto de límites que emergen de la dignidad de la persona o del conjunto de sus prerrogativas tal como éstas son estimadas y salvaguardadas en las sociedades.

#### **1.7.1 Libertad**

Base primordial de la existencia humana que ningún otro valor relacionado con costumbres o tradiciones puede vulnerar. Es importante subrayar que el ser humano que desee la libertad para sí mismo no podrá alcanzarla mientras esclavice a otro.

#### **1.7.2 Igualdad**

Todos los seres humanos, independientemente de sus diferencias y orígenes, son iguales ante la ley. La prisión, la tortura, el maltrato o el abuso del poder arbitrario se oponen a este principio fundamental.

#### **1.7.3 Justicia**

Los seres humanos son iguales en derechos y deberes. Las personas deben responder por sus acciones en el marco de una justicia que sentencia sobre la base de leyes establecidas democráticamente.

#### **1.7.4 Dignidad**

Resguarda el derecho de las personas a ser tratadas según sus decisiones, intenciones y manifestaciones de consentimiento. Es importante tener presente la relación de interdependencia existente entre los Derechos Humanos, es decir, que la vigencia de unos es precondición para la plena realización de los otros, de forma tal que la violación o desconocimiento de alguno de ellos termina por afectar otros derechos.

Dada su imperatividad erga-omnes, es decir, al ser universalmente obligatoria la aplicación de estos derechos bajo cualquier punto de vista e incluso en aquellos casos en que no haya sanción expresa ante su incumplimiento, les da un carácter de exigibilidad ante los Estados. Por ello, existen niveles de obligaciones comunes a todos los Derechos Humanos, que corresponden a una obligación de respeto, una obligación de protección y una obligación de satisfacción. De modo tal que ninguna categoría de derecho es en sí misma más o menos exigible, sino que a cada derecho humano le corresponden distintos tipos de obligaciones exigibles.

#### **1.8. Derechos humanos y tutela judicial antecedentes de su aplicación**

La tutela judicial efectiva surge como una respuesta a través de la historia considerándola como una herramienta de administrar justicia y obtener sentencias propias en espiritualidad del derecho, teniendo premisas de reunir ciertos requisitos para poder invocar garantías integradas a una legítima defensa, en las incidencias por parte de los tribunales.

El término tutela judicial tiene una naturaleza compleja que se desarrolla en distintas vertientes, sea en la vertiente procesal o de derechos humanos. A través del tiempo asoma pero no aparece detallada como un concepto propio, sino más bien como una figura jurídica reconfortante y oportuna para sus inicios. En 1978 aparece como un concepto conciso y prolijo donde denota una fuerza jurídica sin obstáculos.

Art.24.- Todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos, sin que ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia del letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 29 de diciembre de 1978)

Ya constituida, surge como amparo a la defensa que requieren los ciudadanos frente a los tribunales, al exigir una respuesta por parte de los órganos públicos y de quienes lo conforman, para así conseguir una respuesta razonable en razón a un derecho. Debiéndose promover una intervención viable en razón de la defensa y aplicación esencial en virtud del derecho y las garantías propias de un estado de derecho.

Por otro lado, años atrás en el mismo Continente Europeo la tutela judicial efectiva de manera subjetiva aparece en la Constitución de la República Italiana (1947), que expresa lo siguiente: *“Toda persona puede acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y prescribe que la defensa constituye un derecho inviolable en todo estado y etapa del procedimiento”* (Zurita García, 2020, pág. 6). Estableciéndose como un mecanismo de protección a los intereses legítimos, sin duda marca una relevancia jurídica y fundamental para las personas o sujetos revestidos de derechos respecto a sus intereses jurídicos dentro del marco del proceso y de derechos fundamentales.

De acuerdo a Echeverría y Suárez (2013) en (Zurita García, 2020) se señala que, aunque en los instrumentos internacionales no se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, en su contenido se hace referencia a este derecho como *“el derecho a un recurso efectivo”*. Inclusive ha sido dotado de características, como el hecho de que el recurso sea sencillo, efectivo, eficaz y conocido por un juez competente. (Pág.7).

Cuando no hay decisiones motivadas o legítimas se vulnera la Tutela Judicial efectiva que ampara derechos y garantías, por ende, el no tomar acciones implicaría entrar en un estado de restricción de libertad y justicia. Las ideas antes nombradas son figuras que se configuran dentro del marco del debido proceso y el deber prestacional del Estado, ya que resulta indispensable generar libertad dentro de un estado democrático y de justicia.

En Solano (2018) se señala que: son derechos reconocidos con el rango de fundamental en todo el mundo, pero que presentan rasgos netamente procesales y también de carácter constitucional, de todas maneras, es un componente significativo el debido proceso, así consta en nuestra normativa junto a principios de inmediación y celeridad, de tal forma que el ser humano no quede en indefensión. (Alarcón Palomeque, 2020, p. 9)

A raíz de la segunda guerra mundial los países buscaron forma de desarrollo para el Estado, siendo la nueva génesis de un estado de derecho, con figuras jurídicas que serían el abanico para la protección de derechos fundamentales. Con la implementación de esas figuras jurídicas se buscaba garantizar una protección de derechos y un acercamiento efectivo a la justicia, es decir, un acceso que solo la tutela judicial efectiva podría brindar.

Habiendo una concepción clara de la tutela judicial efectiva desde una perspectiva constitucionalista y procesal, se sostiene que un acceso a la justicia consiste en que, el órgano jurisdiccional brinde los derechos y garantías requeridas por los ciudadanos. Resulta lógico pensar que la tutela judicial efectiva en el desarrollo de la historia, se manifiesta y precisa como una herramienta que permite el acceso al órgano jurisdiccional, convirtiéndose en una figura jurídica que hace efectivo el goce de los derechos.

Dejando atrás toda expresión procesal y asistencia jurídica que ha ofrecido la tutela judicial efectiva, es importante indicar que su consagración en los tratados internacionales determina su importancia jerárquica, siendo un instrumento positivo para las personas y los países que la han adoptado en su marco normativo puesto que es un eje esencial de protección de derechos.

## **1.9. El derecho penal mínimo la última ratio**

El Derecho Penal desde hace tiempo ha dejado de ser esa última, seria y limitada herramienta de respuesta/intervención del Estado contra los indeseados comportamientos humanos que afectaren bienes jurídicos penalmente relevantes y se ha transformado, por diferentes causas, en la primera opción con que el Estado cuenta para tratar de contener la demanda social de la seguridad. Esto ha hecho que se considere como la solución prodigiosa a todos nuestros males, incluso los más complicados e intrincados, llevándola a irrumpir violentamente en lugares donde no está llamado a intervenir y dejando a un lado la racionalidad y legitimidad legislativa que requiere su implementación.

En los últimos años la seguridad se ha convertido en un paradigma que todo lo justifica y esto ha puesto en crisis nuestro sistema garantista de Derecho Penal, todo parece estar permitido en aras de la seguridad ciudadana.

Dentro de la llamada “sociedad del riesgo”<sup>2</sup> en la que vivimos la legislación penal ha tomado un tinte represivo, que promueve el castigo con una absoluta ineficacia frente a los problemas reales (BECK, 2006. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.

La Argentina como muchos otros países democráticos está aquejada de una serie de políticas criminales indebidamente utilizadas, de manifestaciones, de tendencias que están acabando con el garantismo penal en la actualidad y progresivamente notamos cómo el Derecho Penal escora cada vez más hacia un modelo aporofóbico, de exclusión social y actúa como un medio de control de esos individuos excluidos.

Este garantismo se ha desarrollado en Italia dentro del ámbito del Derecho Penal como teoría y como práctica jurídica y social en oposición a la legislación de emergencia y la demagogia del populismo penal que se basa en la ilusión de que la disminución de las garantías puede producir más seguridad. En este sentido el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la minimización del terrible poder, como llamaba

Montesquieu, que es el poder punitivo. La definición de garantismo penal es sencilla de comprender, pero no tanto de ponerla en práctica, (Ferrajoli, (1995). Derecho y razón) nos dice que se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado y puede considerarse como la otra cara del constitucionalismo y los derechos fundamentales.

Entre esos límites encontramos los principios fundamentales de esta materia, es decir las garantías de inmunidad frente al arbitrio del *ius puniendi*, que son el principio de legalidad, taxatividad, intervención mínima (última ratio), *non bis in ídem*, culpabilidad, resocialización de la pena, proporcionalidad, etc.

Dicho esto, comenzaré con el trabajo de investigación abordando de manera sintética algunos de los factores que ponen al Derecho Penal frente a nuevas situaciones complejas y problemáticas y que afectan nada más ni nada menos que a los pilares primordiales en los que descansa y se sustenta esta rama del saber jurídico.

Si bien dentro de nuestras legislaciones son muchas las patologías que padece el Derecho Penal actualmente que deben ser neutralizadas y a su vez muchos los principios fundamentales afectados, voy a centrarme en aquellos que he considerado trascendentales en la relación del Derecho Penal y la exclusión social como consecuencia inherente a la violación de estos principios. No solamente pondré de manifiesto por qué están en crisis, sino que también propondré algunas de las posibles vías para volver al garantismo, para reivindicar esos principios clásicos que limitan el *ius puniendi* del Estado en el momento actual de la República Argentina y el resto del planeta y así comenzar a revertir el fenómeno excluyente del sistema.

En primer lugar, debemos referirnos al principio de legalidad porque estamos hablando de uno de los principios más importantes del Derecho Penal en la actualidad, cuya esencia es como lo consagró Paul Johann Anselm Von Feuerbach en su máxima “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*”, que significa: no hay delito ni pena sin ley previa. Este

constituye el pilar esencial de un sistema penal que se considere garantista y el principal límite al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, pues los poderes públicos se hallan sometidos a la autoridad de la ley en toda su dimensión y esto supone que el procedimiento penal se pueda desarrollar con plenas garantías. La primera crisis que encontramos en la actualidad es respecto a la reserva absoluta de ley y la inflación penal. La reserva absoluta de ley impone que la materia penal esté exclusivamente recogida en determinadas leyes y con un rango determinado.

Sin embargo, cada vez proliferan más los tipos penales en los que no solamente aparecen elementos normativos, sino que son leyes penales en blanco y remisiones interpretativas o en bloque, es decir, nos remiten a otra rama del ordenamiento jurídico que normalmente tienen un rango inferior a la ley que es exigible en la normativa penal configurándose así un confuso laberinto normativo, por lo tal está habiendo una infracción de este principio de reserva absoluta de ley. Las remisiones en bloque se caracterizan cuando se dice “*con infracción de la ley y sus reglamentos*”. Por ejemplo, en el Código Penal español cuando se describe a los delitos contra la salud e higiene del trabajo, se exige “*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*”<sup>4</sup>; está remitiendo en bloque ahí, porque eso se convierte en un presupuesto, por lo cual tenemos que ir primero y ver en esa normativa si hay alguna infracción de las leyes y reglamentos y después ya analizar si se dan los elementos del tipo penal.

En materia de medioambiente ocurre lo mismo, primero tenemos que ir a las leyes administrativas, ver si se da esa contradicción de esa conducta con las leyes y reglamentos en materia medioambiental y después ya ver si ya se dan los elementos del tipo. En el Código Penal argentino también lo podemos encontrar en diferentes tipos legales con la fórmula “*por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas/ o deberes*”. Así vemos como hay remisiones en bloque y aunque es una técnica necesaria porque tampoco en el Código Penal se puede definir absolutamente todo, algunas de las exigencias propias del principio de legalidad penal (ley escrita, ley cierta) se ven afectadas por la existencia de leyes penales que reenvían a normas de rango inferior.

Otro principio que en la actualidad se está viendo cuestionado es el principio de taxatividad y certeza. La superación del mandato de certeza es uno de los instrumentos básicos con que avanza la pretensión del moderno Derecho penal de ampliar el ámbito de su intervención penal. Cada vez son más los tipos penales emplean términos difusos, flexibles, no definidos para que existan interpretaciones vagas y así crear inseguridad e incertidumbre jurídica sumado a un alto grado de arbitrariedad judicial. Por poner dos ejemplos de términos básicos que no hemos llegado a un acuerdo, no los hemos definido y que los empleamos continuamente: ¿Qué es el tráfico? (Tráfico de drogas, tráfico de inmigrantes, tráfico de bienes prohibidos, tráfico de bienes culturales, etc.). ¿Qué es la violencia? o ¿Por qué la violencia tiene un significado en el ámbito sexual y otro en el ámbito patrimonial?

Se han elaborado numerosos y extensos trabajos de investigación para tratar de definir estos conceptos vagos, oscuros, ambiguos porque como consecuencia de ellos se suprime la estricta legalidad de los delitos y se permite el adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho penal, facilitando la imputación penal.

Siguiendo con los lineamientos críticos, nos enfrentamos con la violación del principio *non bis in ídem* que cada vez es más frecuente sobre todo por la administración del Derecho Penal: nos encontramos con numerosas conductas que se sancionan en el ámbito administrativo pero también en el penal.

Este prohíbe sancionar dos veces la misma conducta cuando existe identidad del sujeto, hecho y fundamento de la sanción pero podemos ver como en España, por ejemplo, se creó una medida para justificar la imposición de sanciones disciplinarias a los internos en un centro penitenciario además de la responsabilidad penal en su caso. ¿Cómo hicieron para compaginar el injusto penal y el injusto disciplinario? Creando un término que se estableció en el ámbito penitenciario para justificar la no infracción del *non bis in ídem* e imponiendo ambos tipos de sanciones y es lo que se conoce como “libertad vigilada”<sup>7</sup>: una vez que los reclusos cumplen condena de determinados delitos graves, se les impone una medida durante un período de tiempo que puede ir hasta diez años en el peor de los casos.

De esta forma con esta medida se está castigando el mismo hecho dos veces porque es una medida pos penitenciaria, una vez que se ha cumplido la condena. Otro tema en el que me detendré más adelante es el del instituto de la reincidencia que también configura una vulneración a este principio porque lo que hace es agravar una pena valorando hechos delictivos que el mismo individuo cometió anteriormente y ya fueron juzgados debidamente en su momento; de esta manera se está “reiniciando” ese proceso, se lo está juzgando otra vez por aquellos hechos y se los utilizan para juzgar el nuevo ilícito penal y así consecuentemente aumentar la sanción por ser considerado reincidente; esto afecta precisamente a la reintegración del sujeto en la comunidad contrariando a su vez principios fundamentales del Derecho.

Con respecto al principio de intervención mínima sabemos que el Derecho penal se justifica sólo en cuanto protege a la sociedad y pierde su justificación si la intervención se demuestra inútil, incapaz para evitar y, habida cuenta de la gravedad de los instrumentos de los que se sirve, también perderá su justificación si existen otros mecanismos de control social menos graves y violentos para la tutela de bienes jurídicos. Este principio también aparece lesionado por la dialéctica de la modernidad y nos encontramos con que en la actualidad se llevan a cabo determinadas intervenciones penales basadas, ya no en el principio de prevención sino en el principio de precaución (sospecha).

Este principio de precaución presume que una determinada conducta va a producir un resultado lesivo. Hay que recordar que es necesario optimizar la libertad de los ciudadanos y que el Derecho Penal siempre conlleva violencia, es por ello que debe ser un recurso excepcional, no debe huirse hacia él para resolver cualquier tipo de conflicto social; solamente debe intervenir castigando aquellas conductas más graves que lesiones un bien jurídico determinado.

La pena es un bien escaso que el legislador no puede derrochar castigando muy severamente delitos de escasa gravedad, pues entonces perderá eficacia intimidadora. Un elemento esencial para que la pena sea proporcionada en relación a la gravedad del delito a partir

de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. Ha pasado de ser un límite a la prevención general que puede pretender el legislador o el juez a la hora de determinar la pena a que actualmente se utilice como fundamento para elevar los marcos penales, e impedir la imposición de penas mínimas por el juez.

## **CAPÍTULO II**

### **DIAGNÓSTICO**

#### **2.1 Resultados de la guía de revisión documental**

- **Concepción del derecho penal como última ratio en Bolivia**

Es casi común pensar que la instrumentalización normativa y ejercicio del poder penal es asunto privativo de la técnica especializada y la agencia política. Esta alianza en su intento de encontrar apoyo popular y dar crédito a sus acciones, resta valor a la importancia estructural de esta empresa, haciendo énfasis desmedido en la propaganda política y las fórmulas jurídicas cerradas y abstractas, que, por su propia naturaleza, tergiversan la razón de cualquier actividad.

En América Latina de manera especial en Bolivia es preocupante la pobreza discursiva sobre el porqué, para qué y cómo llevar adelante cualquier reforma del sistema penal, lo que desencadena a nivel jurídico normativo la acumulación de un sinnúmero de instrumentos normativos de toda raigambre ideológica, entre los que destacan aquéllos notoriamente antidemocráticos como es el caso del Código Penal Militar y la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, y una percepción social superficial sobre los alcances de la intervención punitiva del Estado.

Este problema precisa a nivel teórico y práctico, el análisis y crítica del contenido de dos principales modelos de Estado, política criminal y derecho penal; y la coherencia discursiva de cualquier reforma penal en las tres instancias.

Tradicionalmente se considera que el Estado de Derecho "se caracteriza porque toda la actividad del Estado está sometida a la ley, y en consecuencia todos los ataques a los derechos ciudadanos necesitan un fundamento legal". Carl Schmitt señala sus características apuntando: "a) que sólo sobre la base de una ley son posibles los ataques a la esfera de la libertad individual; b) que toda la actividad del Estado está repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas; c) que se garantiza la independencia de los jueces". De este modo, "Estado de Derecho significa estado del derecho, o del derecho

como dueño y señor del Estado" y el "ideal del Estado de Derecho radica en la estructuración judicista de la toda la vida política".

No obstante, esta aproximación teórica permite conocer los rasgos más característicos del Estado de Derecho en su instrumentalización normativa, y de este modo, a contrario sensu su ausencia en el Estado Autoritario; la idea del Estado de Derecho y el Estado Autoritario, implica a nivel teórico político y filosófico jurídico, un problema de mayor consideración.

Hans Kelsen considera la voz Estado de Derecho un pleonismo. Ha dicho que el Derecho y Estado no son meramente dos aspectos o lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reserva idénticos. Todo acto del Estado es a la vez acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición de Derecho. No supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, que sea Estado de poder o Estado de Derecho. Todo Estado, según este autor, tiene que ser Estado de Derecho. El poder del Estado es meramente la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad dada; lo mismo es el Derecho. Según Kelsen es algo totalmente injustificado hablar de un dualismo entre Estado y Derecho (Bodenheimer. 1994).

Sin embargo, esta posición es insuficiente pues no distingue la verdadera naturaleza del Derecho y su distinción del Poder. Hay dos formas extremas de vida social humana en las que el poder tiene una influencia ilimitada. Una de ellas es la anarquía; la otra, el despotismo.

En relación a la anarquía, se conoce que hombres como Bakunin y Kropotkin, adherentes del anarquismo colectivista, estaban convencidos de que los hombres eran por naturaleza esencialmente buenos y de que sólo el Estado y sus instituciones les habían corrompido. Creían que los hombres tienen un profundo instinto de solidaridad y que tras la destrucción violenta del gobierno organizado, serían capaces de convivir en un sistema perfecto de libertad, paz, armonía y cooperación. En lugar del Estado coactivo existiría una libre asociación de grupos libres; todo el mundo podría unirse al grupo de su elección y separarse de él en cuanto lo deseara. La cooperación sería entonces la ley suprema de la sociedad.

Por su parte, en el despotismo, el aparato burocrático goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige, que puede manifestarse de dos formas: significando el régimen puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder; o apareciendo en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta o finge querer realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y es a la vez más peligrosa (Bodenheimer. 1994) y es expresiva del Estado Autoritario, explicado más adelante.

En palabras de Bodenheimer, la naturaleza del derecho en general radica en que es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder de gobierno (Bodenheimer. 1994). El poder representa, en el mundo de la vida social, el elemento de lucha, guerra y sujeción. Por el contrario, el Derecho representa el elemento de compromiso, paz y acuerdo. En un sistema social en el que el poder tenga una influencia ilimitada, la tendencia será hacia la opresión o eliminación de los más débiles por los más fuertes. Contrariamente, en un sistema social donde impere el Derecho se intentará reajustar las relaciones humanas por medios pacíficos y evitar la lucha constante e innecesaria. Por consiguiente, la idea de Estado de Derecho no es pleonasma, ni tampoco equiparable a la idea de Estado de Poder.

Esta equivocada concepción juspositivista sobre el Estado de Derecho, tiene su razón de ser en el relativismo axiológico frecuente en sus pensadores. Hans Kelsen sostiene que todo posible contenido puede ser Derecho; y, es más, que no hay comportamiento humano que como tal y por razón de su contenido, no pueda ser contenido de una norma jurídica. La validez de esta última no puede ser negada porque su contenido contradiga otra forma que no pertenece al orden jurídico.

Este extremo puede verse reflejado en el denominado nihilismo filosófico jurídico adoptado por Radbruch. Éste sublima la extensión del Derecho con formulaciones plásticas

cuando señala que para el juez es una obligación profesional prestar vigencia a la voluntad de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico al mandato jurídico autoritativo, preguntar solo qué es Derecho, y nunca también si es justo. Esta cuestión es retratada en las siguientes palabras: "Despreciamos al sacerdote que predica contra su propia convicción, pero veneramos al juez que no permite que su sentimiento jurídico contrario le aparte de la fidelidad a la ley".

En este marco el positivismo ha destruido la razón haciendo de ella un entendimiento técnico e instrumental. Para el Derecho, significa su entrega total al poder establecido. Derecho es lo que está determinado por la autoridad competente; el poder soberano puede imponer todo contenido jurídico, incluso el absolutamente inmoral.

Contrariamente, bajo la concepción jusnaturalista, el Estado de Derecho parte del reconocimiento de una existencia humana dotada de sentido. Desde la perspectiva kantiana la validez del orden social está sujeta a priori a un fin material: la persona moral. Por virtud de esta autonomía de la libertad, la persona es soporte del orden ético universal, y con ello, fin en sí mismo.

El mismo Kant ha dicho con razón que la autonomía de la libertad es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana, y de toda naturaleza racional. En el Estado de Derecho, el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo; y no como medio sujeto al abuso de la fuerza y la voluntad. Es decir, el Estado de Derecho "reconoce al hombre como entidad ética diferente del Estado, autónoma y superior, pues el hombre, en última instancia es su finalidad. A su turno, la entidad ética del Estado solo se entiende y legitima si está al servicio de la entidad ética del individuo".

De ahí que el sometimiento del hombre a la ley propia del Estado de Poder, supone el desconocimiento de esta naturaleza moral del hombre y la adopción de un modelo organicista de la sociedad, que, en definitiva, no guarda relación con el Estado de Derecho. Con palabras enfáticas Giovanni Sartori critica la actual negación del individuo mediante la

tergiversación lingüística: "... Existe hoy quien desprecia el descubrimiento del individuo y de su valor usando individualismo en sentido derogativo.

Quizá un exceso de individualismo es negativo, y ciertamente el individualismo se manifiesta en formas decadentes. Pero al hacer balance no debe escapárenos que el mundo que no reconoce valor al individuo es un mundo despiadado, inhumano, en el que matar es normal, tan normal como morir. Era así para los antiguos, pero ya no lo es para nosotros. Para nosotros matar está mal, mal porque la vida de todo individuo cuenta, vale, es sagrada. Y es esta creencia de valor la que nos hace humanos, la que nos hace rechazar la crueldad de los antiguos y, todavía hoy, de las sociedades no individualistas".

Dentro de este contexto el Estado de Derecho como término medio entre las dos formas de expresión del poder, esto es, anarquía y despotismo, encuentra su correlato en la forma democrática de gobierno. Del mismo modo, tan problemático cuando no imposible, es fundar la democracia en los supuestos iuspositivistas anteriormente dados. Desde los días de Protágoras se ha intentado, una y otra vez, justificar la democracia desde el punto de vista del relativismo. El relativismo escribía Radbruch en el prólogo a su Filosofía del Derecho (1932) es el presupuesto mental de la democracia. La democracia para esta corriente, rechaza identificarse con una determinada concepción política, y está más bien, dispuesta a entregar la dirección del Estado a toda concepción política que acierta a conquistarse la mayoría; y ello porque la democracia no conoce un criterio unívoco para la justicia de las concepciones políticas, ni reconoce la posibilidad de un punto de vista por encima de los partidos.

El relativismo axiológico olvida, en palabras de Sartori, que la democracia "es un ideal, sin esta tensión ideal una democracia no nace, y, una vez nacida, se distiende..."<sup>15</sup>, es decir "del mismo modo que el relativismo se anula si se aplica a sí mismo, así también la democracia se anula si se relativiza entendiéndose a sí misma como tolerancia de todo punto de vista; es decir, si se muestra dispuesta a entregar la mayoría de la dirección del Estado a toda concepción política capaz de alcanzar una mayoría. Cuando el relativismo se deja llevar por este camino, lo que hace es entregar a la decisión del poder la polémica espiritual en torno a la verdad y la justicia".

La idea fundamental de la democracia, y de todo Estado de Derecho es, por ello, según el propio Welzel "el aseguramiento de la disposición fundamental de todos los grupos en lucha por el poder político, a que la lucha por el orden social justo sea llevada a cabo como una lucha de ideas, sin tratar de aniquilar como enemigo al que piensa de otra manera, tan pronto se han conseguido la mayoría y el poder. En la democracia, todo el mundo tiene el derecho a expresar su opinión, siempre que el mismo esté dispuesto también a escuchar la opinión contraria.

La democracia descansa en la idea fundamental de tolerancia recíproca, no de tolerancia unilateral, y el mismo principio de la mayoría está subordinado a aquella idea. En este sentido, la democracia es una *société ouverte*. Uno de sus elementos integrantes es el aseguramiento de la libertad frente a aquellos grupos que pretenden utilizar la tolerancia para aniquilar la libertad"<sup>17</sup>.

Esta tolerancia recíproca tiene su explicación histórica al final del siglo XVII, después de los desastres y horrores de las guerras de religión. En este tiempo se va afirmando lentamente la creencia de que la diversidad y también el disenso son compatibles con el mantenimiento del conjunto, la idea de que la concordia implica también discordia, en otras palabras, la idea de la "concordia discors".

En definitiva, la igualdad jurídica como principio que incluye diferencias personales y excluye diferencias sociales, se sustenta sobre el valor primario de la persona y el consiguiente principio de tolerancia<sup>19</sup>. Este principio es tutelado por el Estado boliviano en el artículo 6 de su Constitución Política: "I. Todo ser humano... goza de los derechos, libertades y garantías... sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole... II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado".

Por último, el método más simple para caracterizar al Estado Autoritario como forma de Estado y de gobierno es el de recurrir a las definiciones a contrario. Desde este punto de

partida se caracteriza por: a) gobierno no democrático; b) gobierno no constitucional; c) gobierno por la fuerza o violento. Después de todo lo dicho, pueden enunciarse detrás de esta gama de significados: la violación de la autonomía de la libertad del ser humano, utilizado para fines del interés político, por ende, el total o parcial rechazo de la dignidad humana e igualdad de los hombres ante la ley; la ausencia de tolerancia recíproca y la consiguiente utilización de la fuerza en desmedro de las ideas opuestas al régimen imperante.

El Estado Autoritario encierra tres características primordiales: "irracionalismo, intuicionismo y voluntarismo", es decir, en su desarrollo cultural es latente la primacía de ideas infranqueables e indiscutibles. Entonces el "Estado no es por ni para el individuo, sino al contrario, el individuo es por y para el Estado", idea que cabalmente se ajusta al postulado del Duce: "nos basta con tener un punto de referencia: la nación" (Mussolini, citado por Touchard, 1993, pp. 608- 609). Aunque la fórmula del discurso autoritario se manifiesta en la frase todo en el Estado, en realidad el aparato burocrático despliega sus acciones bajo la máxima "todo para el Estado".

### **2.1.1 Políticas criminales excluyentes: tolerancia cero y populismo punitivo**

En la actualidad se recurre al Derecho Penal para asegurar y apoyar una política determinada, con el aval de la "eficacia" y así podemos hablar de la expansión irracional en el derecho penal que ha habido para castigar los pequeños y medianos delitos cometidos mayoritariamente por los marginados sociales.

El Derecho Penal moderno ha convertido a la prevención que siempre se consideró como un objetivo secundario en su primordial finalidad y para lograr esto utiliza diferentes medios e instrumentos como por ejemplo la creación indiscriminada de tipos penales o agravación de penas ya establecidas, encontrando en nuestro Código Penal una serie de tipos penales que infringen el principio fundamental de intervención mínima.

Aquí aparecen muchas corrientes político-criminales que han sido tomadas como bandera por diferentes gobiernos de turno, pero la más conocida y desarrollada a nivel

mundial y la que mayor resultado exitoso ha dado según sus detractores es la política conocida como “tolerancia cero”.

Esta corriente ideológica se gestó en los Estados Unidos como consecuencia de los atentados del 11 de Septiembre por el ex alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, y tenía como fin último castigar cualquier tipo de faltas, de infracción al orden público partiendo de la hipótesis de que aquel que comete cualquier tipo de infracción de las ordenanzas municipales, del orden, acabará cometiendo un delito mayor y antes de que lo cometa, lo mejor es elevar esas pequeñas infracciones, esas pequeñas faltas, a la categoría de delito porque así se estará impidiendo que se convierta en un delito (Teoría “Broken Windows”).

Esto ha dado lugar a castigar penalmente comportamientos simplemente molestos, incívicos o de escasa relevancia penal que inciden en la vida cotidiana de los ciudadanos, sometiendo a control y vigilancia a determinados sectores de la población que se consideran peligrosos, sobre todo los barrios marginales, y así profundizando la brecha entre unos ciudadanos y otros. Vale aclarar que estas conductas ni siquiera alcanzan el nivel de infracción penal y se fundamentan como dije anteriormente en llevar a cabo una acción de represión frente a los colectivos considerados de riesgo y bajo sospecha del Estado.

La “tolerancia cero” es una tendencia encuadrada bajo el rótulo “law and order”, cuya lógica es que la pretensión de seguridad es prioritaria y tiene como resultado la búsqueda del máximo de seguridad en todos los órdenes. Como consecuencia, el viejo lenguaje de causalidad social es desplazado por un nuevo léxico de (factores de riesgo, estructuras de incentivos, oferta y demanda, costo del delito, etc.) que traduce formas de cálculo económico al campo criminológico. Así es como busca penalizar en su conjunto la inseguridad social y sus consecuencias, es decir, su objetivo es criminalizar y estimular la persecución policial de conductas que carecen de relevancia penal.

Esta persecución está asociada a faltas y conductas que ni siquiera alcanzan el nivel de infracciones penales, confundiendo problemas de simple prevención policial de comportamientos incívicos con conflictos sociales penales. Se trata de una política criminal

que enfatiza en el uso de la fuerza pública, de la violencia institucional que se despliega sobre determinados grupos que generalmente son los inmigrantes, los drogadictos, los desempleados, los que carecen de domicilio legal, aquellos que en definitiva se encuentran apartados en barrios oficialmente criminalizados.

Así las clases privilegiadas no son alcanzadas por el sistema, entonces las probabilidades de caer preso de un individuo se condicen con el lugar en la estructura piramidal social en la que se encuentra: cuanto más abajo está uno en la escala social mayores son las posibilidades de ser aprehendido por el sistema penal.

El resultado de todo esto es oprimir a la población a un rol precario, sobre todo a aquellos que no participan del proceso productivo o de consumo y que no tienen un rol específico en la sociedad. Esto a su vez provoca una mayor exclusión que en lugar de aumentar la seguridad de unos pocos, lo que hace simplemente es incrementar la inseguridad de todos ya que cuanto más profundizamos en la marginalidad, en la discriminación y en el sometimiento generamos más aislamiento y conductas peligrosas y antijurídicas por parte de los miembros de ese colectivo marginado.

Este desplazamiento de los marginales hacia las zonas de periferia se produce por la represión sistemática que ejerce la policía, trasladando esa delincuencia hacia fuera de los centros urbanísticos e imponiendo la idea de que la hacen desaparecer cuando en realidad es desplazada. Esta política se critica también por no centrarse en los motivos sociológicos de aquellas pequeñas infracciones, sino en las consecuencias y por ende no es eficaz a la hora de prevenirlas; por esto la podemos considerar críticamente como una propaganda política más que una herramienta eficaz e integral contra la criminalidad ya que se limita sólo a reprimir el hecho y no atiende al problema de fondo.

Podemos ver entonces que estamos actualmente ante un derecho penal de la peligrosidad que es profundamente clasista, que se ensaña contra la pequeña delincuencia y que es un derecho penal innecesario desde el punto de vista político-criminal porque no va a evitar que sigan ocurriendo los hurtos, esos pequeños robos pero que son muy útiles para los

poderosos y para el control social y por eso es que se lleva a cabo esta nueva política basada en la peligrosidad. Aparece así lo que se denomina el Derecho Penal de la seguridad, es un Derecho Penal autoritario en el que el Estado tiene que vigilarlo absolutamente todo y por eso, cada vez lo que se hace es castigar más y más esas pequeñas y medianas conductas cometidas por los discriminados sociales. El derecho se convierte en un derecho de gestión de estas personas excluidas, y sirve para poder vigilar a esas masas esencialmente creando espacios urbanos fortificados.

Esto guarda relación con una política criminal que se conoce con el nombre de “populismo punitivo” o informalmente llamado de “mano dura” y que se ha insertado en la sociedad de una forma abrumadora con la excusa de aplacar la inseguridad ciudadana y renovar la confianza en la justicia penal. Creo que es importante traer a colación una definición que nos da el catedrático Eduardo Jorge Prats quien nos dice que el populismo punitivo “es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad”.

Buen uso hace de la palabra “aparentemente” en su concepto porque si analizamos profundamente el trasfondo de estas políticas notaremos que lo que hacen es implantar una sensación de seguridad en cabeza de los ciudadanos con la aplicación de normas severas de tolerancia cero y mano dura en contra de los que delinquen, con el pleno conocimiento de que esas medidas sólo tienen como objetivo lograr una imagen positiva de la gestión gubernamental en materia de seguridad pública. Lo que hace es crear una alarma de inseguridad en la sociedad, crear una emergencia urgente en el discurso de los partidos políticos de turno y de los medios masivos de comunicación monopolizados y luego se toman medidas inmediatas atendiendo a esa demanda social, conforme a lo que siente y reclama el pueblo para luego poder sacar provecho político. Así el pueblo se siente satisfecho al ver que el Estado está actuando en pos de su seguridad, cuando en realidad lo que ocurre es que se está desviando la mirada de otros problemas más serios y complejos.

Es algo de lo que también nos habla Garland en su trabajo sobre la “*Cultura del control*”, ha puesto de presente que la política criminal contemporánea se encuentra marcada por una profunda politización y populismo por la cual las decisiones sobre asuntos referentes al control del delito son adoptadas atendiendo a una búsqueda de dar golpes de efecto en la opinión pública con la intención de obtener réditos electorales.

Esto ha significado una menor consideración de un abordaje experto de la delincuencia y del fenómeno criminal, con descuido de las explicaciones que proporcionan las investigaciones criminológicas como elementos relevantes en la decisión político criminal. Por el contrario, se apela constantemente al sentido común y a la autoridad del pueblo, que reclama medidas contundentes. Aún más, ocurre incluso que los poderes públicos fomentan activamente tales demandas ciudadanas, sirviéndose de ellas con fines más o menos loables, sea para dar la impresión de eficacia frente al delito, sea para desviar la atención. Esta dinámica conlleva un empobrecimiento del debate social sobre estos asuntos por un abordaje simplista y uniforme de los mismos, así como por la exclusión de puntos de vista y alternativas plurales. El miedo, la renovada obsesión por la seguridad y la demanda de medidas penales para aplicar dichos temores han traído consigo un cambio de paradigma sustancial.

El populismo también se nutre de la distinción entre *ciudadano e individuo peligroso, reservando para el peligroso el incremento de las penas de prisión y un severo endurecimiento del régimen de cumplimiento*. Lo que hace es utilizar términos bélicos como “combatir la delincuencia”, “declararle la guerra al enemigo”, “barrer las calles”, “separar entre los buenos y los malos: son ellos o nosotros”, así “el Estado ya no es para el ciudadano un monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la época”.

Esto conlleva fenómenos desastrosos para los derechos fundamentales de las personas como el incremento exacerbado de las penas, el uso abusivo de la prisión preventiva, la reducción de la edad de imputabilidad, la solicitud permanente de cadenas perpetuas, la

suspensión y negativa absoluta de rebajas, beneficios o libertades provisionales para las personas privadas de su libertad que a su vez conlleva al sobre doblamiento penitenciario, violando la integridad personal del individuo y constituyéndose tratos crueles y degradantes contrarios a los Derechos Humanos sostenidos en nuestra constitución y tratados internacionales firmados.

### **2.1.2 La de última ratio entre las categorías dogmáticas de la Ciencia penal**

Aunque puede afirmarse que los postulados del principio de ultima ratio irradian toda la Dogmática del Derecho penal, es en las categorías tradicionales del merecimiento (Strafwürdigkeit) y de la necesidad (Strafwürdigkeit) donde despliega todo su significado, porque allí presenta su mayor potencial limitador. (Silva Sánchez, 1992, p. 247).

El merecimiento de sanción penal expresa la necesidad de llevar a cabo un juicio valorativo que, en base a la importancia del interés jurídico y de la reprobación social de la conducta que lo perturba, compruebe que la personalidad de quien la sufre pueda soportar la carga que el delito y la pena comportan (Sax, 1959, pp. 914 y ss.).

En la categoría dogmática de la necesidad, se sostiene que el Derecho penal no debe intervenir para proteger intereses que pueden recibir una tutela adecuada poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios punitivos, menos lesivos que estos para el ciudadano y con frecuencia, mucho más eficaces para la protección de la sociedad (Orts Berenguer y González Cussac, 2020, p. 74). En palabras de Mir Puig, “ante la presencia de otros medios no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros medios más leves, y solo cuando ninguno de ellos sea suficiente estará legitimado el uso de la pena” (2003, p. 110).

No obstante, a pesar de que el significado de las categorías del merecimiento y la necesidad en las experiencias jurídico-penales comparadas es unívoco en términos generales, rara vez se mencionan como modelos de limitación del Derecho penal independientes y de aplicación constante, pues por regla general se confunden entre sí al no haberse precisado sus

requisitos de aplicación, remitiéndose el uno al otro para circunscribir sus contornos (Appel, 1998, p. 391).

En este sentido, la idea del Derecho penal como ultima ratio se vincula de modo más directo con la categoría doctrinal de la necesidad, ya que en su seno se expresa con mayor claridad su significado de juicio deslegitimador de la intervención penal en los ámbitos de la vida social donde existen otros medios alternativos para neutralizar los efectos adversos de las conductas merecedoras de prohibición (Sax, 1959, pp. 923 y ss.); (Demuro, 2013, p. 12); (Mir Puig, 2003, p. 110).

## **2.2 Conclusiones**

Al culminar el presente estudio, fue posible llegar a las siguientes conclusiones:

Fue posible analizar el principio de última ratio como fundamento jurídico en el diseño de políticas criminales efectivas, evaluando su coherencia con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, gracias a este análisis se pudo determinar que en la actualidad en Bolivia el derecho penal es utilizado para criminalizar conductas de escasa relevancia social que incluso son utilizadas con fines no necesariamente jurídicos sino políticos.

Se logró analizar los fundamentos teóricos y jurídicos del principio de última ratio como límite en el ejercicio del poder punitivo del Estado, estableciendo su relación con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Y en este marco se destaca el aporte intangible del derecho alemán.

Se pudo evaluar la coherencia entre el diseño e implementación de políticas criminales actuales y el respeto al principio de última relación, identificando posibles inconsistencias con los estándares internacionales de derechos humanos en contextos específicos, como por ejemplo lo que ocurre en la actualidad con los líderes políticos detenidos preventivamente.

### 2.3 Recomendaciones

Se recomienda entender que el principio de ultima ratio es patrimonio común de la Ciencia penal y de todo el Derecho público en general, que ha sido heredado de los planteamientos ilustrados sobre los que se edifica el Estado constitucional moderno.

Debe comprenderse que, si se examina de cerca el Derecho penal positivo, más que un límite funcional que el principio Estado de Derecho impone a los Poderes públicos parece una proposición pragmática que vive en el imaginario colectivo de los eruditos más garantistas que, dicho en buenas palabras, el legislador puede obviar impunemente.

Debe tenerse siempre en cuenta que sin ayuda de la Constitución y del Derecho constitucional, el principio de *ultima ratio* no puede alcanzar el grado de madurez suficiente para vincular efectivamente al legislador a elegir los medios menos drásticos para el cumplimiento de los fines públicos.

Se recomienda concebir la proyección del principio de ultima ratio en las dos primeras pruebas que componen el principio de proporcionalidad en sentido amplio, mantiene viva la esperanza de vincular al legislador a las exigencias de los Derechos Fundamentales del Estado constitucional de Derecho. Ello mantiene con vida la genuina orientación constitucional propuesta en las tesis de Bricola, Arroyo Zapatero y Sax, entre otros, que hoy en día nos ofrece buenas oportunidades para reducir la arbitrariedad del Derecho penal. Dentro de esta doctrina y respecto al principio de ultima ratio, la tesis de Jahn y Brodowski aparece con buen potencial limitador.

En el Estado constitucional de Derecho, el principio penal ultima ratio podría significar que el Derecho penal mínimo que resulta de los deberes estatales de protección que se hace evidente por medio de la prohibición de infra protección (*Untermassverbot*), es a su vez el máximo Derecho penal permitido por los derechos de defensa (*Übermassverbot*), no existiendo ningún corredor entre la mínima intervención punitiva exigida y la máxima permitida por la norma.

No existe ningún fundamento absoluto en la Constitución para echar mano del Derecho penal, sino que son todos relativos a la inexistencia de otros medios eficaces igualmente idóneos. Además, incluso en estos casos donde la norma suprema parece exigir la intervención del Estado por medios punitivos, el Derecho penal se encuentra subordinado a las libertades constitucionales, de modo que si se aprieta la cuña entre la prohibición de infra protección y la prohibición de exceso en el marco de la prueba de proporcionalidad, fácilmente se llega a la conclusión que aquí se sostiene: El Derecho penal mínimo exigible es, según la Constitución y el Derecho penal constitucional, el Derecho penal máximo permisible.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bacigalupo, Enrique. (1989). Manual de derecho penal. Editorial Temis, Bogotá.
- Binder, Alberto. (1997). Política Criminal: de la formulación a la praxis. Editorial AD - HOC, Buenos Aires.
- Bobbio, Norberto. (1988). Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. p. 333
- Bodenheimer, Edgar. (1994). Teoría del derecho. Fondo de Cultura Económica, México.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.
- Gaceta Oficial de Bolivia. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Sucre 2009
- Kindhäuser, Urs. (2018). Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Pérez, Alvaro. (2019). Curso de criminología. Editorial Temis, Bogotá.
- Sartori, Giovanni. (1992). Elementos de teoría política. Alianza Editorial S.A., Madrid.
- Serrano, Servando. (1995). Constitución Política del Estado. Editorial Serrano, Cochabamba,
- Silva Sánchez, J. M. (1992). Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: J.M Bosch Editor.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*.  
Barcelona: Atelier.

Sotomayor Acosta, J. O. (2008). ¿El derecho penal garantista en retirada? *Revista penal*,  
21, 148-164.

Streuer, W. (2003). *Die positiven verpflichtungen des Staates*. Baden-Baden: Nomos.

Strasser, Carlos. (1991). *Teoría del Estado*. Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires,  
1991.

Welzel, Hans. (1978). *Introducción a la filosofía del derecho*. Editorial Aguilar, Madrid.

Zaffaroni, Eugenio. (1990). *En busca de las penas perdidas*. Editorial Temis, Bogotá.