

Antonio Bascuñán Rodríguez

1. *La pena y la potestad punitiva.*

1.1. *El planteamiento básico.*

El ejercicio de la potestad punitiva por parte de los órganos del Estado es una práctica social coercitiva. En tanto coacción, el ejercicio de la potestad punitiva se presenta como un hecho bruto o bien como una acción estratégica lingüísticamente mediada. En tanto práctica social, en cambio, el ejercicio de la potestad punitiva se presenta como un complejo de actos de habla, es decir, acciones portadoras de un sentido y que entablan una pretensión de validez.

En su condición de hecho bruto, la práctica punitiva es visible en los actos de ejercicio de coacción mediante violencia. La aprehensión, la entrada y registro en lugares cerrados contra la voluntad de sus ocupantes, el encierro durante la investigación y el juicio (prisión preventiva) o después de la condena (presidio o reclusión), es decir, los actos más notorios de los funcionarios de carabineros, la policía de investigaciones y gendarmería son las manifestaciones de esta forma de coacción, característica del ejercicio de la potestad punitiva.

En su condición de acción estratégica lingüísticamente mediada, la práctica punitiva es visible en la comprensión que en las sociedades modernas se tiene de la ley penal. Como en toda ley, el establecimiento y derogación de una sanción penal es comprendido como el efecto de una decisión. Tratándose de la ley penal, esa decisión es a su vez comprendida como una amenaza. La ley penal es la formulación de esa amenaza y la pena, el mal con cuya irrogación de amenaza. Así entendida, la práctica punitiva tiene el carácter de actos de ejercicio de coacción mediante amenaza.

Es intensa la tentación de analizar la práctica punitiva exclusivamente en términos de amenazas (leyes penales), actos de irrogación coercitiva del mal amenazado (condenas y ejecución de penas) o de males necesarios para hacer procedente esa irrogación del mal (medidas durante el juicio). La razón de esta tentación radica en que reduce un complejo de acciones a un sistema organizado bajo un criterio de racionalidad de fines, en que ciertas acciones

se justifican por su idoneidad instrumental para la realización de otras acciones, que se justifican a su vez por su idoneidad estratégica para la obtención de determinados estados de cosas. Esta reducción permite la adopción de métodos de análisis susceptibles de control racional, en lo esencial, tecnologías sociales orientadas al control del comportamiento individual o colectivo, basadas en conocimiento empírico.

Esa es una tentación válida para disciplinas intelectuales distintas del derecho. El punto de vista de la disciplina jurídica debe resistir esa tentación. Desde un punto de vista normativo, la práctica punitiva se presenta ante todo como un complejo de hechos institucionales. Es decir, de actos portadores de sentido que cuentan como tales en función de reglas que les confieren ese sentido.

La relación de sentido que existe entre la sentencia condenatoria y la ley penal, así como la que existe entre éstas y las decisiones judiciales de control de la policía y el ministerio público durante la investigación, no puede ser comprendida sino desde la perspectiva de las reglas a las que esas acciones apelan para ser reconocidas como actos válidos, y que por lo tanto permiten su justificación y su impugnación. La práctica punitiva del Estado no se presenta ante el ciudadano meramente como un curso eficiente de acción, sino también y principalmente como un complejo de acciones correctas. La justificación de esta pretensión de corrección es el cometido del derecho público punitivo.

La práctica punitiva se presenta como un complejo de acciones orientadas a la justificación de la inflicción deliberada y pública de un mal considerable a una persona, básicamente, privación de libertad y afectación de la intimidad, restricción de libertad, afectación del patrimonio. La inflicción misma tiene lugar con la ejecución de la pena. La sentencia condenatoria cuenta como la orden de infligir ese mal y sus razones justificatorias. La ley penal, que es una de esas razones, puede ser entendida también como la orden originaria de infligir ese mal. El ejercicio de coacción durante la investigación y el juicio se entienden como medidas orientadas a hacer posible la justificación (medidas intrusivas) y la efectividad (medidas coactivas) de la inflicción de ese mal, y las resoluciones judiciales que las autorizan, como expresión de las razones que justifican dicha coacción.

En otras palabras, la práctica punitiva se presenta como afectación de intereses individuales que corresponden a aquellos intereses que el Estado debe respetar y proteger: los derechos fundamentales. El cumplimiento de este deber, junto con la realización de la participación política igualitaria, es el fundamento de legitimidad del Estado democrático de derecho. De lo anterior se deduce que la práctica punitiva se encuentra, por definición, necesitada de legitimación.

1.2 Coacción y sanción.

La conclusión anterior parece inverosímil, atendida la obviedad de la práctica punitiva en el contexto de la vida social.

Es cierto que la sujeción disciplinaria de los subordinados a sus superiores en estructuras sociales jerarquizadas, desde el ámbito doméstico hasta el ámbito militar, hace de la práctica del castigo una experiencia social elemental. Pero conforme a la concepción moderna de la justicia política, que subyace al orden constitucional, los ciudadanos no se relacionan de ese modo, ni entre sí ni tampoco con el Estado.

El Estado no tiene una posición institucional de superior jerárquico del ciudadano. En un sistema político democrático, la obediencia del ciudadano a la ley y la autoridad pública encuentra su fundamento en la participación igualitaria en la generación de los poderes del Estado. Entre la práctica del castigo y la práctica punitiva se interpone el estatus de ciudadano del afectado por esa práctica¹. Las inferencias morales desde la práctica del castigo a la práctica punitiva son ilegítimas.

La obviedad de la pena proviene, también, de la evidencia con que se presenta la racionalidad estratégica de la coacción mediante amenaza como medio para determinar el comportamiento de otro. Esta obviedad exige ser analizada en dos niveles distintos. En un nivel, la concepción de la pena como coacción mediante amenaza provee ciertamente argumentos para su justificación racional. El peso específico de esos argumentos es una cuestión propia de la discusión acerca de la pena en la justicia política (§§ 3 y 4).

En otro nivel, la concepción de la pena como coacción mediante amenaza la plantea como la técnica jurídica de control del comportamiento. Si el derecho es orden sancionatorio, entonces la pena, en cuanto sanción, es una obviedad para el derecho. Desde esta perspectiva, la pena podrá originar problemas de legitimación en cuanto a su naturaleza o magnitud frente a otras posibles sanciones. Pero en cuanto a su necesidad, ésta no presenta problemas de legitimidad distintos de la legitimidad del derecho o el Estado. Si el Estado y el derecho son instituciones legítimas, entonces la sanción, incluida la pena, también lo es.

La tesis de que la sanción es una necesidad jurídica se basa en la consideración del derecho como un orden coercitivo. Esta consideración no está en discusión. La coacción puede entenderse como un criterio fáctico de reconocimiento del carácter jurídico de una norma o como un problema

¹ Esta es la diferencia esencial entre la práctica punitiva del Estado moderno y la práctica punitiva premoderna, originada en la redefinición del sacramento de la penitencia durante el Siglo XII. Esto hace que para la justicia política moderna sea inaceptable la concepción de la práctica punitiva como medio para la conducción del insensato a una vida virtuosa (Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 95 a. 1).

moral necesitado de justificación. Pero no se discute el carácter coercitivo del orden jurídico. Esto no significa, sin embargo, que la sanción sea una necesidad jurídica.

La correlación entre los conceptos de sanción y coacción exige una distinción entre dos conceptos de coacción. La *coacción de determinación* es la coacción que se ejerce sobre otro cuando se le impone exigencias o condiciones, bajo amenaza para el caso de incumplimiento. Se trata, como arriba se dijo, de coacción mediante amenaza. La *coacción de realización* es la coacción que se ejerce sobre otro para constreñirlo a tolerar un estado de cosas. Esta coacción se presupone como violencia, es decir, una fuerza irresistible ejercida sobre otro para suprimir su capacidad corporal de oponer resistencia al acaecimiento del estado de cosas. En los hechos, por lo general la coacción opera como amenaza asimétrica, es decir, como condición impuesta bajo amenaza de irrogar un mal equivalente al cumplimiento de la condición. Pero dicha amenaza es coercitivamente idónea en virtud de la prioridad institucional del ejercicio de violencia como medio de coacción de realización.

El concepto de coacción que corresponde específicamente al concepto de sanción es, por supuesto, la coacción de determinación. La sanción – incluida la pena – es coacción de determinación. Pero esta no es la coacción necesaria al derecho.

La teoría inglesa del derecho de inspiración analítica (Bentham, Austin) concibió al derecho como un complejo de mandatos (*commands*), esto es, de órdenes bajo amenaza. En esta concepción, la coacción necesaria al derecho es la coacción de determinación. H.L.A. Hart demostró que esa concepción del derecho incurría en un reduccionismo que terminaba por hacerla inverosímil como descripción de la práctica jurídica. Esa crítica de Hart está vinculada a la tesis arriba sostenida de que la práctica punitiva se presenta ante todo como un complejo de hechos institucionales. En ese sentido, la crítica de Hart a la concepción de las normas jurídicas como órdenes bajo amenaza forma parte de la comprensión que aquí se mantiene de la práctica punitiva.

Desde el punto de vista de la legitimación de la pena, sin embargo, la objeción central a una concepción puramente estratégica de la coacción necesaria al derecho es la de Hans Kelsen. Esta objeción sostiene que la coacción necesaria al derecho no es la coacción de determinación, sino la coacción de realización. Las normas jurídicas imputan consecuencias a supuestos de hecho. En qué consista esa consecuencia, eso es algo contingente. Lo único necesario al orden jurídico es que una vez decidido que la consecuencia debe tener lugar, pueda imponérsela coercitivamente a quienes tengan interés en evitarla. La sanción es una consecuencia jurídica.

Como tal, es contingente. La sanción no es más que una de las posibles consecuencias que las normas jurídicas pueden imputar a los supuestos de hechos.

En la concepción de Kelsen, la coacción necesaria al derecho no es la que supuestamente ejerce el legislador mediante el establecimiento de la ley sancionatoria, sino la que ejerce el cuadro de funcionarios encargado de la ejecución de la sanción. La coacción necesaria al derecho es, pues, el hecho bruto coercitivo, justificado por un hecho institucional: la decisión que imputa una consecuencia y ordena realizarla.

Luego, la pregunta por la legitimidad de la sanción –incluida la pena– no se encuentra resuelta por el carácter coercitivo del derecho.

1.3 *Consecuencia jurídica y sanción.*

Lo característico de las normas jurídicas (las normas primarias, en la terminología de Hans Kelsen) es la imputación de una o más consecuencias al acaecimiento de uno o más hechos. Cuando esos hechos previstos como supuesto son a su vez considerados como hechos constitutivos de infracciones a normas de comportamiento, se entiende que éstas son también normas jurídicas (secundarias, en la terminología de Kelsen). Si el orden jurídico pretende presentarse como un orden de normas de comportamiento portadoras de una pretensión fáctica de validez, entonces las consecuencias jurídicas han de mantener alguna relación con la realización de esa pretensión.

La pregunta crucial para el esclarecimiento del sentido de la pena y la práctica punitiva es determinar qué clase de relación existe entre la institución de la sanción y la pretensión fáctica de validez de las normas (jurídicas) de comportamiento.

¿Existe algún tipo de relación analíticamente necesaria entre alguna clase norma de comportamiento y alguna clase de consecuencia jurídica? El candidato más obvio es la relación existente entre las reglas constitutivas (criterios procedimentales de validez) y la nulidad o invalidación como consecuencia. Existe, en efecto, una relación necesaria entre la exigencia de una condición de validez y la decisión de invalidación por incumplimiento de esa condición. De una regla sólo puede afirmarse que es requisito de validez de un acto si su infracción acarrea como consecuencia la invalidación del acto.

De la reparación del daño causado por la infracción a una norma de comportamiento no puede decirse que sea una consecuencia analíticamente necesaria. Sin embargo, es una consecuencia jurídica vinculada de tal modo

a la pretensión fáctica de validez de las normas de comportamiento, que bien puede decirse de ella que tienen una relación institucionalmente (cuasi analíticamente) necesaria con la (infracción) de la norma de comportamiento. Si la norma de comportamiento es concebible como prohibición de alteración de un estado de cosas en el mundo, entonces la infracción a la norma es alteración de ese estado de cosas. La reparación, esto es, el restablecimiento del estado de cosas alterado al estado de cosas previo a su alteración, puede ser entendida como realización fáctica de la pretensión de validez de la norma de comportamiento.

No es casual que las concepciones retribucionistas de la pena, cuya marca central es su concepción de la pena como una exigencia inexorable de la justicia, tiendan a reproducir las consideraciones anteriores. La idea aristotélica de que la pena es un acto de justicia correctiva se basa en su analogación con la reparación como consecuencia. La idea hegeliana de la pena como negación del sentido del delito, se basa en su analogación con la invalidación como consecuencia.

Sin embargo, precisamente lo que distingue a la sanción de la invalidación es su diferente relación con la norma infringida. Precisamente por esta diferencia es que las reglas constitutivas (“reglas secundarias” en la terminología de Hart) pueden ser distinguidas de las normas de comportamiento (“reglas regulativas”, en la terminología de Searle, “reglas primarias” o “normas de obligación” en la terminología de Hart)². Desde un punto de vista analítico, es concebible una norma de comportamiento cuya infracción no sea sancionable. Luego, la sanción no tiene esa relación analíticamente necesaria con la (infracción de la) norma de comportamiento.

La sanción tampoco es restablecimiento del estado de cosas anterior a su alteración por la infracción. Esto supone, ciertamente, entender el daño y la reparación en un nivel empírico de referencia. En este nivel, es evidente que la sanción no es reparación. La sanción es alteración de otro estado de cosas –la intangibilidad de los intereses del sancionado– que se acumula a la alteración introducida en el mundo por la infracción. Por lo demás, si la sanción fuera reparación, carecería de aptitud para motivar el comportamiento. La reparación como única consecuencia de la infracción es un incentivo para infringir la norma de comportamiento. La sanción pretende, precisamente, contrarrestar ese incentivo.

Desde otro punto de vista, también puede considerarse la autorización del impedimento coercitivo de la realización o perduración de la infracción a una norma de comportamiento, como una consecuencia institucionalmente necesaria de la calificación de un hecho como infracción. La cuestión

² Han Kelsen, como es bien sabido, no hace esta distinción. Para Kelsen la invalidación no es más que una (posible) consecuencia jurídica.

contingente es la identificación del autorizado para impedir coercitivamente la infracción, si cualquiera en cualquier o algún caso, o bien sólo algunos en cualquier o algún caso. Pero la pretensión fáctica de validez de una norma de comportamiento pareciera hacer institucionalmente necesaria la autorización de su impedimento.

Como resulta obvio, la explotación de una analogía con el impedimento de la infracción es la base de las teorías de la prevención general negativa y la prevención especial. Ambas se esfuerzan por asignar a la sanción una función impeditiva de infracciones a normas de comportamiento.

Pero el impedimento de la infracción, en tanto consecuencia, se distingue de las demás consecuencias en que no tiene una justificación retrospectiva –conforme a la cual la consecuencia debe ser *porque* un hecho *acaeció* -, sino claramente prospectiva –ella debe o al menos puede ser, *para que* un hecho *no acaezca*-. De aquí que su calidad de consecuencia *stricto sensu* sea dudosa. Precisamente aquí se encuentra su diferencia con la sanción. Cualquiera sea el efecto preventivo que quepa asignar a una sanción, y cualquiera sea la relevancia de ese efecto como razón justificatoria de su legitimidad, desde el punto de vista institucional la condición necesaria de legitimación de la sanción es la acreditación de un hecho acaecido en el pasado. La práctica sancionatoria es, por definición institucional, una práctica reactiva.

Así pues, las diferencias con la nulidad y la reparación, parecieran indicar que la sanción mantiene una relación puramente externa y meramente contingente con la pretensión fáctica de validez de la norma de comportamiento. A su vez, las diferencias con el impedimento de la infracción, indican que la sanción mantiene una relación no exclusivamente estratégica o instrumental con el hecho constitutivo de infracción.

Este resultado provisorio demuestra que la cuestión de la clase de relación que existe entre la infracción y la sanción, o, dicho de otro modo, entre la norma de comportamiento y la norma sancionatoria, requiere mayor elucidación. Sobre ello se volverá más adelante (§§ 3 y 4).

Con lo dicho, sin embargo, basta para afirmar como premisa de justicia política la inherente necesidad de legitimación de la pena. La afirmación de la legitimidad de una norma de comportamiento no implica la afirmación de la legitimidad de la sanción de su infracción. Esta segunda afirmación requiere siempre argumentos adicionales de justicia política.

Pragmáticamente puede ser el caso que esos argumentos adicionales sean tan obvios que ni siquiera valga la pena plantear la cuestión. La sanción de la infracción a la prohibición del homicidio intencional no consentido por el que ha muerto es uno de esos casos obvios de justificación. Que la

procedencia de la sanción sea obvia, sin embargo, no significa que sea una consecuencia analítica o institucionalmente necesaria de la infracción de la norma.

Las normas sancionatorias se encuentran necesitadas de legitimación y esa necesidad no queda satisfecha por la legitimidad de las normas de comportamiento correlativas.

1.3. Sanción y pena.

Conforme a lo dicho, entre la afirmación de la legitimidad de la norma de comportamiento y la afirmación de la legitimidad de la norma sancionatoria existe un salto analítico que debe ser cubierto con razones justificatorias adicionales. Esto distingue a la sanción de las otras tres consecuencias jurídicas paradigmáticas.

¿Existe una distinción semejante entre la pena y cualquier otra clase de sanción? Esta es la tradicional pregunta de si entre el derecho penal y el derecho (público) sancionatorio existe una diferencia “cualitativa” –como la que existe entre la reparación y la sanción, por ejemplo- o sólo una diferencia “cuantitativa”.

Estructuralmente, la norma punitiva y la norma sancionatoria no se diferencian. La relación existente entre norma punitiva y norma de comportamiento es la misma relación que arriba se indicó entre norma de comportamiento y norma sancionatoria. Desde este punto de vista, el concepto de norma sancionatoria designa la clase genérica de normas de la cual las normas punitivas constituyen una clase especial.

Ciertamente, en un nivel de expresión simbólica, la condena penal se diferencia de cualquier otra sentencia sancionatoria. El reproche social expresado por aquélla es incomparablemente más intenso que el reproche del que ésta otra puede ser portadora. Pero incluso desde el punto de vista de su significación expresiva, la diferencia central no se encuentra entre la norma punitiva y la norma sancionatoria, sino entre ésta(s) y la norma de gravamen.

Una norma de gravamen impone como consecuencia debida una carga, constitutiva de afectación de un interés, por lo general patrimonial. La multa es también una consecuencia que afecta el interés patrimonial del sancionado. Sin embargo, un gravamen patrimonial se diferencia de una multa por el hecho de que no cabe considerar el supuesto que en su caso hace imputable la consecuencia como la infracción de una norma. La importación de artículos de lujo, por ejemplo, puede entenderse como una acción que el sistema tributario intenta disuadir, por comparación con otras

importaciones; pero en ningún caso se trata de una acción jurídicamente prohibida. Ya sea como sanción administrativa o como pena, la imposición de una multa implica la calificación del hecho al cual se imputa como infracción de una norma jurídica.

La constatación de esta semejanza estructural entre las normas punitivas y las normas sancionatorias no implica, sin embargo, que todo el discurso y los arreglos institucionales legitimatorios del ejercicio de la potestad punitiva deban ser extendidos sin más al ejercicio de cualquier potestad sancionatoria estatal.

La necesidad de legitimación de la potestad punitiva proviene de la intensidad de la afectación a los derechos fundamentales de que ella es portadora. El ejercicio de la potestad punitiva orientado a la afectación de los derechos fundamentales a la libertad ambulatoria y la intimidad presenta una necesidad extrema de legitimación. Si el discurso y los arreglos institucionales legitimatorios de la potestad punitiva se basan en este caso de ejercicio como caso paradigmático, entonces deja de ser concluyente la procedencia de su extensión a otras formas de ejercicio de la potestad sancionatoria. El que algunas normas pertenecientes al sistema punitivo establezcan penas de multa no implica que los arreglos institucionales propios del sistema punitivo deban ser extendidos a toda norma sancionatoria que imponga pena de multa. La inclusión de la multa en el sistema punitivo ya constituye un acto de extensión de esos arreglos institucionales, que no es necesario bajo los estándares de legitimación del Estado de Derecho.

Por otra parte, la expresión de la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales se encuentra no sólo en la ley penal y su realización, la condena penal, sino también en el proceso penal. Esta última dimensión sistémica de la potestad punitiva es el rasgo que la distingue cualitativamente de cualquier otra potestad sancionatoria estatal.

La relevancia institucional de la pena debe medirse, pues, también en función de las medidas procesales de afectación de derechos fundamentales que ella legitima. El interés público comprometido en la realización del programa punitivo establecido por el legislador es tal, que para asegurar esa realización se legitima la adopción de medidas, durante la investigación o el juicio, que pueden ser gravemente lesivas de la libertad y la intimidad del imputado o acusado. Por la razón anterior, es claro que la satisfacción de las restricciones del ejercicio de la potestad punitiva no es solamente una condición de legitimidad de la ley penal y la sentencia condenatoria, sino también un presupuesto legitimante de las medidas cautelares personales y las medidas de investigación.

En la medida en que la realización de cualquier otro programa sancionatorio impuesto o autorizado por el legislador no exponga al destinatario a una eventual afectación de sus derechos fundamentales equiparable a la que acarrearán esas medidas del proceso penal, pierde peso la extensión a su ejercicio del discurso y los arreglos institucionales legitimatorios del ejercicio de la potestad punitiva.

2. *El sistema punitivo estatal.*

La potestad punitiva del Estado es ejercida por distintos órganos estatales, conforme a procedimientos diversos y con sujeción a diferentes restricciones institucionales. La consideración de este complejo de actos como un sistema implica la afirmación de una relación de sentido entre los actos que lo integran, tal que puede identificárselos como actos de ejercicio de la potestad punitiva y puede justificarse la validez de unos actos por referencia a la validez de otros. Los criterios de identificación y de validación son estándares normativos que también integran el sistema.

El sistema punitivo reconoce la diferenciación de tres momentos institucionales de ejercicio de la potestad punitiva:

- (a) la conminación de la pena,
- (b) la imposición de la pena, y
- (c) la ejecución de la pena.

La *conminación de la pena* -la denominación proviene de una concepción de la pena como coacción mediante amenazas (*minae*)- es el momento que corresponde al establecimiento de la ley penal. Los órganos del Estado que intervienen en este momento de ejercicio de la potestad punitiva son los órganos detentadores de la potestad legislativa -en Chile, la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República- y el procedimiento que siguen es el procedimiento general de formación de la ley, sujeto a ciertas restricciones especiales.

La *imposición de la pena* es el momento que corresponde a la dictación de condena (declaración de responsabilidad penal por la infracción de la ley) y a la sentencia (determinación de la pena aplicable). El órgano del Estado que interviene en este momento es el tribunal. La legitimación del ejercicio de la potestad punitiva en el momento de la condena supone un procedimiento -el del proceso penal- en el cual ha intervenido otro órgano del Estado, el Ministerio Público. La distribución de funciones entre el Ministerio Público y el tribunal, ambos como órganos estatales institucionalmente responsables del ejercicio de la potestad punitiva, es una cuestión compleja, sobre la que se volverá más adelante. Durante la

investigación, el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Ministerio Público puede involucrar también a la Policía; para la realización de algunas actuaciones, ambos están sometidos al tribunal de garantía. La legitimación de la condena y la sentencia exige también la intervención de la defensa del imputado y acusado. Eventualmente, esa intervención puede estar a cargo de otro órgano del Estado, la Defensoría Penal Pública³.

La *ejecución de la pena* es el momento que corresponde a la inflicción coercitiva de la pena ordenada por la sentencia. Las medidas necesarias para el cumplimiento inicial de la sentencia deben adoptarse por el tribunal de garantía. Tratándose de la ejecución de las penas privativas de libertad, el órgano del Estado que interviene es Gendarmería de Chile, que forma parte de la Administración del Estado, subordinada al Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. No existe aún en el derecho chileno una regulación legal exhaustiva del procedimiento de ejecución de la pena.

2.1. *La legitimación de la ejecución de la pena.*

La legitimación de la ejecución de la pena descansa inicialmente en su correspondencia con la sentencia condenatoria. La legitimación de la imposición de la pena resulta íntegramente transferible a la legitimación de su ejecución. Tratándose de ejecución de penas pecuniarias, la legitimación de los actos posteriores de ejecución se sujeta a las reglas generales del juicio ejecutivo.

Tratándose de la ejecución de penas privativas de libertad, la legitimación brindada por la sentencia condenatoria alcanza a las medidas de ejecución adoptadas por el tribunal de garantía, hasta dejar al condenado privado de libertad a disposición de la Administración del Estado (Gendarmería). La legitimación de los actos posteriores de ejecución de la pena privativa de libertad se sujeta a las reglas generales y particulares de administración de los establecimientos carcelarios. La congruencia con la sentencia condenatoria es condición necesaria de legitimación de la pena privativa de libertad, pero no es condición suficiente de su ejecución. La afirmación acerca de la necesidad de la pena, establecida en la sentencia condenatoria, puede ser válidamente objeto de revisión institucional. El procedimiento más importante de control de la necesidad de la pena es el de la solicitud de libertad condicional.

³ La intervención de la víctima como querellante no es por regla general presupuesto de legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva por parte del tribunal. La legislación prevé algunos casos excepcionalísimos, en que sí lo es: procesos por delitos de acción privada, forzamiento de la acusación por delito de acción pública.

En el caso de las penas privativas y restrictivas de libertad, la sentencia condenatoria puede disponer la suspensión de su ejecución e imponer, en su lugar, alguna medida alternativa (remisión condicional, reclusión nocturna, libertad vigilada). La ejecución de esas medidas queda también a cargo de la Administración del Estado, la Sección de Tratamiento en el Medio Libre, de Gendarmería de Chile.

2.2. La legitimación de la imposición de la pena.

La legitimación de la imposición de la pena descansa en su correspondencia con la ley penal. A diferencia de la correspondencia entre la ejecución y la imposición de la pena, la correspondencia entre ésta y la conminación de la pena no es susceptible de constatación rutinaria. La reconducción de la validez de la sentencia condenatoria a la validez de la ley penal requiere, en primer lugar, la aceptación de la validez de afirmaciones acerca de hechos acaecidos en el pasado, esto es, la afirmación de la verdad o verosimilitud de ciertos enunciados.

El Art. 342-c) CPP exige que la sentencia condenatoria contenga “la exposición clara, lógica y completa” de los hechos y circunstancias que se dieren por probados”. Desde un punto de vista analítico, esto significa que la sentencia debe contener los enunciados que se dan por verdaderos o verosímiles. La medida de esa verosimilitud es un estándar institucional: debe obtenerse una convicción más allá de duda razonable (Art. 340 CPP). Asimismo, el Art. 342-c) exige la formulación de las razones por las cuales se afirma la verosimilitud de esos enunciados. La carga argumentativa que tiene que satisfacer esta fundamentación también es institucional: debe permitir la reproducción del razonamiento justificatorio de la verdad de los enunciados (Art. 297 inciso final CPP).

La necesidad de satisfacer racionalmente esta exigencia de verdad o verosimilitud exige a su vez una diferenciación institucional de la potestad punitiva. El sistema punitivo debe diferenciar entre la responsabilidad institucional por la afirmación de los enunciados y la responsabilidad institucional por la afirmación de la verdad o verosimilitud de esos enunciados. Los tribunales asumen esta segunda responsabilidad institucional; el Ministerio Público asume la primera. Esta diferenciación institucional expresa, en el sistema punitivo, la necesidad de legitimación de la potestad punitiva, en tanto pretensión punitiva dirigida contra un destinatario individualizado. La diferenciación entre el Ministerio Público, como órgano detentador de la pretensión punitiva, y el tribunal, como órgano de control de la validez de esa pretensión, expresa el principio de la intrínseca cuestionabilidad de la pretensión punitiva. Conforme a este

principio, la legitimación del ejercicio de la potestad punitiva requiere la permanente constatación de la satisfacción de condiciones que definen e imponen restricciones a su ejercicio. Antes de la producción del efecto de cosa juzgada, el sistema institucional no reconoce a la potestad punitiva una legitimidad incondicionada, ni tampoco una legitimación consolidada. La impugnación de su legitimidad es siempre institucionalmente admisible⁴.

La misma necesidad de satisfacer racionalmente esta exigencia de verdad o verosimilitud, unida a la relevancia política del interés en la realización de la ley penal –la pretensión punitiva-, requiere facultar al órgano estatal responsable de ese interés –el Ministerio Público- para realizar actuaciones destinadas a proveer argumentos justificatorios de la verdad de los enunciados acerca del comportamiento pasado del destinatario individual de esa pretensión. El conjunto de esas actuaciones se denomina investigación. Esas actuaciones implican por sí solas un grado de afectación de derechos fundamentales del imputado. El riesgo de una acusación y la carga que implica la realización de gestiones para neutralizar ese riesgo, constituyen ya una afectación en grado de lesión de la libertad general de acción del imputado y una afectación en grado de amenaza del derecho fundamental que resultaría afectado en caso de dictarse en su contra sentencia condenatoria. Eventualmente, la investigación puede implicar medidas adicionales de afectación de la intimidad del imputado. Estas son las medidas intrusivas. Asimismo, durante la investigación pueden ser adoptadas medidas privativas o restrictivas de la libertad ambulatoria del imputado. Estas son las medidas coercitivas, eufemísticamente denominadas “medidas cautelares personales” por la nueva regulación del procedimiento penal. En estas medidas se encuentra el potencial de afectación de derechos fundamentales que es específico del proceso penal.

Entre la legitimación de la condena y la legitimación de las medidas de afectación de derechos fundamentales adoptadas durante el proceso existe, por lo tanto, una diferencia esencial. La legitimación de la condena exige referencia al pasado. La legitimación de las medidas cautelares personales o de investigación exige referencia al futuro. La medida de investigación debe ser racionalmente necesaria como medio para justificar futuros enunciados (los de la acusación). Las medidas cautelares personales deben ser racionalmente necesarias como medios para asegurar la investigación, la seguridad del ofendido o la seguridad de la sociedad. Cualquiera sea la relevancia que se atribuya a la consideración de la pena como medio

⁴ La existencia de posibilidades institucionales de modificación de la sentencia condenatoria firme – básicamente, la revisión, la libertad condicional y la adecuación a la ley posterior más favorable-, demuestran que ni siquiera la institución de la cosa juzgada consolida la legitimidad de la sentencia condenatoria.

racionalmente necesario para evitar la comisión futura de delitos o la vigencia de las normas que los prohíben, la legitimación de la pena se basa, como condición necesaria, en su consideración como pena merecida por un comportamiento pasado.

La exigencia de verdad o verosimilitud de los enunciados referidos al comportamiento pasado del acusado es una condición necesaria para la legitimación de la condena mediante su reconducción a la legitimidad de la ley penal. Los enunciados deben referirse a hechos relevantes desde el punto de vista de la ley penal. Dicho en términos técnicos, debe tratarse de enunciados acerca de hechos subsumibles en el supuesto de hecho definido en la norma punitiva, como antecedente que hace a la pena la consecuencia debida. La orientación al pasado de la legitimación de la condena es una consecuencia de su vinculación a la ley penal, en el contexto de un sistema que sujeta esa vinculación a diversas restricciones.

La sujeción de la condena a la ley penal presupone afirmaciones acerca de la ley penal. La justificación de la condena como acto de aplicación de la ley presupone la formulación de una o más normas, en calidad de premisa(s), que cumplan el rol de razones justificatorias de la condena, en calidad de conclusión. La dificultad argumentativa que pueda revestir esta formulación de las premisas normativas por parte del tribunal es una cuestión pragmática. Puede ser un asunto controvertido o puede no serlo. En el segundo caso, la solución argumentativa de esa controversia –por lo general, una situación de interpretación– también se encuentra sujeta a restricciones institucionales. Estas restricciones institucionales deben ser satisfechas desde el momento en que el ejercicio de la potestad punitiva adopta la condición de una pretensión punitiva dirigida contra un destinatario individualizado.

2.2. *La legitimación de la conminación de la pena.*

La legitimación de la conminación de la pena, esto es, del establecimiento de la ley penal está dada primariamente por razones justificatorias de carácter institucional. El procedimiento democrático de formación de la ley –precedido por el procedimiento electoral democrático– brinda a la ley penal una legitimidad *prima facie*, referida a la legitimidad del régimen democrático de gobierno.

La ley penal se encuentra sometida, además, a restricciones institucionales específicas, reunidas bajo el común denominador de “principio de legalidad”. El principio de legalidad puede entenderse de dos modos. En tanto deber de sujeción a la ley, el principio de legalidad cumple un *desempeño sistémico* de legitimación. En tanto restricción de los modos posibles de formulación de la ley, cumple un *desempeño garantístico* de

legitimación. El desempeño sistémico conlleva, obviamente, un desempeño garantístico. El deber de sujeción a la ley convierte a ésta en estándar de apreciación crítica de la práctica punitiva, susceptible de ser invocado para impugnar la afectación de derechos fundamentales. Pero el desempeño sistémico provee asimismo una justificación de la afectación de derechos fundamentales. Esa justificación no puede ser entendida como una garantía individual. El interés fundamental del individuo es *no ser castigado injustificadamente*, pero en ningún caso ser castigado justificadamente. Este último es un interés colectivo, expresado precisamente en el *desempeño sistémico* del principio de legalidad.

Como se ha visto, el desempeño sistémico del principio de legalidad legitima el momento de la imposición de la pena, cubriendo también el ejercicio de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Público. Este desempeño no es extensible al momento de la conminación de la pena. El Estado-legislador no se encuentra sujeto a deberes de establecimiento de leyes penales cuyo cumplimiento sea coercitivamente imponible. Tratándose del momento de la conminación, el principio de legalidad tiene exclusivamente un desempeño garantístico de legitimación. Es decir, el principio de legalidad no se desempeña aquí *también* como justificación del ejercicio de la potestad punitiva, *sino solamente* como restricción procedimental a su ejercicio.

Más allá de las restricciones institucionales provenientes del principio de legalidad, la legitimación del momento de la conminación se sujeta a una estructura argumentativa que en sus coordenadas básicas es simple. El Estado-legislador debe justificar el ejercicio de la potestad punitiva conforme a las exigencias de racionalidad prospectiva articuladas por el principio de proporcionalidad. La capacidad de rendimiento de esas exigencias como estándares normativos de apreciación crítica de la decisión legislativa es, sin embargo, incierta. Esa incertidumbre es compensada por la postulación de constreñimientos deontológicos, es decir, como estándares normativos no sujetos a ponderación con las consideraciones de racionalidad prospectiva. Esos constreñimientos deontológicos se encuentran en el principio de culpabilidad y el principio de la igual dignidad de las personas. El contenido normativo de dichos principios es un asunto controvertido.

3. *Legitimidad y eficiencia coercitiva.*

El criterio de la eficiencia coercitiva desempeña un rol preponderante en el discurso contemporáneo relativo a la práctica punitiva. Este criterio presupone una concepción instrumental de la práctica punitiva, conforme a la cual ella es un medio idóneo para el logro de un fin legítimo. Ese fin es la

evitación de la afectación de ciertos estados de cosas considerados como socialmente valiosos. En esa afectación se encuentra el carácter socialmente dañino. La disposición a producir esa afectación es un peligro. El modo de enfrentar ese peligro puede ser estratégico -la amenaza de imponer una pena- o directamente instrumental -la imposición de una pena con efectos neutralizadores del condenado-. La eficiencia de la práctica punitiva se mide por el resultado de evitación de la concreción de ese peligro.

La pertinencia de esta concepción de la práctica punitiva se encuentra fuera de toda duda. Inaceptable resulta, sin embargo, su consideración como criterio preponderante de legitimación (justificación de la corrección). La razón de ello se encuentra en que la propia constitución normativa de la práctica punitiva demuestra que la eliminación del riesgo de afectación -el ideal del postulado de eficiencia coercitiva- es una finalidad ilegítima. La constitución normativa de la práctica punitiva moderna asume como necesidad *a priori* un margen de riesgo de afectación de los estados de cosas considerados como socialmente valiosos.

En primer término, es evidente que la constitución normativa de la práctica punitiva la define como una intervención reactiva -*ex post*- frente a la infracción de una norma. Eso hace imposible la plena realización de una finalidad preventiva. Para obtener ese resultado sería necesario sustituir la práctica punitiva por un modo instrumental de control *ex ante* del peligro de afectación de estados valiosos. Ese modo de control excluiría radicalmente la privacidad de los individuos. El respeto a la privacidad de las personas implica, pues, la aceptación de un margen de riesgo de afectación de estados de cosas socialmente valiosos.

El carácter reactivo de la práctica punitiva conlleva la exigencia de verosimilitud de la constatación de la infracción de la norma como hecho del pasado. Sin la prueba de la infracción, la imposición de una pena es un acto ilegítimo. La exigencia de corroboración de los enunciados relativos al acaecimiento de la infracción en el pasado no puede desentenderse de la posibilidad de error. Ese riesgo de error debe ser asumido por el Estado, no por el acusado. La razón de ello se encuentra en la intensidad comparativa del efecto del error, medido como afectación de derechos fundamentales. La asunción de ese riesgo de error implica la aceptación de un margen de ineffectividad de la reacción punitiva, y con ello, un margen de riesgo de afectación de estados de cosas socialmente valiosos.

El mismo argumento anterior define también el orden de prioridad de las consideraciones relativas a la necesidad preventivo general de la pena, cuando entran en conflicto con la falta de necesidad preventivo especial. La intensidad comparativa del efecto de una estimación equivocada de ambos efectos, medida como afectación de derechos fundamentales, arroja como

resultado la prioridad de la decisión favorable al acusado condenado. Esa prioridad implica la aceptación de un margen de ineffectividad de la reacción punitiva, y con ello, un margen de riesgo de afectación de estados de cosas socialmente valiosos.

La constitución normativa de la práctica punitiva la define también como un modo comunicativo de control de ese peligro, es decir, como un modo basado en una interacción lingüísticamente mediada. Ese modo comunicativo de control apela a la capacidad del individuo de comportarse conforme a la norma. La apelación a esa capacidad implica la aceptación simultánea de su capacidad de infracción: sólo respecto de quien es capaz de infringir una norma tiene sentido esperar fidelidad a ella. La preservación de la capacidad de infracción de una norma es, pues, una condición necesaria de legitimación de una práctica punitiva normativamente constituida. Desde un punto de vista estratégico, esa preservación implica la aceptación de un riesgo de afectación de estados de cosas. La realización efectiva de la finalidad de eliminar ese riesgo sería incompatible con la constitución normativa de la práctica punitiva.

A diferencia de los argumentos anteriores, que explicitan restricciones legitimantes de la práctica punitiva -y en esa medida susceptibles de ponderación con la realización de la finalidad de eficiencia preventiva-, este último argumento explicita el sentido de la dicha práctica. Por ello demuestra que la intensificación de la eficiencia coercitiva es inversamente proporcional a la consistencia de la propia práctica punitiva.

En pie queda, por cierto, la relevancia moral de la constitución normativa-reactiva de la práctica punitiva. El predominio del punto de vista de la eficiencia preventiva lleva a preguntarse por qué no sustituir el modo comunicativo de control del peligro por un modo puramente instrumental. Las razones de justicia política, desde una perspectiva deontológica, son obvias: ello privaría de dignidad a las personas. Desde una perspectiva consecuencialista, además, se puede afirmar que para el éxito evolutivo de la especie humana la preservación de la capacidad de infracción es tan necesaria como la efectiva coordinación normativa. De otro modo no es posible la adaptabilidad cultural.

En suma, independientemente de la relevancia que puedan tener consideraciones de eficiencia coercitiva en la justificación de decisiones al interior de la práctica punitiva o en definiciones institucionales de dicha práctica, es claro que por sí solas no pueden justificar racionalmente dicha práctica. Por tal razón, la intensificación de su peso específico en el discurso acerca de la práctica punitiva es inherentemente portadora del riesgo de privar a dicha práctica de legitimidad. La resistencia discursiva ante

planteamientos de exclusiva eficiencia coercitiva no es solamente un imperativo de justicia, sino una exigencia elemental de racionalidad reflexiva.