

LA COMPRA DE UN LIBRO FOTOCOPIADO ES UN ACTO ILEGAL
Y ES PENADO POR LA LEY

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción, total o parcial,
por cualquier medio físico o electrónico,
incluyendo el diseño de la portada.

© JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

© LIBROTECNIA®
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 213.667

Primera edición

Impreso en los talleres de Gráfica LOM
en el mes de marzo de 2012

ISBN OBRA COMPLETA: 978-956-327-062-4

ISBN VOLUMEN I: 978-956-327-063-1

IMPRESO EN CHILE

LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO

VOLUMEN I

JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ADAPTADAS AL DERECHO PENAL CHILENO POR
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

LIBROTECNIA®

la teoría de la determinación de la pena que vendrá a completar la Parte General del Derecho Penal.

No quisiera terminar sin antes hacer un apunte de carácter personal, en diciembre de 2009 murió en Rotterdam el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Tuve ocasión de conocerlo cuando él era un joven ayudante del que fuera mi profesor de Derecho Penal, don Álvaro Bunster Briceño, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. La dictadura que siguió al Golpe Militar de 1973 lo obligó a exiliarse. Coincidí con él en numerosas jornadas jurídicas en diferentes ciudades europeas, también con los profesores Eduardo Novoa Monreal y Álvaro Bunster, sobre todo con este último en México. El Golpe Militar provocó el exilio de dos generaciones de penalistas chilenos. Álvaro Bunster Briceño y Eduardo Novoa Monreal constituyen la que podríamos llamar la primera generación de penalistas del exilio. Juan Bustos Ramírez y Sergio Politoff Lifschitz, la segunda. Los cuatro ya eran destacados juristas en Chile y lo fueron también en el extranjero. Su prestigio les abrió las puertas de las universidades de México, España, Venezuela y Holanda. Lamentablemente ya no están. Con Sergio Politoff, mi profesor y amigo, se fue el último de estos, no solo brillantes juristas y académicos, sino también de hombres consecuentes y comprometidos con la democracia y la justicia social.

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

LECCIÓN 1

Control Social y Derecho Penal

1.1. CONCEPTO DE CONTROL SOCIAL

Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse que el comportamiento de sus miembros resulta conforme a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones (Cohen, 1988, 15; Ramonet, 1995, 66).

Este amplio concepto de control social abarca cualquier medio que garantice el orden social, entre los que destacan: el sistema educativo, el sistema sanitario y asistencial del Estado y, en general, todo el sistema de organización social.

Como puede apreciarse de la definición, el objeto de estudio del control social es doble. Por un lado está la conducta o comportamiento desviado, esto es, una conducta que es valorada negativamente dentro de un orden social determinado y, por el otro, la reacción o respuesta de esa sociedad a su realización. Pero, el concepto de «conducta o comportamiento desviado» no presenta perfiles demasiado claros. Un mismo comportamiento, por ejemplo, estampar una firma en un muro recién pintado o en un vagón de ferrocarril puede ser valorado de forma diferente. Para

los amigos del «artista» y los que comparten su afición será una muestra de habilidad y valentía que será valorada positivamente y elevará su prestigio. En cambio, para otros será simplemente un acto de mal gusto y provocará rechazo. Esta simple constatación pone en primer plano una serie de preguntas y el problema de sus respuestas como, por ejemplo, quién define lo que es una «conducta desviada» y quién es el que tiene interés en su control.

Las respuestas solo pueden surgir en tanto que se formulen en relación con una estructura social determinada en un momento histórico concreto. Dicho de otra forma, para estas preguntas no hay respuestas universalmente válidas. Las respuestas serán diferentes según cuáles sean las circunstancias de tiempo y de lugar. En cada etapa histórica hay un diferente concepto de la desviación y también de sus estrategias de control y de los órganos encargados de ejercerlo. De esta forma, en lo que se refiere a nuestro modelo de sociedad, está claro que en el mantenimiento del orden social el Estado ocupa una situación de privilegio, haciendo en todo caso la salvedad de que en la actualidad no constituye la única fuente de control (Ramonet, 1995, 55 y ss.; Chomsky, 1995, 7 y ss.).

1.2. FORMAS DE CONTROL SOCIAL

Del concepto anteriormente expuesto podemos extraer dos formas de control social. Por un lado, las estrategias de prevención de una conducta y, por otro, la reacción social frente a la realización de esa conducta.

Con las estrategias de prevención se trata de actuar sobre el individuo alienándolo mentalmente para que internalice las normas sociales: se trata con ellas de actuar activamente para la construcción de una *conformidad social*. El control social de reacción se centra en las respuestas sociales que provoca una conducta no deseada.

1.2.1. El control social de acción: la construcción de la conformidad con el mundo social

Los mecanismos sociales dirigidos a obtener la aceptación del sistema de valores del orden social son múltiples y variados. En todo caso, tienen como objetivo común que el individuo internalice esos valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que en sus relaciones sociales se comporte conforme a dichos valores. La interiorización de estos valores habrá de generar en el individuo controles internos. Estos controles internos desarrollados por el individuo a partir de la aceptación de los valores sociales condicionarán un conducta conforme a la norma social, a saber, comportamientos que se corresponden con los que precisamente se esperan de él.

En el proceso de construcción de la *conformidad social* tienen especial importancia los llamados mecanismos de socialización. Estos mecanismos parten del reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del individuo y del hecho de que esta capacidad pueda llevarlo a la negación o cuestionamiento del sistema social. De esta forma, podría ocurrir que el individuo viviera, en tanto que sujeto no determinado, en contradicción con el mundo social. Los mecanismos de socialización tienen por objeto inducir en el individuo las significaciones de las reglas de convivencia, que las internalice como realidad y que participe en la dialéctica social. Piénsese en este sentido, para dar algunos ejemplos, en el sistema educacional, en los espectáculos deportivos, en los parques de diversiones y en los canales de información que mediante filtros oculta lo relevante y deja pasar lo irrelevante impidiendo que el individuo pueda informarse de lo que realmente interesa (Berger-Luckmann, 1968, 120 ss.; Hess, 1983, 9).

En los procesos de construcción de la *adhesión social* también tienen cabida actuaciones destinadas a crear rechazo en ciertas si-

tuaciones y, en especial, en aquellos casos donde la legitimidad de la intervención resulta dudosa. Tómese en cuenta a este respecto todo el proceso de «demonización» que ha seguido a la política de prohibición de drogas. El discurso de la droga tiene una cara oculta que sirve para legitimar intervenciones lesivas a la soberanía nacional de países productores. Notable resulta la difusión a través de medios de comunicación —en la producción de noticias, de series de televisión y de cine— de términos como narcotráfico, narcoterrorismo, narcodólares, narcoguerrilla acuñadas a partir del término inglés “narcotics”. Desde esta política se ha creado la imagen de países víctimas y países victimarios, donde desde el primer momento aparece Estados Unidos como la víctima por excelencia y legitimado, por tanto, para intervenir más allá de sus fronteras (Del Olmo, 1987, 42-43).

En la construcción de la *conformidad social* tienen también importancia destacada los mecanismos de legitimación de un orden social cuya realidad demuestra contradicciones entre lo que proclama y lo que manifiesta. Un orden social, como el nuestro que, a pesar de proclamar constitucionalmente la libertad e igualdad, pone de manifiesto una realidad en que estos valores aparecen fuertemente condicionados por los desequilibrios económicos. Esto hace que los presupuestos de los mecanismos legitimadores, esto es las ideologías explicativas del poder como el *contrato social* o un código moral o sistema de valores aceptado, estén en permanente revisión y reformulación.

No obstante, toda forma de control social y en particular el preventivo, presenta deficiencias. La naturaleza crítica del hombre limitada por los condicionamientos que le impone la estructura social pone de manifiesto la vulnerabilidad de esta forma de control. Ante la eventual incapacidad en algunos casos del control social activo, surge como siguiente eslabón una respuesta o reacción del sistema social ante una desviación.

1.2.2. El control social de respuesta o reacción

Las conductas desviadas pueden ser múltiples y suelen ser agrupadas en diferentes categorías. A cada una de estas categorías le corresponde una respuesta social diferente. La forma específica que adopte el control dependerá de la forma específica en que esa desviación sea definida. Así, a una desviación calificada como patológica, la respuesta o reacción social será de medicación. Si la desviación es definida como crimen, la reacción social será un proceso de criminalización. Si simplemente es definida como molesta o no deseada, simplemente será neutralizada. En términos generales, podría decirse que las estrategias de control social reactivo pueden reagruparse bajo algunas de estas categorías: medicación, criminalización y neutralización (Hess, 1983, 15 y ss.).

Ahora bien, según si el órgano tiene o no como actividad principal el ejercicio del control, el sistema social de reacción puede ser clasificado como *formal* o *informal*. El criterio de distinción entre control social formal e informal no reside en los niveles de formalización o institucionalización de los mecanismos de control, sino en la naturaleza del órgano que ejerce el control (Zveric-Findlay, 1987, 26). La familia, por ejemplo, que posee un alto grado de formalización e institucionalización, sin embargo, desde la perspectiva del control constituye un mecanismo informal toda vez que su finalidad específica no es el ejercicio del control.

El control social informal lo ejercen instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria a otra. Está constituido por instituciones como la familia, la vecindad, la escuela, el centro de trabajo, el partido político, etc. El control social que ejercen estas instituciones se rige por un sistema normativo informal de usos, costumbres, tradiciones y con frecuentes apelaciones a un código ético o moral no escrito y también a la reciprocidad. Sus sanciones pueden ser según las circunstancias

muy duras, arbitrarias y desproporcionadas. Pueden consistir en burlas, pérdidas del puesto de trabajo, aislamiento social, reproches, pérdida de la consideración social, de posición e ingresos económicos, etc.

El control social formal es el que es ejercido por instancias que han sido establecidas precisamente con la finalidad de ejercer intervenciones o injerencias social, como la policía, los tribunales, el derecho penal, el procedimiento penal, los establecimientos penitenciarios en un sentido amplio (cárceles, establecimientos socio-terapéuticos, etc.) y también las oficinas encargadas de registrar, clasificar y archivar la información sobre personas que alguna vez han sido objeto de alguna sanción penal. Al contrario de lo que sucede con el control social informal, la respuesta de este tipo de injerencia ante la conducta desviada está regulada por el derecho escrito. Pero, quizá el aspecto más destacable de estas instancias de control social formal, es el hecho de que todas se integran dentro de un sistema total dinámico en que cada una de ellas constituye una pieza con funciones definidas. De ahí que cuando se habla de control formal se está haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema total, el sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico, el control penal.

1.2.2.1. EL CONTROL PENAL. El control penal es un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización es alto y con predominio del texto escrito. Su formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal. Desde el momento de la definición del delito hasta la ejecución penal e, incluso, más allá cuando cumplida la condena, el propio sistema mantiene un control sobre el que ha delinquido.

Dentro del sistema penal, el derecho penal constituye un eslabón importante. Su elemento consustancial es la pena. La pena

constituye la reacción social formal ante una conducta desviada que ha sido definida como delito. La definición del delito así como de la pena a aplicar a ese delito específico se realiza con el derecho penal.

Pero el proceso de criminalización no se agota con la definición legal. Es necesario, además, que la ley se ponga en acción, esto es, que se aplique. Esto significa que frente a la violación efectiva de la norma penal es necesario que las demás instancias que integran el sistema penal reaccionen *efectivamente* ante la comisión de un delito. Solo en ese momento una persona adquiere el estatus social de delincuente. De esta forma, solo llega a adquirir este estatus quien habiendo realizado un comportamiento punible, ha sido sometido a proceso y condenado (Baratta, 1986, 84).

Por eso, coherentemente, no resulta del todo correcto señalar que el derecho penal es un control social formalizado. El derecho penal es solo un conjunto de normas estáticas. Solo cabe considerarlo en tal calidad en tanto que forma parte de un *sistema dinámico de funciones* en el cual hay que distinguir diversos mecanismos: por una parte, el mecanismo de producción de las normas o de criminalización primaria y, por la otra, el mecanismo de aplicación de las normas y el de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad que conforman la criminalización secundaria (Baratta, 1978, 45; Sandoval, 1985, 5-6).

Esta perspectiva abre un amplio abanico de posibilidades críticas al control penal ya que da la oportunidad de revisar las diversas etapas en el proceso de criminalización, desde la creación de la norma hasta su aplicación en el proceso y, posteriormente, en el cumplimiento de la condena. Pero esta perspectiva crítica no solo afecta al plano normativo o prescriptivo, que solo nos indica *cómo deben ser* los procesos de creación y aplicación de las normas penales, sino también al plano fáctico o descriptivo, es decir, *cómo son* tales procesos. Dicho análisis crítico supone entrar a responder a preguntas como quién tiene el poder de definición de delitos y

por qué y cómo lo define. Hay también otras que son pertinentes como por ejemplo, por qué un proyecto de criminalización no llegó a prosperar o, por qué en un determinado momento el legislador decide dar a un objeto una protección penal en lugar de una civil y viceversa (Sandoval, 1985, 6-10).

1.3. TENDENCIAS ACTUALES EN EL CONTROL SOCIAL: HACIA LA PRIVATIZACIÓN DEL CONTROL SOCIAL

Un examen del control penal y su evolución desde una perspectiva histórica pone de manifiesto un sostenido aumento de los instrumentos informales de control social. En efecto, si convenimos en distinguir diferentes estadios en el desarrollo del *Estado liberal*, vemos que en el primero que podríamos caracterizar como *Estado guardián o democrático de derecho* los controles sociales más importantes eran el derecho penal y entre los informales, la Iglesia. En el segundo estadio que podríamos caracterizar como un *Estado intervencionista de defensa social* empezaron a ganar importancia otras formas de control social, especialmente la medicina y la psicología que definirían gran parte de las conductas desviadas como «patologías sociales». De esta forma, no solo sería exclusivamente una disciplina de las ciencias sociales, concretamente el derecho penal, la que sería hegemónica en el control social, sino que compartiría esta tarea con otras disciplinas de las ciencias de la naturaleza con el valioso y decidido apoyo del pensamiento positivista. Un tercer estadio se puede distinguir a partir del momento en que el Estado liberal constata que el modelo económico conduce a grandes desigualdades sociales que ponen en peligro la cohesión social, con lo que asume la tarea de intervenir no solo en los procesos económicos para neutralizar la tendencia del mercado a la acumulación y concentración de la riqueza, sino también directamente en la sociedad para tratar de nivelar sus estructurales

desigualdades. Nace el *Estado social y democrático de derecho* cuyas bases ideológicas se las suministraría la sociología funcionalista. Del pensamiento funcionalista surge la idea de conducta funcional o disfuncional a un sistema de valores o código moral compartido. La función del control es producir el consenso social con ese sistema de valores. Tarea de las ciencias sociales funcionalistas es lograr el consenso, esto es, la conformidad o adhesión.

Asumiendo el riesgo que significa la falta de perspectiva histórica, hasta fechas recientes el momento actual podría ser caracterizado como el *Estado neoliberal de pensamiento único*, en el cual la técnica ha ido desarrollando nuevas formas de comunicación social más avanzadas y eficaces. Continúa presente el derecho penal pero los controles sociales de acción van ganando en número y calidad. No obstante, hay que dejar claro que no hay una minimización del derecho penal al que por el contrario cada vez se le incorporan más delitos y más población penitenciaria, sino solo una reducción en cuanto a su importancia y eficacia como medio de control social. Antes o al lado del derecho penal han aparecido con relevancia otro tipo de controles sociales pero que dejan intacta la permanencia de la intervención coactiva del Estado. Dicho de otra forma, en el sistema social se constata un aumento cuantitativo de todas las formas de control social, pero sin duda cualitativamente son mucho más importantes los controles sociales de acción, es decir aquellos que actúan más sobre la mente que sobre el cuerpo de las personas. Es notable la importancia que en este sentido tienen, por ejemplo, la prensa cuando selecciona las noticias poniendo más énfasis en algunas que en otras o simplemente ocultándolas; la industria del espectáculo dominada por grandes multinacionales financiando solo determinadas obras de determinados autores y de determinados temas; o las industrias de la moda y de la publicidad que imponen determinadas líneas estéticas.

En este contexto los tradicionales controles informales —escuela, familia, iglesia, ejército— están siendo reemplazados por nuevos métodos de control más sutiles y también más perversos. Hay una verdadera ingeniería de la persuasión más o menos visible que casi llega a programar a las personas conforme a determinados intereses. El control de las personas se extiende desde el nacimiento —y en un futuro cercano quizá si no antes del nacimiento con la ingeniería genética— hasta su muerte. Se han desarrollado verdaderas técnicas de persuasión en cuya aplicación juegan un papel importante la televisión y el cine, sin olvidar lo que significan en este sentido la publicidad, los sondeos y el llamado marketing (Ramonet, 1995, 68 y ss.).

Hay, en consecuencia, una privatización del control. Ya no son los aparatos del Estado los que lo monopolizan, sino que ha entrado a compartirlo con centros privados con una clara distribución de funciones. El control social de acción, esto es el que procura alcanzar la internalización de los valores del sistema va siendo claramente asumido por grupos privados que dominando los medios de comunicación van reproduciendo los valores del sistema en forma de noticias, literatura, cine, programas y anuncios de televisión. Es fácil comprobar que en Chile determinados medios de comunicación han tratado el problema de la delincuencia desde una propuesta que enfatiza el control represivo reclamando una mayor inversión del Estado en la modernización y expansión del modelo de intervención penal de seguridad ciudadana (Hoecker, 1993).

En lo que se refiere al sistema mismo y los valores que el individuo debe internalizar cabe observar una tendencia hacia la globalización, hacia un pensamiento único a escala mundial. El liberalismo económico ha resurgido con fuerza a nivel mundial planteándose como una alternativa a lo que consideran un excesivo e inadmisibles intervencionismo estatal en la economía. Se trata de retornar a la ley de la oferta y la demanda como una ley natural.

El mercado actuaría como un regulador de las relaciones sociales y económicas. La intervención estatal estaría excluida del proceso económico y se limitaría al mantenimiento de las condiciones sociales y políticas necesarias para que puedan realizarse las relaciones de mercado. Esta ideología con su empeño en identificar libertades personales con libertad de mercado, ha hecho emerger con toda su crudeza la antinomia entre los derechos de la persona y el mercado. De este modo, lo político pasa a ser absorbido por lo económico dejando de ser considerado como una actividad autónoma.

En el estado neoliberal de pensamiento único es notable la primacía de lo económico sobre lo político. Son consecuentes con este principio que instrumentos tan importantes como son los Bancos Centrales se hayan hecho independientes y proclamen una pretendida neutralidad política. En especial los mercados financieros se han alzado como orientadores naturales de la economía. La competencia ha pasado a ser el estímulo de toda actividad social y un vehículo de superación de las personas. Todo puede ser objeto de intercambio económico en un mercado en que los productos de todo el mundo pueden circular libre e ilimitadamente. Sin embargo, esta libertad para la circulación del dinero y de las mercancías no existe para las personas. Se observa una división internacional del trabajo. Se invierte en los países que garantizan los costes laborales más baratos y se impide a los habitantes condenados a morir de hambre de los países que han quedado fuera del circuito productivo a emigrar a las metrópolis. La bondad de una decisión político-económica no se mide por el efecto que vaya a producir en las personas, sino por sus efectos en el mercado y en las grandes cifras de los presupuestos.

Los últimos escándalos financieros, las denominadas *guerras preventivas*, la vulneración de los derechos fundamentales en la denominada lucha contra el terrorismo y los efectos del proceso de cambio climático han puesto de manifiesto de nuevo los peli-

gros del *Estado liberal*. Aunque resulta prematuro cualquier tipo de conclusión o análisis, parece que nos adentramos en una crisis del Estado ultraliberal en el que es posible apreciar que el poder político ha ido perdiendo fuerza frente al poder financiero, situación que va a afectar al sistema de control social penal tal como lo conocemos en la actualidad.

1.4. EL DERECHO PENAL EN LA ACTUALIDAD

En este paulatino e imperceptible proceso de privatización del control social al Estado, como centro de poder público, solo le va quedando la forma más brutal y manifiesta de control, el control penal. Este control social en tanto que está formalizado y amparado por principios garantistas, especialmente el de publicidad, es también el que con mayor facilidad puede ser identificado y, por lo tanto, también el que menos se presta para la manipulación, el abuso y la arbitrariedad. Es un control social que por su carácter manifiesto ha podido con mayor facilidad ser objeto de observación y crítica por las ciencias sociales. Como consecuencia, está en constante revisión y en su desarrollo ha ido generando sus propios mecanismos de limitación y de control democrático y quizá es por eso mismo, el que menos se adecua a los requerimientos de control social que plantea el modelo neoliberal de pensamiento único. Más aún, se considera que el sistema penal con todos sus obstáculos garantistas representa más bien un inconveniente en lo que llaman «lucha contra la criminalidad» y «la inseguridad ciudadana».

Esto quizá explica la tendencia que actualmente se observa al abandono de aquellos principios limitadores al *ius puniendi* que, en forma de garantías, se han ido consolidando en forma paralela al desarrollo y consolidación de las garantías individuales dentro de los Estados. Frente a un derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos y por tanto de intereses vinculados directamente a la

persona, se propone un derecho protector de la vigencia de la norma (del propio sistema) con la consiguiente exclusión de la persona y su sometimiento a las reglas de un sistema social, con la consecuencia, entre otras, de un aumento de los delitos de peligro abstracto.

También se observa una simplificación del proceso penal que puede llegar a afectar al principio de presunción de inocencia al soslayarse el principio de contradicción con el favorecimiento de los acuerdos previos entre acusación y defensa que en muchas ocasiones son estimulados para evitar los engorros y costos económicos del juicio oral. Si bien, la inclusión de los acuerdos reparatorios y del principio de oportunidad pueden constituir unos instrumentos de control social adecuados a los principios político-criminales derivados de un Estado constitucional, su utilización no debe tener como único fundamento la celeridad en la justicia y la eficiencia económica. En todo caso, y a fin de evitar malos entendidos, la crítica que realizamos a la posible *perversión* de estas nuevas formas de finalizar el proceso penal no empaña el hecho de que la nueva reforma procesal penal haya constituido una de la principales reformas jurídicas acaecidas en nuestro país en aras de garantizar los derechos del ciudadano y limitar el poder punitivo del Estado.

Este debilitamiento de las garantías penales junto con el aumento y fortalecimiento de los controles sociales informales, ha traído como consecuencia que el control penal se concentre casi en forma exclusiva en las clases económicamente más desfavorecidas, es decir en los autores de los delitos del derecho penal clásico (hurtos, microtráfico de drogas, etc.) en contraposición al denominado derecho penal de los poderosos (delincuencia económica, ambiental económica y la corrupción política) y de los crímenes contra la humanidad.

La lógica consecuencia de este aumento de un control penal donde la pena privativa de libertad continúa en el centro del sistema, es un alarmante aumento de la población penal cuya dis-

minución se ve aún distante, más si se tiene presente que hay una constante demanda social de cárcel ante cualquier conflicto que se presente, alimentada, como hemos expuesto con anterioridad, por los propios poderes públicos y los medios de comunicación.

Esta demanda social por la intervención penal es rápida e irreflexivamente atendida por los poderes públicos. Por una parte, le da a la intervención penal una pátina de democracia y por la otra, como es muy fácil de satisfacer y da una apariencia de preocupación por solucionar el conflicto, se constituye en una fuente para la obtención de votos en las periódicas elecciones donde se han de renovar los poderes públicos.

Ahora bien, esta demanda social por la intervención penal está lejos de ser espontánea. Es un fenómeno que ha sido construido a partir de una ideología de *inseguridad ciudadana* que a su vez ha generado una política de *tolerancia cero*. De esta forma, el derecho penal y la actuación policial concentrada en la violencia, los delitos contra la propiedad y el pequeño traficante tejen una tupida malla que arrastra cada vez en mayor número de personas pertenecientes a un determinado sector de la población a la cárcel. Sin embargo, no puede desconocerse que esta delincuencia existe, que objetivamente genera riesgos a la población, que paradójicamente las víctimas suelen ser del mismo grupo social de sus autores y que *algunos* de estos son inmigrantes, pero tampoco puede perderse de vista que esta inmigración es la consecuencia de una política económica que tiende a la acumulación de riqueza, con la consiguiente marginación de las personas, y a la concentración de la misma, con la consiguiente pauperización de determinados países que al no poder satisfacer las necesidades básicas de su población, la obliga a emigrar en busca de nuevos horizontes.

El modelo penal de seguridad ciudadana no nos resulta ajena. Por una parte, hay quien opina que la mayor parte de las medidas gubernamentales observadas desde la instauración de la democracia

puede adscribirse al modelo de *Prevención Comunitaria del Delito*, especialmente en la versión estadounidense de *tolerancia cero*.

No obstante, hay que señalar que en Chile las últimas medidas adoptadas como el Plan Comuna Segura han incorporado medidas del modelo de *Prevención Multi-agenciada*, inspiradas en la idea de la responsabilidad ciudadana en la prevención y disminución de la delincuencia (Torres y de la Fuente, 2001, 96).

El proceso de globalización económica y cultural también ha afectado a ciertas formas de criminalidad, y como contrapartida, a determinados instrumentos de control penal. De hecho, resulta verificable una estrecha relación entre determinados delitos (tráfico de drogas, armas, personas, etc.) y el proceso de globalización. Tres acontecimientos clave nos permiten entender las relaciones entre la criminalidad organizada, propietaria de este tipo de delincuencia, y el fenómeno de la globalización. En primer lugar, el desarrollo de los medios de producción, transportes, comunicaciones y, en especial, el papel crucial que ha jugado el sistema financiero eliminando las restricciones para acceder a la inversión, han facilitado de manera espectacular las relaciones comerciales. En segundo lugar, el fracaso de la prohibición de comerciar con determinados bienes, acaecido en las mayorías de los países debido a la persistencia de la demanda y a la ineficacia de las medidas de control social. Las políticas represivas con el tráfico de drogas constituyen el mejor ejemplo de este fracaso. Y, por último, el progresivo debilitamiento de las economías legales en los países menos desarrollados —el caso más reciente es la dramática transición económica de los antiguos Países del Este— que favorece la expansión de actividades comerciales ilícitas como el secuestro o el tráfico ilegal de armas.

Se trata de lo que Castells ha denominado con acierto Crimen Organizado Global (2001). A las organizaciones criminales tradicionales como la *Cosa Nostra* siciliana, la mafia norteamericana, los carteles de la droga mexicanos y colombianos, las redes nigerianas

y los *yakuzas* japoneses, se han venido a sumar las mafias rusas y, en general, de todos los países de Este, cuyos integrantes suelen ser antiguos miembros del ejército o de los aparatos represivos de algunas dictaduras. Estas nuevas mafias, además, han contado con la ventaja añadida de la ausencia de los mecanismos públicos de control de la economía con que se cuenta en los países de Occidente debido a la apresurada transición a la economía liberal de mercado de estos países (Curbet, 2005).

Los estados han respondido a este nuevo tipo de criminalidad con un propio proceso de globalización del control penal a través de acuerdos internacionales, que tratan de homogenizar las legislaciones penales nacionales y agilizar la cooperación policial y judicial. Ejemplos de este proceso son los Convenios de Viena contra el tráfico de drogas (1988) y la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional (2000). No obstante, el grado de desarrollo e implantación de estos instrumentos de control penal resulta todavía claramente insuficiente. Sirva como ejemplo, la escandalosa «regulación» de los denominados *paraísos fiscales* que suponen uno de los eslabones fundamentales en la expansión del crimen organizado.

La actividad criminal centrada en el comercio ilícito de recursos energéticos que son saqueados impunemente, de armas convencionales, químicas y nucleares, de drogas y de bienes del Estado ha dado lugar a un enorme poder económico que sin duda terminará en el mejor de los casos influyendo y condicionando al poder político, si es que no se constituye por sí mismo en un poder de esta naturaleza. Estas redes criminales se caracterizan por su flexibilidad organizativa como lo demuestra el hecho de que se ha comprobado la existencia de acuerdos de colaboración entre las diferentes organizaciones, por la facilidad y la falta de límites con que recurren a la violencia, pero también por su gran poder económico desestabilizador de las economías nacionales. La necesidad

de incorporar esta enorme masa de dinero, que se estimaba en el año 1993 como el equivalente al presupuesto nacional federal de Estados Unidos, generado por las actividades ilícitas del crimen organizado a los circuitos económicos legales, ha dado a su vez lugar a una subindustria no menos ilícita de blanqueo de dinero que, ante la posibilidad de ganar importantes comisiones suele ser administrada por personas e instituciones que están completamente al margen de las actividades que lo genera y cuya actividad es perfectamente legal, como sociedades de importación y exportación o instituciones financieras (Curbet, 2005).

El crimen organizado global, de esta manera, por su dimensión económica y capacidad de actuación, constituye un peligro real al propio Estado, pues afecta a su monopolio de la violencia y a la necesaria regulación de la economía necesaria en cualquier Estado moderno. El incontrolado dinero “negro” distorsiona cualquier previsión económica.

Paralelamente a este fenómeno del Crimen Organizado Global, ha aparecido el terrorismo fundamentalista étnico y religioso diferente al no menos detestable que proviene del irredentismo nacionalista que se localiza en determinados territorios. La actividad criminal del terrorismo fundamentalista se asemeja a la del crimen organizado en que ambas se han desarrollado con el auxilio de redes globales y también de las nuevas tecnologías de las comunicaciones. Pero aquí acaban las semejanzas, pues mientras el primero busca con su actividad ilícita el beneficio económico y la violencia es un medio para ello, el segundo persigue otros fines para los cuales la violencia constituye un medio de afirmación. Mientras al crimen organizado no le interesa la notoriedad social, el terrorismo con sus acciones justamente la busca.

Frente a estos dos fenómenos el Crimen Organizado Global y el Terrorismo fundamentalista, su transfronterismo y su notable flexibilidad, aparece la incapacidad de los Estados nacionales para

enfrentarse a ellos con su sistema penal. En estas circunstancias, no tiene otro remedio que renunciando a parte de su soberanía, ir hacia la cooperación internacional y a la transferencia de sus competencias policiales y judiciales a órganos supranacionales.

Términos como “inseguridad ciudadana”, “crimen organizado”, “fundamentalismo religioso” y “terrorismo”, que los ciudadanos han incorporado a su lenguaje cotidiano haciéndose eco de la insistencia con que son repetidos por los medios de comunicación con el apoyo de intelectuales orgánicos del autoritarismo penal, han terminado por construir una situación en la que se va extendiendo la opinión de que el sistema penal y sus garantías, no sirven para luchar contra estas formas de delincuencia.

1.4.1. La alternativa irracional

Estas diferentes situaciones han llevado a una profusión de leyes especiales, cuyo objetivo no es la determinación de conductas, sino antes diferenciar personas respecto de otras en la sociedad, ha llevado en el último tiempo a la elaboración de un nuevo planteamiento penal autoritario: el derecho penal para el enemigo (Jakobs, 2003). Como no podía ser de otra manera su autor principal es Günther Jakobs. En efecto, no aparece extraño dado su concepto de culpabilidad como “infidelidad al derecho: culpabilidad material en la falta de fidelidad frente a normas legítimas” (Jakobs, G.: *Derecho Penal. Parte General*).

En relación al derecho penal del enemigo Jakobs señala “el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, por un lado, el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad” (2003, 42-43). Es decir, ya no es el hecho el

perseguido, sino la persona por su peligrosidad. Por eso señala: “quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación” (2003, 41).

Con mucha razón Cancio Meliá señala que un planteamiento de esta naturaleza constituye un derecho penal de autor, pues es incompatible con el principio del hecho y está basado en la actitud interna del autor (Cancio, 2003). Pero además habría que agregar que el planteamiento de Jakobs está teñido por el positivismo naturalista del s. XIX, que también distinguía entre los culpables y los peligrosos y estos últimos carecían del carácter de personas. La diferencia está en que por lo menos el positivismo naturalista pretendía dar un planteamiento científico a sus postulados. En cambio, Jakobs simplemente distingue entre ciudadanos y enemigos sin dar razón alguna. Con esto, entonces, la diferenciación se hará sobre la base del más absoluto autoritarismo.

También han surgido otras semejantes, como es el caso de Silva Sánchez (2001, 150 ss.) quien estima que debe haber un derecho penal de dos velocidades (y aun de tres según él, si se incorpora el derecho penal del enemigo). El derecho penal de segunda velocidad tendría por objeto aquellos delitos contra bienes jurídicos colectivos (medio ambiente, calidad del consumo, etc.). Este derecho penal constituiría un derecho penal administrativo o policial, sin las garantías del derecho penal común o de primera velocidad, si bien no contendría penas privativas de libertad. Esta posición, por una parte, pretende desconocer la existencia de derechos humanos de segunda (derechos económicos y sociales) y tercera generación (los relativos a la igualdad entre las personas), y por otra parte, ignorar que cualquier restricción coactiva de derechos es siempre una limitación a la libertad de las personas.

1.4.2. Una respuesta democrática

Si hacer política significa entre varias alternativas elegir una para la solución de un problema, en un Estado constitucional no cualquier alternativa resulta válida. Y si esa política es una política criminal en la medida que la opción elegida afecta gravemente a la persona, los límites se acentúan de modo considerable. Estamos hablando de límites que surgen de la ética (el fin no justifica los medios), de los derechos fundamentales (esto es la visión histórica nacional de los derechos humanos) y los principios que dieron nacimiento al Estado moderno (libertad, igualdad y solidaridad).

Desde este punto de partida –fundamental e irrenunciable porque son los que identifican un Estado constitucional de derecho– un derecho penal del enemigo o de “varias velocidades” no solo resulta inadmisiblesino que es la negación del Derecho amparado por la máscara de la legalidad formal.

La función del jurista y de las organizaciones democráticas es criticar estos excesos y señalar límites a los mismos y no crear ideologías con pretensiones científicas para legitimarlos. La lucha por el derecho es un continuo desde la Carta Magna hasta ahora. Frente a la innegable existencia de los conflictos que están en la base de este “derecho penal del enemigo” y sus variantes, el Estado constitucional de derecho tiene instrumentos para dar una respuesta democrática. Se trata simplemente de reforzar y confiar en y todas las instituciones de control que tiene el Estado. Pero al mismo tiempo, ello implica desechar la pretensión de encubrir graves falencias en las políticas nacionales e internacionales con un derecho penal sin garantías.

Frente a nuevos fenómenos se pueden seguir dos vías diferentes. Una es la de abandonar la senda de la democracia como sucedió durante el período nazi en Alemania frente a la crisis política y económica de la República de Weimar con las atrocidades de un

derecho penal de autor. La otra vía es reaccionar frente al crimen, mediante el reconocimiento, la configuración y desarrollo de un sistema penal de garantías que tanto a nivel de creación como de aplicación de la norma recoja los principios de dignidad de las personas, de necesidad de la pena y de protección de bienes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, A.: (1978) “Criminología crítica y política criminal alternativa” en *Revue Internationale de Droit Penal*, pp. 43-45.
- BARATTA, A.: (1993) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. A. Bunster, 4ª ed., Siglo XXI Editores, México.
- BERGER, T. y LUCKMANN, TH.: (1968) *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires.
- CASTELLS, M.: (1996) «La era de la información», Vol. 1, *La sociedad red*, Alianza Editorial, Barcelona.
- CANCIO MELIÁ, M.: «¿Derecho penal del enemigo?» en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- COHEN, S.: (1988) *Visiones de Control Social*, PPU, Barcelona.
- CHOMSKY, N.: (1995) “El control de los medios de comunicación” en *Cómo nos venden la moto*, Icaria, Barcelona, pp. 7-54.
- CURBET, J.: (2005) *Políticas locales de seguridad ciudadana en Europa: el caso de Barcelona*.
- DEL OLMO, R.: (1987) «La cara oculta de la droga», en *Poder y Control* 2, pp. 23-48.
- FERNÁNDEZ CRUZ, JOSÉ ÁNGEL (2002), «La empresa criminal: los delitos de comercio ilícito como factor de aparición del blanqueo de capitales» en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Nº 5, pp. 85-101.

- HESS, H.: (1983) "Probleme der sozialen Kontrolle" en *Festschrift Larenz*, Heidelberg.
- HOEKER, L.: (1993) «El problema de la delincuencia y el Mercurio» en *Unidad de Investigación Criminológica*, Gendarmería de Chile, Santiago.
- JAKOBS, G.: (1996) *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- JAKOBS, G.: (2003) "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo" en Jakobs y Cancio Meliá *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: (2006) "¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?" en *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Paper30. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/30>.
- NOGUÉ, J. y VICENTE, J. *Geopolítica, identidad y globalización*, Ariel, Barcelona.
- RAMONET, I.: (1995) «Pensamiento único y nuevos amos del mundo» en *Cómo nos venden la moto*; Icaria, Barcelona, pp. 55-98.
- SANDOVAL, E.: (1985) *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: (2001) *La expansión del derecho penal*, Civitas, Madrid.
- TORRES, E. y DE LA FUENTE, P. (2001) «Modelos internacionales de políticas públicas de seguridad ciudadana durante la última década», en *Política-Economía-Sociedad. Temas. Análisis 2001-2002*, N° 4, Departamento de Sociología de la Universidad de Chile, pp. 79-101.
- WACQUANT, L.: (2003) *Cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid.
- ZVEKIC, U. y FINDLAY, M.: (1987) «Para un análisis de los mecanismos informales de control social» en *Poder y Control I*, pp. 21-37.

LECCIÓN 2

Criminología y Derecho Penal

2.1. LAS RELACIONES DE LA CRIMINOLOGÍA CON EL DERECHO PENAL

2.1.1. Positivismo y funcionalismo

Se suele señalar que el nacimiento de la criminología tuvo lugar a mediados del s. XIX. Su objetivo era investigar las causas de la criminalidad. Las investigaciones de los primeros criminólogos se centraron en el individuo pues entendían que el crimen era el resultado de carencias del individuo bien sea de carácter biológico, antropológico o social. El individuo delinquía bien porque era un enfermo o porque su socialización era deficiente. El delincuente era considerado por la criminología, por su anormalidad, un peligro para la sociedad que, sin embargo, en determinados casos sí era recuperable al igual que un enfermo podía ser sometido a tratamiento o si no lo era, simplemente neutralizado.

Como puede apreciarse esta corriente criminológica centraba sus investigaciones en el hombre delincuente. En él residían de forma natural las causas del crimen. Esta criminología que hoy desde corrientes críticas se la conoce como "la criminología del paradigma etiológico", el criminal es una realidad determinada y diferente de seres humanos, no es persona, no es un sujeto de derechos, sino solo un objeto del control social. Los hechos realizados, los delitos, son una simple expresión de su naturaleza perversa. Para estas corrientes criminológicas el interés científico

debe concentrarse no en el hecho criminal, sino en sus causas que residen o bien en la persona misma (causas endógenas) o en su medio (familia, escuela, barrio).

Con esta distinción entre el criminal y el no criminal esta perspectiva hizo una tajante separación entre lo empírico y lo normativo y al mismo tiempo entre lo natural y lo político. El estudio de la criminalidad pasó a ser algo perteneciente a las ciencias de la naturaleza, por tanto neutral y objetivo, completamente ajeno y diferente al ejercicio del poder del Estado. Con ello el Estado pudo disponer de una base, amplia e indeterminada, para justificar la intervención penal en relación a la criminalidad. La criminología venía a dar el fundamento “científico” al derecho penal. El derecho penal actuaría sobre los individuos que científicamente habían sido calificados de “peligrosos sociales” y la intervención penal aparecería como una necesidad para la defensa de la sociedad.

Era una época de gran convulsión social. La acelerada industrialización en las ciudades provocó corrientes inmigratorias del campo a la ciudad que derivó posteriormente, como consecuencia del exceso de oferta de fuerza de trabajo, en un incremento de la pobreza radicada en los cinturones de las ciudades y de la conflictividad social pidiendo mejores condiciones de trabajo. Estos y otros, como el temor a la guerra, eran factores de desestabilización del nuevo orden surgido de los procesos revolucionarios que pusieron fin al Antiguo Régimen. En este contexto, adoptando el método experimental de las ciencias de la naturaleza, nacieron disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología con el deliberado propósito de resolver científicamente los problemas sociales a los que se les negaba su carácter de políticos y se les asimilaba a fenómenos naturales. Entre estos fenómenos “naturales” se encontraba la criminalidad. Si para la Ilustración, como puso de manifiesto Beccaria, la criminalidad era un problema político, para la filosofía positivista de mediados del s. XIX, era simplemente

un fenómeno natural que debía ser objeto de estudio científico, del mismo modo que lo eran los animales y las plantas, por una disciplina especial. Este vacío lo vino a llenar la criminología positivista. Esta nueva ciencia de lo criminal vendría a contribuir junto con otras centradas en el estudio de la conducta humana, a la consolidación del nuevo orden social.

En la criminología positivista pueden distinguirse diferentes corrientes. Sin embargo todas tienen en común que la conducta “desviada”, esto es asocial, tienen su causa en inferioridades o defectos del individuo. Por tanto, el problema estaba en el individuo que por sus defectos o inferioridades, que podían ser hereditarios, estaba predispuesto al crimen. De esta manera, si para el derecho penal el delito era una acción voluntario o culpable de una persona, para la criminología no era más que una inevitable manifestación de su incontrolable naturaleza perversa. En estas condiciones, al Estado no tenía otro remedio que asumir el control de estos individuos.

Entre estas corrientes pueden distinguirse las que atribuyen la criminalidad a *causas biológicas* cuyos representantes más destacados son Lombroso (1835-1909) y Garofalo (1851-1934) y las que entienden que la criminalidad obedece a causas sociales y biológicas representadas por Ferri (1856-1929). Otra línea a destacar dentro del positivismo es aquella que atribuye la criminalidad a causas psicológicas. Estas se aproximan al fenómeno criminal desde la psiquiatría y la psicología criminal estableciendo diferentes tipos de personalidad o bien desde la psicología conductista. En la actualidad a pesar de las críticas, si bien con matizaciones, el pensamiento y el método de la criminología positivista es mayoritario en la doctrina criminológica contemporánea (Serrano Maíllo, 2004: 95).

En la primera mitad del siglo XX desde la *teoría funcionalista* se intentaría otro enfoque del fenómeno criminal. Para esta teoría sociológica el concepto central es el de *función* que serían aquellos factores que contribuyen a la adaptación o ajuste de un

determinado sistema social. Junto a la función existen también las *disfunciones* cuyas consecuencias son el debilitamiento de las condiciones de adaptación o ajuste del sistema social. Claramente el funcionalismo se distancia en general del positivismo en el sentido de negar validez al concepto de causalidad, y en particular en dos aspectos. Por una parte, en cuanto el problema de la criminalidad, el funcionalismo habría de poner de manifiesto que ella no estaba ligada a causas vinculadas al individuo, sino que se debía a disfunciones en el propio sistema social. Con ello, de una consideración microsocia de la criminalidad, se pasó a una de carácter macrosocia. Por otra, habría de sostener sobre la base de datos empíricos, al contrario de la criminología etiológica, que la criminalidad no era privativa de un solo estrato social —el de los más desfavorecidos socialmente—, sino que se extendía a todos los grupos sociales. La diferencia radicaría en las formas de actuar. Los criminales o la desviación en general pertenecerían no al ser de lo humano, sino al ser del sistema. Las causas de la criminalidad ya no radicarían en los defectos del individuo como sostenía la criminología positivista del s. XIX, sino en disfuncionalidades dentro del propio sistema social.

Así, en esta línea Robert K. Merton (1910-2003) señalaría que cuando alguien no puede alcanzar los objetivos que marca una sociedad, por ejemplo, riqueza y fama, utilizando los medios legales que le brinda ésta, puede tratar de conseguirlos por otros medios que no son socialmente aceptables. La criminalidad, de esta forma, surgiría para Merton como un comportamiento normal dentro de la sociedad y contribuiría a la cohesión social en la medida que generaría un rechazo general.

No obstante, si bien, la sociología funcionalista se diferenciaría de la criminología clásica en poner el acento en la estructura social, comparte con la positivista su visión neutra de la criminalidad, como algo totalmente desvinculado de lo político, en

definitiva de la acción del Estado que es el que tiene el poder de definición de lo que es delito. Tanto para el funcionalismo como para la criminología clásica el delito es fenómeno social objetivo que debe ser estudiado como tal.

Los positivistas toda vez que centraron sus esfuerzos en buscar las causas de la criminalidad en defectos de la persona, pusieron en primer plano la importancia de lo humano pero despojando de sus derechos al hombre criminal que simplemente era considerado como objeto desprovisto de todo derecho. Los funcionalistas, en cambio, destacarían la significación del sistema social como tal, ya que el comportamiento criminal se definiría a partir de la constatación de la disfuncionalidad del comportamiento pero ignorando igualmente sus derechos. Por tanto, ambas visiones a pesar de sus diferencias, compartirían la distinción entre lo empírico y lo normativo, entre lo pretendidamente científico y lo ideológico.

2.1.2. Visiones criminológicas críticas al derecho penal

Estas visiones presuntamente *objetivas* y *científicas* de la criminología serían radicalmente cuestionadas en la segunda mitad del siglo XX tanto desde perspectivas políticas tanto marxistas como liberales, que llevarían a una revisión profunda del objeto de esta disciplina y, como consecuencia, también de la criminalidad.

Las posiciones marxistas (Taylor, Walton y Young, 1978) en un resurgimiento radical de sus orígenes situarían la criminalidad en la encrucijada de la lucha de clases y como expresión del poder y explotación de la burguesía sobre el proletariado, con lo cual de una u otra manera se da una tendencia a considerar la criminalidad como una forma de disidencia política. Más allá de esta forma ingenua de la presentación de la criminalidad, lo importante de su aportación fue poner en el centro de la discusión el carácter político de la criminalidad y el fin de la distinción entre lo empírico

y lo normativo, entre lo científico y lo ideológico. Esta visión si se quiere ingenua y maniquea de la criminalidad, sin embargo, tiene el mérito de haber contribuido a cuestionar con eficacia tanto la visión clásica como funcionalista de la criminología.

Pero las criminologías clásicas y funcionalistas, positivistas a fin de cuentas, también fueron cuestionadas desde perspectivas liberales. Al contrario de las posiciones marxistas que seguían considerando el fenómeno criminal como un fenómeno social-estructural, las posturas liberales retornaron a la persona. Si la criminología clásica consideraba al ser humano simplemente como un ser natural, estas nuevas corrientes lo hicieron de una forma radicalmente distinta. El ser humano pasaría a ser considerado como persona social, es decir, como un sujeto en comunicación con otros cuyos comportamientos, en definitiva las formas en que se expresa, tienen un significado o valor que es definido socialmente. La significación o valoración que socialmente se le da a las formas de expresión de la persona aparece como fundamental. Luego, la desviación social de la norma, y en particular la criminalidad como forma específica de desviación de determinadas normas, surge desde los procesos que le dan significado, en las *etiquetas* que se le asignan a estos comportamientos que no son sino formas de expresión de la persona. Así la sustracción violenta de una cosa ajena, aparece como una forma de desviación de una norma que otorga un significado social negativo a ese comportamiento que es definido o etiquetado como robo y como ladrón a su autor. Es obvio, en consecuencia que a partir de este planteamiento no puede sostenerse coherentemente que el crimen obedece a causas centradas en defectos de la persona o a disfunciones de los comportamientos respecto del sistema social. El objeto de estudio no pueden ser las causas de la criminalidad ni los comportamientos disfuncionales, sino de los procesos que conducen a definir como criminales las interrelaciones personales o grupales.

Desde otra perspectiva, entonces, diferente a la marxista, se habrían de cuestionar las posturas positivistas que reducían a la criminalidad a un dato empírico soslayando o ignorando que es antes que nada un fenómeno normativo e ideológico. Sin embargo, esta línea de pensamiento daría un paso más. Como puede observarse, como consecuencia de su carácter microsocioal, para ella la intervención del Estado, que es el que tiene el poder de etiquetar o definir un comportamiento, en un comienzo apareció como algo ajeno a los procesos de criminalización. La integración del proceso político de definición como objeto de estudio de esta nueva criminología, sería concluyente para la concreción de las relaciones entre el derecho penal y la criminología, ya que pasaría también a ser objeto de estudio la forma en que se produce la definición desde el momento de generación y promulgación de la norma, hasta la forma en que esa forma es aplicada. Luego, son objeto de estudio de la criminología todas las instancias en que tienen lugar las diversas etapas de los procesos de definición, desde los legisladores hasta el Juez, desde la policía que investiga, hasta el funcionario estatal que controla a las personas que han delinquido haciendo anotaciones en una ficha. De esta forma desde posturas estrictamente liberales se abrió una perspectiva para el análisis crítico de todo el proceso de definición en su conjunto y de cada una de sus etapas. Cada momento del proceso definitorio, el policial, judicial y administrativo, en definitiva todo *el sistema penal*, quedaría sometido a observación y expuesto, en consecuencia, a la crítica pero no simplemente en su dimensión normativa, sino, en especial, en su funcionamiento real.

Como es fácil de constatar, si la criminología positivista cumplía una función de legitimación del derecho penal, esta nueva criminología cumple una función totalmente contraria, pues al cambiar el objeto de estudio del individuo a las instancias en que reside el poder de definición, pone en su mira crítica a todo

el sistema penal y abriendo permanentemente una ventana para su cuestionamiento. En particular respecto del derecho penal, sin duda una instancia importante dentro del proceso de definición, no se preocupa solo de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, sino que también estudia cómo surgen al interior del sistema social esos procesos de definición. De esta manera, ambas disciplinas, derecho penal y criminología, conforman una unidad normativa y empírica (Sack, 1974, 7).

2.1.3. La Escuela Neoclásica

Para el pensamiento liberal clásico del derecho penal, el individuo que delinque quebranta voluntariamente el pacto social y la pena surge como una necesidad para la defensa de la sociedad. A mediados de 1980 una parte importante de las teorías criminológicas rescatando estos presupuestos del derecho penal liberal se constituiría dentro de la criminología en la llamada Escuela Neoclásica, dentro de la cual se destacan dos corrientes principales: la Teoría de la Elección Racional y la Teoría de las Actividades Rutinarias o Adquiridas.

Estas teorías asumen los postulados del *Homo economicus*: el hombre racional es un hombre económico que usa la racionalidad instrumental para calcular los beneficios y costos de sus acciones en su vida cotidiana (la naturaleza utilitaria del crimen). En la mayoría de los crímenes, señalan, el proceso de decisión resulta similar al utilizado por un consumidor a la hora de comprar un bien. En otras palabras, los crímenes son cometidos como consecuencia de las expectativas de beneficios para el criminal. Por tanto, reemplaza, o al menos, relegan a un segundo plano al *Homo sociologicus*, es decir, los antecedentes y factores sociales. En el ámbito específico penal, la Escuela Neoclásica pone el acento no tanto en el aumento de las penas, como en el aumento de su eficacia. Los futuros de-

linquentes suelen tomar más en cuenta las posibilidades reales de ser detenidos, procesados y, finalmente, condenados que las penas previstas en abstracto en los preceptos penales.

Ahora bien, el criminal, al igual que el consumidor, no posee una información completa (o bien la tiene distorsionada) sobre los costes y beneficios derivados de la comisión del crimen (la limitada racionalidad del criminal). La denominada *asimetría de la información* se da incluso en mayor medida debido a la propia ilegalidad del crimen que no permite el mismo acceso a la información que el que se produce en la economía legal. De esta manera la Escuela Neoclásica asume que las decisiones humanas son, al menos, mínimamente racionales, es decir, el delincuente normalmente recolecta la información, la procesa y analiza de manera imperfecta, y toma la decisión sobre los futuros costes y beneficios, por lo tanto, de manera imperfecta (Clarke/Cornish, 2001, 23). La Escuela Neoclásica pretende, además de explicar qué es lo que hace que la gente o cierto grupo de personas estén más predispuestas a cometer crímenes (Teoría de la criminalidad), entregar información sobre el hecho concreto: por qué se comete un crimen concreto o cómo se comete y qué factores influyen (Teoría del crimen). Especial importancia cobran en este último aspecto los «modelos de prevención situacional» que intentan mitigar los factores concretos de oportunidad para cometer un determinado delito.

Su relevancia político-criminal y su compatibilidad con la Justicia Criminal constituyen, según quienes adhieren a esta línea de pensamiento, una de las principales ventajas respecto de otras teorías criminológicas. Ellos creen posible reconstruir los procesos y mecanismos de decisión criminal, y así, aportar una información valiosa y esencial a las políticas criminales de prevención secundaria del delito orientadas en hacer más costosa la comisión del crimen, y de esta manera, neutralizar las expectativas subjetivas del

potencial criminal. La manifestación, sin duda, más importante de las Teorías Neoclásicas en materia de prevención radica en las denominadas técnicas de «prevención situacional». Sostienen que se cometerán menos delitos si se protege, en general, la propiedad pública y se modifica la arquitectura ambiental; se adoptan medidas que restrinjan el acceso en ciertos lugares públicos, como tiendas de bebidas alcohólicas; y si los diseños de los bienes son más seguros, como por ejemplo, los sistemas de seguridad en los automóviles.

Las críticas a la Escuela Neoclásica son de muy diversa índole. En primer lugar, debemos destacar su indiferencia a las medidas de prevención primaria como el medio más eficaz para reducir la criminalidad. En segundo lugar, su *neutralidad científica* no la permite explicar por qué los destinatarios de sus medidas son, principalmente, las clases menos favorecidas. En tercer lugar, la pretendida racionalidad del delincuente, ya no es que sea limitada, sino que resulta más bien mínima. En cuarto lugar, estas medidas, en no pocas ocasiones, lo único que consiguen es desplazar la criminalidad de un lugar a otro, y normalmente, de los barrios residenciales y comerciales a los barrios más pobres. En quinto lugar, sus conclusiones pueden ser irrefutables, o en otras palabras, pueden justificar tanto la decisión de cometer un delito en una situación concreta como su desistimiento. Sirva como ejemplo, la instalación de alarmas que, desde una perspectiva racional, puede fundamentar el abandono de la decisión criminal como el desplazamiento del delito. Y por último, una política criminal fundamentada exclusivamente en la pretendida *racionalidad* del delincuente ha servido de sustento político-criminal al actual modelo penal de seguridad ciudadana o *tolerancia cero*.

2.2. LA DESLEGITIMACIÓN RADICAL DEL PODER COACTIVO DEL ESTADO

No solo hay una deslegitimación sobre la base de una revisión crítica permanente, sino también una de carácter radical y definitiva. Esta última ha surgido desde las posiciones abolicionistas. Para el abolicionismo la construcción de la criminalidad no es sino una rémora cultural propia de la civilización judeo-cristiana asentada en el concepto y sentimiento de culpa y en la absurda pretensión de solucionar los conflictos mediante la violencia. Para los abolicionistas el Estado se apropia del conflicto, lo sustrae a sus protagonistas y pone bajo tutela a las personas. Por eso, para el abolicionismo de lo que se trata es de lograr formas pacíficas de solución de los conflictos que solo puede surgir de la interrelación entre las personas. Por tanto, para que pueda darse esta interrelación es necesario que a estas se les devuelva su autonomía.

Es evidente la importancia del abolicionismo no solo como visión de la criminología, sino por el verdadero y real carácter humanizador de su planteamiento. Coincide con el marxismo radical en una presentación ingenua de la realidad, pues prescinde en sus consideraciones de la existencia del Estado e ignora el hecho indiscutible que este ejercerá su poder coactivo de cualquier forma, con mayor razón hoy en que el poder político estatal no está concentrado o reducido solo a lo que son propiamente los aparatos del Estado, sino difundido en todo el sistema.

De ahí que desde una posición crítica del control social es posible conciliar la deslegitimación del control coactivo del Estado al mismo tiempo que partir de la consideración de su permanencia. Desde esta perspectiva la criminología se convierte en una sociología de los procesos de criminalización, es decir, de cómo se construye la criminalidad y es por eso que abarca tanto los controles formales como informales, pues no solo la ley penal,

el proceso, la cárcel, inciden en la construcción de la cuestión criminal, sino también los medios de comunicación de masas, la economía, los grupos sociales, en general todas las formas de disciplina y socialización. En otras palabras la construcción de la criminalidad es una cuestión de poder y por eso en último término delito y delincuente constituyen definiciones del poder político. La criminología implica, por tanto, una crítica de los procesos de expresión del poder en todas sus formas, pero al mismo tiempo de establecer sus límites revela que la cuestión criminal es una pura construcción y, por tanto, sin legitimidad alguna.

2.3. LOS APORTES DE LA CRIMINOLOGÍA AL SISTEMA PENAL

La criminología no positivista, en la medida que plantea una visión crítica frente al sistema penal, tiene a coincidir en sus planteamientos con la *política criminal*. Ambas disciplinas estudiarán la legislación desde el punto de vista crítico para la reforma del sistema penal en general. No obstante, las propuestas de *lege ferenda*, es decir las que implican una estrategia a adoptar para la criminalidad y su control, son privativas de la política criminal. En este sentido, la criminología constituye una disciplina de referencia para la política criminal.

En concreto, son múltiples los aportes que se pueden contar en el sistema penal y que provienen de la observación y análisis de los procesos de criminalización. El proceso de criminalización en una sociedad democrática formalmente comienza con la definición del comportamiento como delito mediante una ley. Pero ya antes de esta definición el comportamiento ha tenido una significación social, pues ha sido apreciado como un comportamiento molesto que ha dado origen a una reacción social informal. Desde luego ya este fenómeno previo puede ser objeto de estudio empírico pero pertenece más al campo de la sociología que al del derecho. Con

la definición legal como delito el comportamiento socialmente molesto, adquiere significación jurídica, sobreviene en un delito, es etiquetado como delito. El Estado al ponerle al comportamiento la etiqueta de delito está practicando una política criminal, es decir, se está planteando, entre muchas otras alternativas igualmente políticas para la solución del conflicto, criminalizar esta conducta, que solo puede hacer mediante una ley formal (criminalización primaria, *infra* 9).

La criminalización del conflicto puede y debe ser objeto de análisis crítico. Son numerosas las preguntas que el analista se puede plantear como por ejemplo: si la criminalización del conflicto resulta el modo más adecuado para solucionarlo; cuáles serán las consecuencias sociales que producirá la criminalización del conflicto; si habían otras alternativas menos gravosas; qué es lo que se está protegiendo de hecho cuando se definió el conflicto como delito y si coincide y, en qué medida, con el objeto de protección declarado por el legislador penal; si la técnica legislativa empleada es la más adecuada, etc. Del mismo modo también en etapas posteriores del proceso de criminalización el analista debe considerar el funcionamiento real de los operadores jurídicos (criminalización secundaria a cargo principalmente de policías, jueces y tribunales) y si ese funcionamiento real se corresponde con el que está previsto en la ley, fundamentalmente en lo que se refiere a garantías y derechos del inculcado.

En definitiva, se trata de que esta criminología así entendida, obtenga datos empíricos sobre el funcionamiento real de las instituciones encargadas de la criminalización. El dato empírico, sin duda, constituye un factor importante para el desarrollo de una política no solo para medir su grado de eficacia, sino para valorar en qué medida en la práctica los procesos criminalizadores significan un riesgo para los derechos y libertades de las personas, en

último término para medir el grado de profundidad democrática de una sociedad.

Esta visión criminológica es la que ha permitido visualizar el derecho penal como integrado en un sistema. Constituirían este *sistema penal* todo el conjunto de disciplinas cuya función única, como hemos señalado con anterioridad (*supra* 1), es el control social formal.

2.4. LOS ESTUDIOS DE CRIMINOLOGÍA

La vinculación de la criminología al derecho penal y las explicaciones impartidas normalmente por profesores de derecho penal, condiciona sin duda el contenido de las diferentes asignaturas que conforman los diferentes estudios sobre criminología. Salvo excepciones la criminología solo se explica desde una perspectiva positivista y aparecería, de esta manera, subordinada al derecho penal. La criminología positivista partiendo de la base de que el delito lejos de ser un producto histórico tiene un carácter ontológico, entendería, como se ha explicado, que las causas del delito residirían en defectos, bien sea biológicos o bien en la socialización de los individuos. De esta forma, el derecho penal como expresión formal del poder punitivo del Estado y esta visión criminológica se legitiman recíprocamente. La criminología vendría a dar una explicación del porqué del castigo, a darle un fundamento ideológico al poder punitivo del Estado, a justificarlo racionalmente, en definitiva, a explicar el porqué ciertos individuos deben ser estigmatizados. Sin embargo, no sería justo señalar que existe unanimidad en esta visión criminológica. Las corrientes criminológicas críticas aunque minoritarias, han ganado un espacio académico.

En lo que respecta a la enseñanza misma de la asignatura de criminología, esta no puede limitarse a la explicación de la historia del pensamiento criminológico sino que hay que ir más allá.

No puede olvidarse que la criminología es una ciencia empírica y que, por tanto, trabaja con datos que deben ser obtenidos de la realidad social. Si alguien entiende que por explicar las tesis de Lombroso, Merton o Sutherland o escribir un artículo sobre lo cuestionable que es la pena de cárcel para la reinserción social a partir de los datos que obtuvo un criminólogo inglés de una cárcel de Liverpool en 1980, ya es criminólogo, está muy equivocado, es solo un divulgador de esta ciencia, que, en todo caso, necesaria para la comprensión, creación e interpretación del derecho penal. Es criminólogo el que trabaja con datos empíricos que haya obtenido de sus propias investigaciones o de otros en un espacio determinado. El problema es *qué datos* son los que hay que investigar. Si el criminólogo entiende que el dato a investigar son las constantes morfo-antropológicas de los delincuentes, está claro que ese criminólogo adhiere a la Criminología Clásica. Si entiende que es necesario investigar por qué se optó por criminalizar un determinado comportamiento y se renunció a otras alternativas para la solución del conflicto, es obvio que su interés está en el estudio crítico de un proceso de criminalización en particular y que no participa del enfoque de la Criminología Clásica. En definitiva, en la enseñanza de la criminología, sin perjuicio de que se dé una explicación de las diferentes corrientes criminológicas, es necesario tomar postura pues no es, como no lo es ninguna, una disciplina neutral.

Entre las diferentes alternativas de enfoque para nosotros solo una criminología crítica frente al sistema penal tiene interés actual pues nos permite sobre la base de las informaciones que nos puede brindar, hacer propuestas para su mejora que, en último término, redundarán en beneficio de todas las personas. El derecho penal es un sistema cerrado de verdades incuestionables que cuenta con una retórica argumentativa que cierra toda posibilidad de desestabilización. La crítica al derecho penal o mejor al sistema penal en su

conjunto, solo puede plantearse desde fuera del sistema penal con un enfoque que necesariamente tendrá que ser interdisciplinario dada la complejidad del proceso de criminalización y de todos los sistemas de control social en general.

Por otra parte, la Universidad no puede limitarse simplemente a impartir programas de estudios centrados de manera exclusiva en la historia del pensamiento criminológico. La enseñanza debe ir acompañada de investigación, pues no puede perderse de vista que los criminólogos habrán de trabajar con datos empíricos, de fuentes propias o ajenas, analizarlos y sacar conclusiones. No basta, en consecuencia, con la crítica en abstracto al sistema penal, eso no es criminología y también lo pueden hacer los penalistas, sino que es necesario que la crítica se haga a partir del análisis del dato.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHER, M. y TRITTER, J. (Edits.): (2000) *Rational Choice Theory: Resisting Colonization*, Londres: Routledge.
- BARATTA, A.: (1993) *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, trad. A. Bunster, 4ª ed., S. XXI Editores, México.
- BERGALLI, BUSTOS, GONZÁLEZ, MIRALLES, DE SOLA, VILADAS: (1983) *El pensamiento criminológico I y II*, Península: Barcelona.
- CLARKE, R. y CORNISH, D.: «Rational Choice», en *Explaining criminals and crime*, Paternoster, R. y Bachman, R. (Dir.), Los Ángeles, California: Roxbury Publishing Company.
- COHEN, S.: (1988) *Visiones de control social*, PPU, Barcelona.
- COHEN Y FELSON (1979) «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», en *American Sociological Review*, pp. 586-617.
- FERRI, E.: (1900) *Sociología Criminal*.
- GAROFALO, R.: (1905) *Criminología*.

- HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: (1989) *Introducción a la Criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOMBROSO, C.: (1876) *El hombre delincuente*.
- MERTON, R. K.: (1964) *Teoría y estructura social*. FCE, México.
- SACK, F.: (1974) «Einführung» en Sack-Lüderssen *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die Selektiven Normen der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 7-34.
- SERRANO MAÍLLO, A.: (2004) *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid.
- TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J.: (1978) *La nueva criminología*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- SANDOVAL, E.: (1994) *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.

LECCIÓN 3

La Política Criminal y el Derecho Penal

3.1. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Política criminal es aquel aspecto del control penal que dice relación con el poder que tiene el Estado de definir un conflicto social como criminal.

El carácter social del Estado no solo lo legitima sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular. Frente a un conflicto social el Estado constitucional debe antes que nada desarrollar una política que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero solo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando, entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto, una opción política, esto es su criminalización. La política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate. Por eso, no resulta admisible considerar como aspectos separados derecho penal y política criminal. Ambos se integran de modo indisoluble en el sistema penal.

Ahora bien, sin duda puede haber diferentes políticas criminales. No es lo mismo la política criminal de un Estado autoritario que la de un Estado social y democrático de derecho. La que nos interesa es justamente esta última. En otras palabras, cómo ha de ser ejercido el poder de definición de los procesos criminales en

un Estado que tiene como fundamento y objetivo la consecución plena de la libertad y la igualdad.

El art. 1º de la Constitución chilena reconoce que «las personas nacen iguales e iguales en dignidad y derechos» donde «el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece». En el ámbito de la política criminal significa que la definición de una conducta como criminal y la imposición de la pena no pueden tener consecuencias contrarias a las expresadas en la normativa constitucional como la estigmatización o discriminación de personas o grupos de personas.

En sus primeros estadios de desarrollo el Estado liberal como modelo superador del Estado Absoluto daría a la luz los primeros Códigos Penales centrados en la protección del Estado y de bienes jurídicos básicos para el nuevo orden socio-económico como la vida, la salud individual, la libertad y el patrimonio. Comienza al mismo tiempo un proceso de secularización del derecho. La pena ya no será entendida como expiación, sino como retribución cuya función es restablecer el orden jurídico o con una finalidad preventivo general.

Para el Estado positivista fundamentalmente del primer tercio del siglo XX la política criminal se volcaría en la defensa del orden social. Se trataba ahora de consolidar el nuevo modelo de sociedad que había surgido con el apoyo ideológico del Iluminismo. A partir de la aceptación acrítica del orden social como un orden perfecto, el infractor de la norma sería visualizado como una persona defectuosa y socialmente peligrosa respecto de la cual hay que tomar medidas de seguridad de carácter preventivo.

El Estado de Bienestar de mediados del siglo pasado, se fijó como objetivo, por una parte, intervenir en los procesos sociales para nivelar las desigualdades que genera el propio sistema liberal y, por la otra, conseguir el consenso social con el sistema de valores del sistema. De este modo, la política criminal defensiva propia del Estado positivista que estigmatizaba al infractor, se transformó en una política de recuperación del individuo. Ahora se trata de incorporarlo al consenso social. Por eso, la pena ha de tener como objetivo la recuperación del infractor, de reinsertarlo socialmente. Nuevas conductas son definidas como criminales. A la protección de intereses individuales se suma la protección de intereses colectivos. En esta línea la política criminal propone la incriminación de delitos económicos y, en general, de conductas abusivas desde posiciones de poder.

La evolución histórica de un modelo de Estado más respetuoso con las libertades y derechos fundamentales no ha sido lineal sino que, por el contrario, ha sufrido importantes retrocesos. El Estado autoritario surge intermitentemente en los países liberales. El primer tercio del siglo XX, junto con el desarrollo del Estado liberal surgieron dictaduras de todo signo político. De estos autoritarismos han bebido los gobiernos dictatoriales latinoamericanos. Significan una vuelta al Estado originario, el Estado Absoluto. El Jefe de Estado adoptando nombres mesiánicos como Caudillo, Duce, Führer o Secretario General centraliza el Poder y asume la representación del pueblo. El delito se identifica con una traición al Jefe de Estado que personifica al mismo Estado. La política criminal se centra en el delito político, en la defensa del Estado frente al delincuente que es identificado con el traidor.

En la actualidad se constata un importante retroceso en la consecución de una sociedad más igualitaria y libre y respetuosa con la dignidad de la persona con la constitución del *modelo penal de seguridad ciudadana* o *tolerancia cero*. Como consecuencia del

generalizado y rápido colapso del modelo resocializador desde mediados de los años 70 del siglo XX se implanta un modelo político-criminal que se caracteriza principalmente, por la represión de la delincuencia, una prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, la sustantividad de los intereses de la víctima, el populismo y politización de la política criminal, la revalorización del componente aflictivo de la pena y, en especial, de las penas de prisión (Garland, 2001: 6-20; Díez Ripollés, 2004: 6-21).

En nuestro caso, el paso del modelo político-criminal del «terror» de la dictadura a nuestro actual modelo penal podemos simbolizarlo en dos imágenes: La Moneda bombardeada y en llamas y la reapertura del palacio presidencial restaurado con un paseo peatonal ciudadano (Guerrero 2004, 19). Sin duda, la implantación del nuevo Código Procesal Penal junto con algunas medidas penitenciarias han supuesto un importante avance en un modelo político-criminal más respetuoso con los derechos fundamentales consagrados en la CPR y los tratados internacionales suscritos por Chile. Ahora bien, como manifiesta el autor citado el disciplinamiento social de la dictadura continúa irradiando sus efectos en nuestros medios de control social (2004:4), situación que allana la instauración del nuevo modelo penal de seguridad ciudadana o de *tolerancia cero* con una mayor intensidad que se han concretado en una espiral en la intervención penal, creando nuevas figuras penales o agravando las penas, y en el exponencial aumento de la población carcelaria. De hecho, al menos en nuestro país, la doctrina de la seguridad ciudadana representa la continuación del espíritu de la doctrina de la seguridad nacional. Como señala Guzmán Dalbora (2002, 13 y 14), aunque salvando las evidentes distancias que se derivan de nuestro actual contexto social y político, «la imagen de la guerra total, permanente y sin reglas contra la insurrección política, enemiga de la nación, cede paso al combate también sin pausas ni consideraciones contra los

delincuentes (...)). No podemos negar que el actual modelo penal de seguridad ciudadana tropieza, *a priori*, con más obstáculos en aquellos países que conquistaron importantes derechos individuales y sociales en la segunda mitad del siglo pasado, y por el contrario, encuentra su mejor *caldo de cultivo* en aquellos que durante ese periodo de tiempo sufrieron la opresión de un régimen dictatorial.

3.2. LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

La decisión político-criminal de definir un proceso como criminal se plasma en las normas penales. La política criminal queda reflejada en ellas. En una decisión de esta naturaleza el Estado constitucional ha de tener en cuenta la criminología. Esta disciplina, según se ha explicado, tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización, esto es, expone cómo se construyó y definió lo criminal y cuáles son los efectos que en la realidad social produce la criminalización de una conducta.

Luego, el derecho penal como disciplina no puede tener solo como objeto la norma pues ella no tiene validez en sí misma. Su validez proviene desde la política criminal. Las normas penales deben estar expuestas a la permanente revisión crítica desde la realidad social. Por eso, no debe ser ajena al derecho penal en particular la información que proporcionan las ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales, de la criminología en especial. Debe haber, en consecuencia, una permanente interacción entre la criminología, la política criminal y el derecho penal.

En cuanto a su extensión cabe tomar en cuenta que como la política criminal dice relación con la cuestión criminal dentro de un sistema penal, ello implica considerar todo el proceso de criminalización. No solo el de creación de la norma (criminalización primaria), sino también el de aplicación de la norma (criminalización secundaria). Luego, ello significa que la visión

crítica político-criminal no solo alcanza a las normas (penales, procesales, penitenciarias, etc.), sino a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es la policía, el proceso penal, el subsistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Todos estos aspectos forman una unidad. Tanto es así que solo tener una buena ley todavía no significa nada. Además de un cuerpo coherente de leyes policiales, penales, procesales y penitenciarias se requieren instancias, instituciones y operadores sociales que funcionen en consonancia con los principios político-criminales que los inspiran y que no son otros que los del Estado constitucional.

Nada se consigue, por ejemplo, con una excelente ley policial, si la formación y la actuación de la policía sigue pautas autoritarias. Tampoco es suficiente con un buen Código Penal si el procedimiento penal es inquisitorio, o en nuestro caso, con un Código Procesal Penal garantista fundamentado en el principio acusatorio con un Código Penal de finales del siglo XIX y leyes especiales promulgadas en la época de la dictadura. Una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir la actuación efectiva de los operadores sociales.

Como se indicaba en párrafos anteriores la libertad e igualdad son fundamento y objetivo del Estado constitucional. En el ámbito de lo penal hay manifestación de desigualdad toda vez que se constata que hay una desigual distribución de lo criminal. Los sectores de población menos favorecidos económica y socialmente se ven discriminados en tanto que tienen que soportar una mayor carga de lo criminal toda vez que se constata que los procesos de definición se singularizan en normas penales cuyos destinatarios son precisamente esos sectores. Por el contrario, los sectores más favorecidos económica y socialmente tienen una menor carga, lo que se constata con la escasa presencia en los Códigos Penales de conductas que solo es posible realizar desde posiciones de poder

económico y político y también, respecto de las que ya están criminalizadas, por su casi nula aplicación por parte de los Tribunales.

Un control penal democrático ha de tomar en cuenta estas desigualdades y hacer una distribución más igualitaria de lo criminal. Ello significa no solo la desincriminación de ciertas conductas de escasa significación y someterlas a otros tipos de control diferentes al penal, sino también la incorporación al Código Penal de otros comportamientos propios de grupos privilegiados y que por su gran significación social merecen ser criminalizados, como los delitos en contra del medio ambiente o de la calidad del consumo.

Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que los comportamientos que son definidos como criminales no dejan de ser conflictos sociales más intensos cuya resolución es asumida por el mismo Estado. Ello implica una alienación del conflicto a las partes implicadas. Para la resolución de algunos de estos conflictos el Estado puede entrar a considerar la posibilidad de devolverlos limitando su intervención a poner a disposición de las partes un escenario de mediación para que sean ellas mismas las que lo resuelvan. Alternativas de esta naturaleza significan una socialización del poder de definir y también un control de los poderes de definición. En este sentido son valiosas las agrupaciones de consumidores, ecologistas y sobre todo las de defensa de los derechos humanos.

3.3. EL SISTEMA PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Desde la perspectiva de la persona y su libertad, en tanto que control social formalizado, cabe considerar el sistema penal como un *sistema garantista*. Un sistema penal como sistema de garantías es consecuencia de una política criminal en un Estado constitucional. En tal carácter, presenta ventajas que no tienen los controles informales. Desde luego, la reacción penal garantiza que otro tipo

de reacciones sociales informales, espontáneas, incontroladas de otras fuerzas sociales quede neutralizada, impidiendo la venganza (Ferrajoli, 1986, 38).

Pero, sin perjuicio de lo anterior, su formalización garantiza que el tratamiento del conflicto se va a realizar en condiciones de previsibilidad y seguridad. Cada uno de los pasos en la dinámica penal está previsto en la ley lo que excluye la arbitrariedad. La persona puede conocer con antelación los movimientos de los mecanismos del sistema penal desde la creación de la norma hasta el de su aplicación. En el proceso de creación de la norma está la definición previa de la desviación como delito y la predeterminación de la pena tanto en su calidad como en su cantidad. A través de los tipos penales el Estado informa a la persona con precisión sobre las conductas que no está dispuesto a tolerar en la solución de sus conflictos. La aplicación de la norma debe realizarse conforme a un procedimiento preestablecido que ha de concretar los derechos y libertades fundamentales que el ordenamiento constitucional reconoce a la persona.

No obstante, este modelo garantista se presenta como un modelo ideal que en muchas ocasiones se ve desmentido por la realidad que, reconociendo normativamente los derechos fundamentales de la persona, desconoce, sin embargo, en mayor o menor medida su aplicación efectiva. Como tal es un objetivo a alcanzar, una meta que se inscribe en el proceso de la difícil y nunca acabada construcción de un modelo de sociedad democrático.

El sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el sistema penal surge como un sistema de trincheras garantistas cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad. Se constituye, en esta forma como la Carta Magna de la persona y no del delincuente como dijo en su momento V. Liszt. El castigo penal solo puede surgir de la aplicación de un modelo

que excluya la arbitrariedad tanto del legislador en el proceso de creación de la norma, como la del juez en el de su aplicación.

Por eso, los procesos de criminalización, esto es los de creación y de aplicación de la norma penal deben cumplir condiciones de validez democrática. No basta con la promulgación de normas formalmente válidas. Es necesario que en las leyes que formalizan los procesos de criminalización se precipiten principios materiales consustanciales al Estado constitucional para que sean también materialmente válidas.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: (2004) «El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>
- FERRAJOLI, L.: (1986) “El derecho penal mínimo” en *Poder y Control* 0, pp. 25-48.
- GUERRERO, M.: (2004) “Historia reciente y disciplinamiento social en Chile” en *Revista de Ciencias Sociales*, pp. 45-52.
- GARLAND: (2001) *The culture of control*, University of Chicago Press.
- GUZMÁN DALBORA, J.L.: (2002) «Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la “doctrina” de la seguridad ciudadana» en *Gaceta Jurídica*, pp. 7-17.
- HASSEMER, W.: (1993) “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana” en *ADPCP*, pp. 35-80.

LECCIÓN 4

El Derecho Penal Objetivo

4.1. CONCEPTO

El derecho penal desde un punto de vista objetivo puede ser definido como *aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena y/o una medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena).*

El derecho penal objetivo está constituido por las normas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, a las penas y medidas de seguridad. Su finalidad es sistemática. Con la sistematización de las reglas jurídicas se trata de facilitar una interpretación coherente y racional de ellas.

Ha sido objeto de discusión la pertenencia o no al derecho penal de las medidas de seguridad. Como principio general, el Estado liberal constitucional de Derecho no debe intervenir en el libre desarrollo de la personalidad amparado en la peligrosidad del individuo. Solo en casos excepcionales, como por ejemplo en los casos de enajenación, el Estado puede tomar alguna medida para prevenir conductas peligrosas para el propio sujeto o para

terceros. Estas medidas pueden sustentarse exclusivamente en la peligrosidad del sujeto (medidas predelictuales y que por lo general son recogidas en el derecho civil o administrativo) o, además, se puede requerir un hecho previo que sirva como fundamento de esa peligrosidad (medidas postdelictuales). En el caso, del derecho penal se discute si caben las medidas predelictuales o solo las postdelictuales y si respecto de ellas tenía aplicación el principio de legalidad. Una medida de seguridad penal, presupone, conforme al principio de responsabilidad por el hecho, que el sujeto ha realizado una conducta desvalorada penalmente. Las medidas de seguridad predelictuales muy usuales en tiempos pasados estaban destinadas a castigar maneras de vida, como la prostitución, la homosexualidad o la mendicidad, contrarios a los principios más básicos de nuestro Estado constitucional y que, en el ámbito penal, se manifiesta a través de la prohibición del denominado *derecho penal* autor. Esta discusión ha quedado superada, toda vez que en el derecho chileno no contempla genuinas medidas de seguridad predelictuales aunque parte de la doctrina ha denunciado la supuesta incorporación de este tipo de medidas en el ámbito del tráfico rodado (Politoff/Matus/Ramírez, 2004, 7 en relación con el art. 196 B de la Ley de Tránsito). En cambio nuestro Sistema Penal sí contempla medidas de seguridad postdelictuales para ciertos y determinados supuestos que examinaremos en una lección posterior.

A nuestro juicio las medidas de seguridad postdelictuales, del mismo modo que la pena, constituyen también una reacción social frente a un ilícito penal y por ello también deben estar sometidas a las exigencias del principio de legalidad (*infra* 9).

4.2. LAS NORMAS PENALES

Las normas penales están dirigidas a la persona. Con ellas el Estado pretende vincular sus conductas. Así por ejemplo,

cuando el Estado dicta una norma prohibiendo una determinada conducta (lesionar a otra persona) con la amenaza de una pena; o bien cuando exige una determinada conducta (auxiliar a otra persona que se encuentra en peligro) amenazándola también con una pena, en ambos casos, está advirtiéndole o instruyéndole que no está dispuesto a soportar dichos comportamientos. Para instruir en este sentido promulga normas que contienen prohibiciones o mandatos a los que asocia una pena. Como resulta fácil deducir, con las normas el Estado instruye sobre comportamientos que significan objetivamente riesgos para los bienes jurídicos. Con las normas en tanto que van dirigidas a personas, no está prohibiendo resultados, esto es afecciones a los bienes jurídicos, sino solo conductas de riesgos para ellos. Esta precisión es importante, pues es esencial, según veremos, a efectos de constatar la tipicidad de un comportamiento en necesario que *ex ante* haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido.

Ahora bien, las normas o reglas jurídico-penales pueden ser analizadas desde diferentes puntos de vista. Pueden ser examinadas en cuanto a su carácter o naturaleza y también en cuanto a su estructura y su ubicación dentro del sistema jurídico.

4.2.1. Origen, estructura y naturaleza de la norma jurídica

En lo que se refiere a su origen, la norma penal en un estado social y democrático de derecho surge desde la base social como resultado de juego interactivo de los sujetos que en el seno de un conflicto llegan a compromiso. Constituye, en consecuencia, una valoración y compromiso siempre revisable. Son en última instancia una imposición del Estado pero que surge desde la propia base del sistema social.

Las normas penales están dirigidas a los actores sociales. Su objetivo es regular las relaciones entre las personas en el mundo

social. Cuando el Estado dicta una norma penal prohibiendo matar, lesionar o contaminar el medio ambiente está haciendo una valoración negativa de ciertos actos. Está dejando sentado el desvalor objetivo de conductas que impliquen un riesgo o lesión a la integridad física o al medio ambiente.

Para la determinación de la estructura de la norma penal hay que partir de la base que ella está inmersa en una relación social, esto es, en una relación entre personas. Así por ejemplo, cuando la norma prohíbe estafar a alguien, esto es engañarlo con el fin de que le haga entrega de algún objeto de su propiedad, está considerando una relación entre personas. Por eso, tiene un carácter comunicativo o dialogal y hay que tener en cuenta al "otro" respecto del cual la norma señala un determinado comportamiento. Y en este proceso comunicativo o dialogal siempre hay un tercero, que es el Estado que está a la expectativa para imponer una pena al autor del acto contrario a la norma (Callies, 1974: 15 y ss.; 80 ss.).

Ahora bien, en el juego de intereses contrapuestos, la norma señala cuál es el valor del sistema, qué es lo que quiere proteger. Señala cuál es la forma en que no puede ser resuelto un conflicto dejando abierta la posibilidad de que éste pueda ser resuelto mediante fórmulas alternativas.

El objeto de protección y fuente de origen de una norma penal debe ser, en un Estado social y democrático de derecho, un bien jurídico. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Cuando el Estado dicta una norma penal señala también el bien jurídico protegido. Este bien jurídico es un valor del sistema social concreto de que se trate. De esta forma, cuando la norma prohíbe matar está al mismo tiempo señalando que el bien jurídico vida es un valor del sistema. En un Estado social y democrático de derecho una norma que no tenga su fuente de origen en la protección un bien

jurídico, carecerá de validez material. Sobre el particular se volverá más adelante (*infra* 6).

De esta forma, se puede sostener que en la medida que la norma está señalando en manera anticipada cuál es el proceder que no debe ser utilizado por los actores sociales para la solución del conflicto, se puede decir que su función es prevenir de un modo general, esto es, prevenir en el sentido de advertir que si se realiza la conducta prohibida o se omite la conducta mandada, el Estado reaccionará aplicando la pena o medida de seguridad contemplada por ella. En este sentido la norma cumple una función de garantía para la persona: el Estado solo reaccionará en tanto que haya prevenido de modo general cuáles son los comportamientos que provocarán su reacción. Por eso, la ley penal que perjudica a la persona no puede tener efecto retroactivo.

Esta función preventiva es diferente a la que se atribuye a la norma penal desde la prevención general como teoría de la pena (*infra* 5). Esta teoría atribuye a la norma una eficacia motivadora de los actores sociales. La amenaza penal intimidaría a las personas (versión prevención general negativa) o reforzaría en los actores sociales la validez del derecho (versión prevención general positiva). La eficacia motivadora de la norma es una presunción pues no está demostrada empíricamente. Y más aún, como es una presunción que no puede ser atacada no es una garantía y aparece desde el principio como contradictoria con el Estado de derecho. Sin embargo, no puede negarse que en determinadas condiciones la norma puede llegar a comotivar, pero no por su rigor punitivo sino por el grado de desarrollo de las interacciones sociales y de las políticas en la satisfacción de las necesidades educacionales, económicas, ambientales, etc.

Ahora bien, en la medida ~~que la~~ norma tiene un carácter comunicativo resulta necesario destacar el rol que ha jugado el «otro», esto es, la víctima. En el análisis de una situación con el

objeto de concluir si tiene o no significación jurídico penal, en otras palabras si ha habido o no delito, no resulta suficiente con el examen de la conducta del sujeto actuante. El comportamiento de la víctima puede llegar a tener importancia en la calificación jurídica del hecho.

Piénsese, por ejemplo, en unas lesiones causadas por una persona en legítima defensa. La legítima defensa presupone una agresión ilegítima de la persona que es objeto de la reacción defensiva. Ha habido una víctima, sin embargo el hecho no será delictivo justamente por su propia actuación. Pero, en un sentido todavía más amplio una actuación libre y voluntaria de la víctima puede implicar la atenuación de la pena, así el auxilio al suicidio (393 CP) no es sino un homicidio consentido.

Pero no solo en el plano sustantivo penal resulta necesario destacar el papel de la víctima, sino también y principalmente en el proceso penal. En este escenario el Estado tiene que garantizar a la víctima que no va a ser objeto de una segunda victimización teniendo que «volver a vivir» la situación angustiosa del delito. Además, tiene que permitirle una participación activa en el juicio penal, es decir que sea contradictorio entre partes a fin de facilitar, por lo menos en algunos delitos, una solución alternativa al conflicto. El proceso más allá de ser una instancia de fijación del castigo, ha de constituirse en un escenario para la comunicación entre las partes que posibilite otra forma de terminación del proceso que no sea la imposición de la pena.

4.2.2. La naturaleza o carácter de la norma jurídica

4.2.2.1. LA OPINIÓN DOMINANTE. La opinión dominante plantea que la norma es un imperativo del Estado que prohíbe o manda la realización de conductas, el producto de un orden su-

perior desprendido de la realidad social. El delito, de esta manera aparece como un acto de desobediencia al Estado. Frente a este planteamiento V. Liszt (*Tratado*, t. 2, pp. 5 ss.; 335 ss.; 387 s.) sostendría que lo fundamental en la norma no es el aspecto de desobediencia que es puramente formal, sino el desvalor que recoge la norma al afectar a algo valioso para la vida social, a un bien jurídico. Mezger aglutinaría estas dos concepciones: una concepción mixta de la norma como imperativo y norma de determinación o motivación (1924, pp. 207 y ss.). Con Welzel (*Derecho Penal Alemán*, pp. 11 y ss.) se produciría la real integración del carácter valorativo y de determinación de la norma al establecer que el momento desvalorativo se produce cuando el autor realiza una acción que contraviene la norma. En ese momento se produce un desvalor de acción. Este juicio desvalorativo es de carácter objetivo en tanto que afecta a valores ético-sociales. La norma obliga, en consecuencia, según Welzel, por su carácter valorativo fundado en la protección de valores ético-sociales. Por eso es un imperativo, un deber para cada persona. De esta manera, norma de valor e imperativo se integran completamente.

Como hemos expuesto anteriormente, la norma es un producto histórico, relativo y revisable y no el resultado de una mente privilegiada como sugiere la teoría de los imperativos. No debe olvidarse que esta teoría es el reflejo en el derecho penal de la teoría de los derechos subjetivos del Estado. Conforme a esta teoría el Estado es titular de un derecho subjetivo público (Jellinek, 1978) que le reconoce el derecho de mandar, sin mayor justificación para exigir la obediencia y ejercer el imperio (Binding, 1916:96).

El imperativismo tiene dos variantes. La primera que es conocida como la teoría monista de las normas, ciertamente la más simple, sostiene que el derecho solo está compuesto por deberes de hacer y no hacer (mandatos y prohibiciones). Reconoce la existencia de otras reglas jurídicas, por ejemplo las permisivas,

pero ellas no son autónomas sino que solo cobran significación en relación con los imperativos. Así por ejemplo, la regla jurídica que permite matar en legítima defensa en el caso concreto anula total o parcialmente el imperativo que prohíbe matar. La segunda es la teoría dualista de las normas. Esta variante del imperativismo sostiene que en el derecho junto a los imperativos hay también otras normas que no son prohibiciones o mandatos como las normas o reglas permisivas. Estas reglas tienen un carácter independiente y no tienen por función delimitarlas o circunscribirlas. Monismo y dualismo dan lugar en la teoría del delito a propuestas metodológicas diferentes para el análisis de un hecho de las que daremos cuenta más adelante.

4.2.2.2. POSICIÓN PERSONAL. Entendemos que una concepción imperativista de la norma no es compatible con el modelo de Estado social y democrático de derecho, así también resulta incoherente que se plantee la existencia dentro del ordenamiento jurídico de normas permisivas, es decir de normas que dan un permiso para infringir otra norma.

El sistema jurídico, por tanto no solo el penal, ha de ser reflejo de toda la sociedad y de su complejidad, así como también de las no menos complejas vinculaciones que puede haber entre los sujetos. Luego, no solo un determinado comportamiento (el delito) está sujeto a valoraciones, sino que también pueden estarlo otros. En la realidad social hay interacciones entre los actores sociales y se generan expectativas de comportamientos en relación al otro que son trascendentes dentro de la relación social.

De ahí que junto a las normas penales que establecen prohibiciones y mandatos haya otras reglas jurídicas de carácter autónomo que conforman el sistema jurídico en su totalidad. El sistema jurídico es un sistema complejo, abierto y cambiante. Los cambios

de valoraciones que se producen en la dinámica social hacen que esté en permanente revisión interna.

Las prohibiciones y mandatos como hemos anticipado anteriormente, no constituyen imperativos *sino prevenciones o advertencias que instruyen a la persona* sobre la forma en que reaccionará el Estado si la norma es infringida. Ahora bien, junto a estas prevenciones en el ordenamiento jurídico existen, como hemos dicho, otras normas que obligan a una segunda valoración. La primera valoración ha sido en relación con la prohibición o mandato infringido. En la segunda valoración del hecho ésta se hace en relación a circunstancias que, si bien no tienen relevancia típica, sí la tienen en relación con el nivel de antijuridicidad del comportamiento. La doctrina dominante identifica estas normas con el equívoco nombre de *normas permisivas*. En la medida que estas reglas jurídicas condicionan a las normas penales, no resulta suficiente con el primer juicio desvalorativo en relación con la norma penal para establecer una responsabilidad, sino que es necesario un segundo juicio de desvalor que pone la contravención concreta en relación con el resto del ordenamiento jurídico. El examen del ordenamiento jurídico en su conjunto puede poner de manifiesto la existencia de una regla que reconoce ciertas y determinadas circunstancias un derecho y obliga al intérprete a una segunda valoración normativa a fin de establecer si se dan las circunstancias para ejercer ese derecho.

A nuestro entender estas normas, cómo por ejemplo las que establecen la legítima defensa y el estado de necesidad, no constituyen *permisos* propiamente tales para infringir normas prohibitivas o mandatos. Si lo fueran esto significaría que el comportamiento perdería su carácter de ilícito o antijurídico y ello no es así. Lo demuestra la comprobación de que en ciertas situaciones, si bien desaparece la responsabilidad penal, puede quedar subsistente otra responsabilidad en otro ámbito del ordenamiento jurídico

como expresamente se reconoce en algunas situaciones. Así sucede, por ejemplo, con el estado de necesidad en que a pesar de haber desaparecido la responsabilidad penal de conformidad con el art. 10.5° CP permanece una responsabilidad civil. En efecto, el daño causado en el *estado de necesidad* obliga a la reparación, como manifiesta Alessandri (1983, 608) «no sería justo rehusar ésta a quien sufre un daño causado voluntariamente en provecho del agente o de un tercero», obligación que es recogida expresamente en los arts. 847 y 2178, N° 3° Código Civil. Si se tratara de una regla permisiva no habría ni siquiera responsabilidad civil.

Lo cierto es que determinadas circunstancias concurrentes en el comportamiento infractor de la prohibición o mandato obligan a una segunda valoración del hecho y, en su caso, a apreciar una extinción de la responsabilidad penal. Estas normas, como decíamos anteriormente no son propiamente permisos, sino que son normas que *reconocen* determinadas circunstancias y obligan a valorar objetivamente el *merecimiento* de un derecho de defensa en una situación concreta. El problema no es el de definir la juridicidad o antijuridicidad de un comportamiento, entre licitud o ilicitud, sino, por una parte *de reconocimiento de una situación de crisis que ha de ser valorada por el derecho para establecer si puede ser solucionada afectando a un bien jurídico*.

De esta forma, un comportamiento amparado por una causa de justificación no necesariamente lo transforma automáticamente de ilícito en lícito con efectos en todo el ordenamiento jurídico. La causa de justificación podrá tener efectos en el ámbito penal y neutralizar el *plus* de antijuridicidad que contiene todo comportamiento ilícito respecto de otras ilicitudes no penales, pero también puede dejar espacios de ilicitud en otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

Con este planteamiento no se está cuestionando que la antijuridicidad sea una categoría de todo el derecho, ni se está

afirmando que exista una antijuridicidad exclusivamente penal. Se está afirmando que la antijuridicidad, como categoría esencialmente objetiva y valorativa, admite graduaciones. Las normas de instrucción —prohibiciones y mandatos— conllevan un plus de antijuridicidad que se ve afectado por otras normas que obligan a considerar, como se ha dicho, el carácter valioso o desvalioso del hecho para las personas. Esta nueva valoración puede excluir o atenuar la responsabilidad penal, suprimir la ilicitud del hecho para todo el ordenamiento jurídico, o simplemente, descartar el plus de ilicitud que contiene la infracción penal. Luego, perfectamente un comportamiento puede ser jurídico-penalmente lícito por la existencia de una causa de justificación, pero al mismo tiempo ser ilícito en otro ámbito del derecho en razón de una determinada valoración de las circunstancias en que se basa la causa de justificación.

Como se verá más adelante en la teoría del delito, en el examen de un caso concreto hay dos momentos valorativos diferentes e independientes que se conocen con los nombres técnicos de tipicidad y antijuridicidad. El primero está referido a la norma penal y el segundo al ordenamiento jurídico en su conjunto.

4.3. RESUMEN Y CONCLUSIONES

1°. En cuanto a su origen, la norma penal en un Estado social y democrático de derecho no es el producto de una mente privilegiada o de un orden superior: no estamos ante un imperativo al servicio de los intereses políticos del Estado. Está íntimamente vinculada a la realidad social. Surge de la realidad social como producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno y son recogidos por las instancias políticas encargadas de formalizarlas en preceptos legales. De ahí su carácter cambiante y siempre revisable. Su obligatoriedad proviene de su origen democrático que

no es puramente formal, sino también material en cuanto no entra en contradicción con principios materiales fundadores de un Estado social y democrático de derecho, como por ejemplo la dignidad de la persona humana.

La norma, como decíamos, tiene su origen en la realidad social del mismo modo que tienen ese origen también los bienes jurídicos. La norma está al servicio de la protección de bienes jurídicos que son a su vez fuente de validez material. Por eso, aparecen indisolublemente ligados normas y bienes jurídicos como la libertad, la vida, la salud o el medio ambiente. Resulta básica para la exigencia de responsabilidad penal la lesión del bien jurídico.

2°. En cuanto a su estructura es de carácter dialogal o discursiva. En la norma se encierra siempre una vinculación con el otro. Implica una interacción objetiva entre sujetos, *instruye* significativamente cómo no puede ser resuelto un conflicto social. Y de aquí surge un segundo argumento para sostener que la norma no es un imperativo. El Estado solo quiere dejar sentado con la significación que le da la pena a la norma que frente al conflicto social concreto de que se trate se han de buscar alternativas diferentes a la que se expresa en una norma penal.

3°. La consideración de la norma penal con el resto del ordenamiento jurídico pone de manifiesto que no solo hay prohibiciones y mandatos, esto es obligaciones de hacer y no hacer, sino también otro tipo de normas, en particular normas o reglas de reconocimiento de circunstancias que obligan a considerar el merecimiento del ejercicio de un derecho de defensa y que, equivocadamente, son denominadas por la doctrina mayoritaria normas permisivas.

4.4. DERECHO PENAL, DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO Y DERECHO DISCIPLINARIO

Las facultades sancionadoras del Estado, el *ius puniendi*, no solo se manifiestan en el derecho penal cuyas sanciones impone el Juez, sino que también lo hacen en el derecho administrativo, cuyas sanciones son impuestas por la Administración del Estado. El ejercicio del derecho penal administrativo constituye una clara vulneración del dogma ilustrado de la separación de los poderes del Estado, aun cuando la doctrina claramente señale que la de la Administración se encuentre subordinada a la penal. Cuando la Administración aplica una sanción administrativa está ejerciendo una función que en principio y de acuerdo con la doctrina de la separación correspondería en exclusiva al Poder Judicial.

En este estado de las cosas los esfuerzos doctrinales orientados a justificar la existencia de esta actividad sancionadora en la búsqueda de una diferencia cualitativa entre el ilícito administrativo y el penal, han resultado, a nuestro juicio, poco convincentes. La conclusión no puede ser otra que no existe una diferencia cualitativa entre uno y otro ilícito, sino simplemente una diferencia puramente cuantitativa (Górriz Royo, 204). Del mismo modo, resulta poco convincente el criterio de la eficacia, siempre fuente de arbitrariedad, para sostener la existencia de una actividad sancionadora de la Administración. En sentido, sirva de ejemplo la clamorosa ineficacia de nuestro derecho sancionador ambiental.

A nuestro entender, esta solo puede defenderse a partir de criterios de necesidad de sancionar infracciones de escasa significación social, y en un contexto de control democrático de esta actividad y de garantías que limiten las posibilidades de que se convierta en un poder punitivo arbitrario ajeno a los principios que deben inspirar las relaciones entre la Administración y las personas.

Los administrativistas en la medida que han constatado la imposibilidad de establecer una diferencia cualitativa entre ambos ilícitos, han centrado sus esfuerzos precisamente en este último aspecto (necesidad y control de la arbitrariedad) y han hecho propuestas sistematizadoras de los distintos ilícitos administrativos que han facilitado la comprensión de este fenómeno complejo y singular y desarrollado principios garantistas coherentes con las exigencias de un Estado constitucional.

La doctrina administrativista distingue entre ilícitos administrativos que a) se orientan a la protección del orden general y b) los que persiguen la autoprotección del aparato administrativo y que surgen de una especial relación de sujeción con la Administración. Los primeros se refieren a prohibiciones y mandatos que surgen en la vida diaria y cuya infracción se manifiesta en multas de tráfico o por infracciones urbanísticas o tributarias. Las segundas aparecen cuando existiendo entre la Administración Pública y el infractor una relación especial de sujeción, la relación funcional por ejemplo, con la sanción la Administración persigue su propia protección como organización o institución. La Administración castiga en estos casos comportamientos que afectan a su organización o funcionamiento. Estas situaciones se dan, por ejemplo, respecto del funcionario que incumple con las obligaciones que emanan de su cargo.

Estos últimos ilícitos dan lugar a un derecho administrativo disciplinario interno en la Administración, donde sus principios generales aparecen contenidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 61 a 68). Se sostiene que los funcionarios públicos están en la Administración en forma voluntaria y que “cuando se someten a esta relación (especial) aceptan un estatuto, una serie de condiciones que no interesan socialmente por cuanto no trasciende del ámbito doméstico configurado entre ellos y su empleador. En conse-

cuencia, del incumplimiento de dichas normas puede derivarse una responsabilidad disciplinaria totalmente distinta de la que establece o prevé el orden penal, pues si bien éste se preocupa de las relaciones externas, del buen orden social, el Derecho disciplinario busca únicamente el correcto funcionamiento del aparato administrativo” (Trayter, 1992, 55-56).

Por eso, como veremos más adelante, no constituye una vulneración del principio que prohíbe que un mismo hecho dé lugar a una doble sanción (*ne bis in idem*), el que se imponga ambas sanciones al funcionario que prevarica y delinque (*infra* 9.1.2.4.5).

Luego, a nuestro entender, en general respecto del derecho administrativo sancionador rigen los principios de legalidad —en especial, la irretroactividad de la ley sancionadora— y prohibición de imposición de penas privativas de libertad.

Respecto de esta última prohibición debemos denunciar que nuestro sistema jurídico permite la imposición, a través de la sustitución o el apremio, de *sanciones privativas de libertad* en el caso de incumplimiento de una multa administrativa. Así, el art. 23 Ley 18.287 sobre los Juzgados de Policía Local establece: «Transcurrido el plazo de cinco días a que se refiere el artículo anterior sin que se hubiere acreditado el pago de la multa, el tribunal podrá decretar, por vía de sustitución y apremio, alguna de las siguientes medidas contra el infractor: reclusión nocturna, reclusión diurna o reclusión de fin de semana, a razón de un día o una noche por cada quinto de unidad tributaria mensual, con un máximo de quince jornadas diarias, diurnas o nocturnas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 bis. Dichas medidas podrán ser decretadas en forma total o parcial, o en determinados días de la semana, especificando duración, lugar y forma de cumplir con lo decretado».

La doctrina, por su parte, reconociendo implícitamente la imposibilidad de establecer una diferencia cualitativa con el derecho penal, ha hecho extensiva, aunque con matizaciones al derecho

administrativo los principios garantistas penales. Sin embargo, debe señalarse que en el derecho administrativo esta opinión no se mantiene en forma unánime, pues hay un sector minoritario que sostiene la inaplicación de estos principios del orden punitivo penal en el caso particular del derecho disciplinario. Este sector, a nuestro juicio equivocado, fundamenta su postura en que los funcionarios se desempeñan dentro de la Administración en forma voluntaria y que cuando entran en ella aceptan un Estatuto especial de condiciones que no trascienden socialmente y que simplemente regula sus relaciones internas con el empleador (Trayter, ob. cit.).

El TC, desde la sentencia de 26 de agosto 1996 (rol. 244, considerandos 9º y 10º), viene declarando expresamente que «los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta».

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, A.: (1983) *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª ed., Santiago de Chile.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: (1996) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona.

- BINDING, K.: (1916) *Die Normen und ihre Übertretung*, 3ª ed., Verlag Felix Meiner, Leipzig.
- CALLIES, R. P.: (1974) *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt.
- DOHNA, A. GRAF ZU: (1959) *La ilicitud*, México.
- GORRIZ ROYO, E.: (2004) «Sentido y alcance del “ne bis in idem” respecto de la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional» en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, Santiago de Compostela.
- JELLINEK, G.: (1978) *Teoría General del Estado*, trad. de los Ríos F. de la 2ª ed. alemana, Albatros, Buenos Aires.
- KAUFMANN, A.: (1977) *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción de Bacigalupo y Garzón, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- KELSEN, H.: (1982) *Teoría pura del Derecho*, México.
- KELSEN, H.: (2002) *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, México.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E.: (1980) *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid.
- ROSS, A.: (1971) *Lógica de las normas*, Madrid.
- TORÍO, A.: (1991) «Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)» en *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid.
- TRAYTER, J.M.: (1992) *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios*, Marcial Pons-Generalitat de Catalunya, Madrid.

