

**Universidad de Chile
Escuela de derecho
Departamento de Derecho Penal**

**“DERECHO PENAL SIMBÓLICO, FUNDAMENTOS Y
PROYECCIONES”**

**Profesor Responsable: Eduardo Sepúlveda Crear
Alumno Investigador: José Manuel Fernández Ruiz**

Santiago-Chile, 2006

Todo mi más completo agradecimiento se merecen todos aquellos que ayudaron de una manera u otra a que terminara esta memoria.

Gracias al Profesor Eduardo Sepúlveda, a los profesores Miguel Soto, Raúl Nuñez, Antonio Bascuñan por la ayuda y la guía, gracias también a mi familia y a los que estuvieron cerca de mí, sobre todo a ti, Malva.

**DERECHO PENAL SIMBÓLICO,
FUNDAMENTOS Y PROYECCIONES**

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA	6
A) LA ESCUELA CLÁSICA	6
B) LA ESCUELA POSITIVISTA	11
C) FUNCIONALISMO	16
D) EL LABELLING APROACH	21
E) TEORÍAS DEL CONFLICTO	25
F) CRIMINOLOGÍA CRÍTICA	28
G) OTRAS TENDENCIAS EN LA CRIMINOLOGÍA	33
1. - MINIMALISMO:	36
2. - GARANTISMO:	37
3. - ABOLICIONISMO:	40
H) ESTADO HISTÓRICO ACTUAL	44
CAPÍTULO 3: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	50
A) RESEÑA HISTÓRICA SOBRE EL BIEN JURÍDICO	50
B) CONCEPCIONES DEL BIEN JURÍDICO EN LA DOCTRINA ACTUAL	62
CAPÍTULO 4: LAS TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PENA	104
A) TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA	104
1. - TEORÍA DE LA EXPIACIÓN	105
2. - TEORÍA RETRIBUTIVA DE KANT	107
3. - TEORÍA RETRIBUTIVA EN HEGEL	108
B) TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA	111
1. - LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA	112
2 - LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA	114

3. - PREVENCIÓN ESPECIAL.....	116
C) TEORÍA SINCRÉTICA DE LA PENA, LA TEORÍA DE ROXIN.....	120
D) TEORÍA NEO-RETRIBUTIVA DE LA PENA, LA TEORÍA DE GUNTHER JAKOBS	124
E) LA TEORÍA DE WILFRIED BOTTKÉ.....	129
CAPÍTULO 5: DERECHO PENAL SIMBÓLICO.....	137
A) ORIGEN HISTÓRICO.....	137
B) CONDICIONES QUE FAVORECEN SU EXISTENCIA.....	142
C) CONCEPTOS EN LA DOCTRINA	163
D) FUNCIONES DEL DERECHO PENAL	184
1. - FUNCIÓN ÉTICO-SOCIAL Y PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL	185
2. - FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO PENAL	194
3. - FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO PENAL.....	220
E) MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO	255
1. - VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES	255
2. - LEGISLACIÓN MEDIO AMBIENTAL.....	264
3. - LEGISLACIÓN CONTRA EL PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES.....	276
4. - LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA	285
F) PERSPECTIVAS A FUTURO.....	290
CAPÍTULO 6: CONCLUSIÓN.....	316
BIBLIOGRAFÍA	330

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente memoria reside en dilucidar en que consiste el derecho penal simbólico.

Se determinará su origen y las condiciones que lo favorecen, cuales son sus elementos, los conflictos que genera, sus características principales y las proyecciones que se vislumbran para el futuro cercano.

Para aproximarnos a esta noción como es debido, será necesario pasar revista con alguna brevedad a la historia de la criminología. No será una reconstrucción detallada pero se expondrán las concepciones de aquellos momentos históricos que se consideran relevantes.

De esta manera se observará al derecho penal simbólico desde una óptica lo suficientemente amplia como para captarla adecuadamente, tomando en consideración no sólo aspectos dogmáticos sino también políticos y sociológicos.

También será necesario exponer sintéticamente las distintas tendencias que se han producido durante el siglo XIX y XX referentes al bien jurídico como criterio legitimador del sistema penal, lo mismo respecto de las teorías sobre el fin de la pena que son las que a la larga determinan la manera de concebir el bien jurídico.

Se expondrá la relación existente entre las distintas maneras de fundamentar la legitimidad del derecho penal a través de las teorías del bien jurídico y los diferentes fines que se le pueden asignar a la pena. Se hará patente la relación entre las vertientes criminológicas y dichas teorías, y su efecto en la calificación de una determinada legislación como simbólica o no.

Demostraré que el Derecho penal simbólico, como fenómeno del Derecho penal moderno, es un riesgo creciente en la llamada sociedad del riesgo¹, donde los peligros para los bienes jurídicos son teóricamente exponencialmente mayores que antes.

Dejando de lado la caracterización de la sociedad postmoderna como sociedad del riesgo, debe hacerse presente que el fenómeno se abordará desde una perspectiva crítica, en un esfuerzo por desentrañar su naturaleza y lo que implica para el Derecho penal. El sustrato es confuso, por ello algunos autores postulan que sería mejor hablar de función ideológica más que de función simbólica.

El derecho penal puede describirse desde sus funciones como un derecho instrumental, esto es, un derecho enfocado a la producción de determinadas consecuencias empíricas, o como un derecho simbólico, esto es, un derecho enfocado a crear una apariencia de realidad. De ahí que para definirla se recurra a la comparación entre funciones instrumentales o reales, y funciones simbólicas o aparentes.

La apariencia no es un problema, solo lo es cuando pretende sustituir a la realidad en el nivel del discurso, produciéndose problemas de legitimidad. En el trasfondo se trata de reemplazar la finalidad de efectiva protección de precisos bienes jurídicos por la creación de una falsa ilusión de efectividad, función simbólica, o bien a través de la efectiva instrumentalidad de una ley reforzar una determinada forma de dinámica social, función ideológica.

En sus consecuencias, como se ve, difieren claramente. De un lado (el simbólico), mediante la criminalización se pretender crear a través de la apariencia de efectividad una serie de efectos, entre ellos: reafirmación de valores; reivindicación

¹ “Al centro pasan cada vez más los peligros que a menudo para los afectados no son visibles ni perceptibles, peligros que en ciertos casos no se activan durante la vida de los afectados, sino en la de sus descendientes; se trata en todo caso de peligros que precisan de los órganos perceptivos de la ciencia.....para hacerse visibles, interpretables, como peligros.”, Beck, Ulrich, en “La sociedad del riesgo”, página 33.

política: re-estabilización de la seguridad. De otro (el ideológico), a través de la efectiva instrumentalidad reforzar una determinada forma de comportarse en concordancia a ciertos roles sociales.

Para no perder la perspectiva, es útil hacer un breve esbozo del derecho penal simbólico en nuestra legislación, comparando éste con la función ideológica con el objeto de mostrar la importancia de su diferencia.

Ejemplo de la función simbólica se puede constatar en la ley 19.950 que aumenta las penas a los hurtos. Mucho ya se ha dicho ya sobre la cifra negra de la justicia, desde la década de los 70 se viene afirmando que respecto de los delitos contra la propiedad la ley penal no tiene un efecto realmente preventivo. Si es cierto lo anterior luego la ley 19.950 ² no tiene por objeto lograr una efectiva disminución de estos delitos, sino que las personas se sientan seguras de que sufrirán menos ataques a su propiedad, debido el hecho de existir una nueva ley que sanciona los hurtos con mayor severidad.

Con el fenómeno socio-político de la dictación de una ley, adicionalmente, se obtiene una ganancia política. El electorado se aúna y apoya esta política criminal y a los políticos que la fomentan, se crea la falsa ilusión de que se está haciendo algo, la falsa apariencia de que la efectividad de la ley sirve para prevenir la comisión de más delitos, manteniéndose con ello el apoyo incondicional de los ciudadanos a los representantes.

² Solo a título ejemplar, la ley 19.950 establece en su artículo 1º *“Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:”* *“4. Agrégase el siguiente artículo 494 bis: Artículo 494 bis.- Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual. En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo. En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.*

Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7º.”

Ejemplo de función ideológica se puede constatar en el 445 del Código Penal Chileno ³ que pena en defensa del derecho de propiedad, una conducta que en nada la amenaza. Criminalizar la tenencia de ganzúas u otros instrumentos para el robo es, en la época de los delitos computarizados un absurdo.

Puede decirse que la razón de su tipificación responde más a los orígenes de la propiedad y al sistema de reglas comerciales que se refieren a su uso. En las conductas que se amenazan con pena por art. 445 no hay riesgo alguno de lesión de bienes jurídicos, pero su estructura no se corresponde con las reglas de conducta de los comerciantes. No se castiga sólo por existir un peligro lesión de un bien jurídico, sino por la desviación en lo que se refiere a las reglas establecidas para el tráfico comercial, se castiga por haberse vulnerado una cierta manera de hacer las cosas.

Detrás de la problemática sobre las funciones del derecho penal está la pregunta de que es lo que fácticamente se está protegiendo a través de éstas, ¿bienes jurídicos?, ¿una especie de derecho a la sensación de seguridad?, ¿o bien una determinada dinámica social?

A través del análisis de este fenómeno se podrá determinar hacia cual de estas direcciones apunta la política criminal moderna, sin perjuicio de que pueda apuntar a todas ellas al mismo tiempo.

³ El artículo 445 del Código Penal establece que *“El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.”*

CAPITULO 2: EVOLUCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA

a) La escuela clásica

El origen histórico de la escuela clásica puede asentarse en los siglos XVII y XVIII. Es la época del iluminismo, en que la burguesía surgente poco a poco se establece como un grupo capaz de disputarle el poder político a la nobleza, poder que se expresaba en la figura del monarca.

La idea fundamental del clasicismo era que el hombre debía ser protegido de la arbitrariedad a la que estaba siendo sometido por los órganos de control formal. En esta época tanto las sentencias como las detenciones eran comunes y arbitrarias, al decir de I.Taylor, P. Walton y J.Young “...*las garantías del debido proceso no*

existían, no existían o no se aplicaban, y el delito mismo, pese a su definición, estaba mal definido.”⁴.

Si bien este proceso de afianzamiento de las nuevas clases sociales ligadas a una nueva economía, la economía del naciente capitalismo, se organizó de formas diferentes tanto en Alemania como Francia e Inglaterra, lo cierto es que la base filosófica era la misma. El utilitarismo de Bentham ⁵, el empirismo de Locke y el contractualismo de Hobbes en Inglaterra, el racionalismo de Rousseau ⁶ en Francia, Feuerbach en Alemania, le otorgan un fundamento teórico sólido a las pretensiones de los nuevos movimientos sociales. Este proceso, como se dijo, fue diferente en cada uno de estos países. A título ejemplar recuérdese que en Alemania el estado de derecho se consolidó como una lucha por intentar detener el poder absoluto del monarca, mientras que en Inglaterra el objetivo era asegurar la soberanía del parlamento ⁷.

⁴ I.Taylor, P. Walton y J.Young en “La nueva criminología”, página 19.

⁵ Para Bentham el principio de utilidad es el principio definitorio de la racionalidad humana: “*La naturaleza ha situado al hombre bajo el gobierno de dos soberanos, el dolor y el placer. Son únicamente ellos los que nos indican que es lo que debemos hacer, así como determinan lo vamos a hacer. De un lado el estándar del bien y el mal, de otro la cadena de las causas y los efectos, ambos se sujetan a su trono. Ellos nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos, y todo lo que pensamos: todo esfuerzo que podemos hacer para deshacernos de nuestro sometimiento, servirá para demostrarlo y confirmarlo. En palabras un hombre puede pretender abjurar de su emperador: pero en realidad el sometimiento permanece. Sujeto a el todo el tiempo. El principio de utilidad reconoce este sometimiento, y lo asume como fundamento de tal sistema, el objeto del cual es crear la fabrica de la felicidad por la manos de la razón y de la ley.*” (“Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain. Subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law.”) Bentham, Jeremy, en “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, traducido por José Manuel Fernández Ruiz.

⁶ Rousseau afirma, que los hombres para sobrevivir en una situación donde los obstáculos de la naturaleza superan las fuerzas que cada uno tiene individualmente para mantenerse vivo, deben asociarse como único medio posible para generar nuevas fuerzas: “*Como encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose con los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución proporciona el contrato social.*”, Rousseau, Juan Jacobo, en “El contrato social” página 41.

⁷ MacCormick, Neil, “Estado de derecho y Rule of Law” pagina 102.

Es un hecho que existieron diferencias entre los estados desde el punto de vista de los procesos sociales que sucedieron en su interior. Sin embargo a grandes rasgos esta era la orientación filosófica y la pretensión práctica de la ilustración, y por ello será esta nueva fuente de conocimientos la que matizará las diversas concepciones del derecho como garantía de la libertad del ciudadano y como control sobre el poder absoluto del monarca.

El concepto de hombre racional dotado de libre arbitrio, es el que se alza por sobre las concepciones divinas que legitimaban las posiciones de poder, Hobbes juega aquí un papel muy importante.

Para Hobbes el hombre nace en un estado de naturaleza, y dominado por instintos naturales tiende solamente a la satisfacción de su propio egoísmo. En este estado de naturaleza el hombre tiene derecho a todo (*ius naturale*) y no es concebible una vida pacífica, el hombre está constantemente en guerra debido a que siempre hay alguien más fuerte que quiere ejercer su poder sobre los más débiles. Para salir de dicho estado de guerra permanente, cada hombre decide ceder sus derechos a una tercera persona ⁸, el Leviatán.

Aparece así la idea de un *covenant*, de un convenio entre los hombres a través del cual ceden su derecho natural sobre todas las cosas. Es la idea fundante del

⁸ Hobbes expone que: “La única forma para erigir tal poder común, así como ser capaz de defenderlos de una invasión de extranjeros, y de las injurias de ellos mismos, y así como para asegurarlos en esa propia industria, y en los frutos de la tierra con los que ellos se alimentarán y vivirán felizmente, es conferir todo su poder y fuerza a un hombre, o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas su voluntades, a través de una pluralidad de voces, en una sola voluntad: que es tanto como decir, designar a un hombre, o una asamblea de hombres, que lleven sus personas...y allí someter sus testamentos, cada uno a su voluntad, y sus juicios a su juicio.” (“The only way to erect such a common power, as may be able to defend them from the invasion of foreigners, and the injuries of one another, and thereby to secure them in such sort as that by their own industry and by the fruits of the earth they may nourish themselves and live contentedly, is to confer all their power and strength upon one man, or upon one assembly of men, that may reduce all their wills, by plurality of voices, unto one will: which is as much as to say, to appoint one man, or assembly of men, to bear their person.....and therein to submit their wills, every one to his will, and their judgements to his judgement.”), Hobbes, Thomas, en “Leviatan”, traducido por José Manuel Fernández Ruiz

contrato social, un consenso básico entre los hombres que hace posible la convivencia en sociedad. Esta concepción unida al empirismo de Locke ⁹, y a las ideas de los autores contemporáneos a su pensamiento, posibilitan la construcción teórica de una sociedad compuesta por individuos cuyos derechos son esencialmente iguales, dotados de libre albedrío y capaces de fundamentar un orden basado en la razón.

Esta nueva tendencia determinará la manera de estructurar los elementos que le son relevantes a la criminología. Así en Italia junto a Carrara, Romagnosi, Carmignani surge la figura paradigmática del período clásico, Cesare Beccaria con su tratado de 1764 *“Dei Delitti e Delle Pene”*.

Beccaria ¹⁰ sostiene que para evitar el caos que surgía en las épocas anteriores, en las eras del hombre despótico, era necesario una ley. Luego se concibe a la pena como forma de evitar el despotismo connatural del hombre. De acuerdo a I.Taylor, P. Walton y J.Young *“De esta forma los hombres se reúnen y libremente crean una sociedad civil, y la función de las penas impuestas por la ley es precisamente*

⁹ El empirismo de Locke y sus investigaciones en “Essay of Human Understanding” no van encaminadas a describir una serie de elementos que nos permitan conocer todas las cosas sino únicamente aquellas que afectan a nuestra conducta y que nos pueden ayudar a vivir mejor. La intención de Locke no consiste en mostrarnos como el entendimiento puede llegar a conocer la esencia última de las cosas. Su filosofía es mucho más mundana y mucho menos metafísica y refuerza la idea de que el gobierno de los humanos debe estar fundamentado en la razón y no en materias de orden divino. En este sentido entiende la naturaleza del hombre : *“El mal y el bien, presente y ausente, es verdad que, trabajan en la mente humana; pero lo que determina inmediatamente la voluntad, y de tiempo en tiempo, a toda acción voluntaria, es la inquietud del deseo fijado en alguna ausencia del bien; el uno o el otro negativo, o bien negativa, como la indolencia al que esta en dolor; o el uno o el otro positivo, como las diversiones del placer. Esa es la inquietud que determina la voluntad hacia el éxito de la acción voluntaria...”* (*“God and evil, present and absent, it is true, work in the human mind; but that which immediately determines the will, from time to time, to every voluntary action, is the uneasiness of desire, fixed on some absent good: either negative, as indolence to one in pain; or positive, as enjoyment of pleasure. That it is this uneasiness that determines the will to the successive voluntary actions...”*), traducido por José Manuel Fernandez Ruiz.

¹⁰ Beccaria en su ensayo *“Dei Delitti e Delle Pene”* sostiene que *“Las leyes son las condiciones, por las cuales los hombres independientes y solitarios se unen en sociedad. Cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que se ha convertido en inútil por la incertidumbre de conservarla. Ellos sacrificaron una parte para disfrutar del resto con seguridad y tranquilidad.”* (*“Le leggi sono le condizioni, le quolle quali uomini indipendenti et isolati si unirono in società. Stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per godere il restante con sicurezza e tranquillità”*), Beccaria, Cesare, traducido por Malva Olavarría A.

*asegurar la persistencia de esa sociedad.”*¹¹. Puede considerarse entonces al Contrato Social como un marco de protección y legitimación para los grupos sociales nacientes (en la época del liberalismo la burguesía).

Baratta sostiene que el tratado de Beccaria es “...*mucho menos la obra original de una genial personalidad que la expresión de un movimiento de pensamiento en el que confluye toda la filosofía política del Iluminismo europeo...*”¹².

Con Beccaria comienza la transición hacia una concepción jurídica de la teoría del delito y de la pena filosóficamente fundada, lo cual da paso a un proceso en que la concepción liberal del estado de derecho empieza a basarse “...*en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de los poderes.*”¹³.

Estos planteamientos fueron posteriormente matizados por los neoclásicos¹⁴ básicamente en lo que se refería al libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal. Sin embargo tales correcciones a la ideología de la Ilustración no pusieron en duda la base teórica central de sus postulados.

¹¹ I.Taylor, P. Walton y J.Young en “La nueva criminología”, página 20.

¹² Baratta, Alessandro, en “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, página 25.

¹³ Baratta, Alessandro, ob. cit. página 25.

¹⁴ Mac-Pherson deja en claro los puntos principales que los teóricos clásicos dejaron de lado, al fundamentar la responsabilidad penal: “*¿Que pasa con un hombre que carece de bienes valiosos y que no abriga la esperanza de llegar a tenerlos?, ¿puede...reconocer que tiene una obligación para con un soberano cuya principal función es establecer y aplicar las leyes que, a su juicio, son quizás las que lo condenan a vivir en situación tan precaria?*”, citado por I.Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit., página 24.

b) La escuela positivista

El positivismo puede definirse como la corriente filosófica que postula el progreso indefinido de la humanidad por medio de los avances de la ciencia logrados a través del método científico, único válido y legítimo para conocer.

Necesaria consecuencia de este pensamiento es el rechazo de toda especulación metafísica, hay que atenerse a lo positivamente dado, a lo que surja de los hechos.

La ciencia es la herramienta para conocer la realidad, a través del método experimental se deducen leyes o principios de validez y aplicación universal.

Este método experimental era dominante, y propio de las ciencias naturales, sin embargo progresivamente comienza a utilizarse en las denominadas ciencias sociales. Quizás fue debido a eso que se concibió en un primer momento a la Sociología como una “Física Social”.

La filosofía positivista será sostenida por Augusto Comte (en Francia), John Stuart Mill (1806-1873) en Inglaterra, Fiedrich Jodl (1848-1914) en Alemania, por nombrar algunos pensadores.

Esta línea de pensamiento se gesta en un contexto de liberalismo político-económico, propio del siglo XIX, donde son bienvenidas las ideas de progreso, de bienestar, de goce de derechos y libertades del hombre. La metodología de las ciencias de la naturaleza aplicada a las ciencias normativas, aporte indiscutible del positivismo, sirvió como soporte para el modelo liberal. Se afirma incluso que lo verdaderamente característico del sistema positivista es su método ¹⁵.

¹⁵ Así lo afirma Pavarini en “Control y Dominación”

El delito para los clásicos era una noción abstracta, un ente jurídico despersonalizado, permeado de las circunstancias fácticas que rodeaban y condicionaban su acaecimiento. Según Baratta la escuela clásica procedió a una doble abstracción, de un lado se desligó del delito el contexto relativo a la personalidad del autor, de otro la totalidad social en que este se insertaba.

El delito en cuanto acción “...surge de un principio a su vez autónomo, metafísicamente hipostasiado: el acto de la libre voluntad de un sujeto.”¹⁶, y fue dicha abstracción lo que posibilitó su visión como una figura objetiva, lo cual será precisamente el objeto de ataque de la escuela positivista.

Las obras de Garófalo, Ferri y Lombroso¹⁷ consideran en este sentido que debía abandonarse la idea de libre albedrío “*El positivismo creía que su papel era eliminar sistemáticamente la metafísica del libre albedrío de la escuela clásica y reemplazarla por una ciencia de la sociedad, asignándole la misión de eliminar el delito*”¹⁸, lo importante era la aplicación de los nuevos descubrimientos científicos a los datos sociales.

Se insiste en que lo correcto es una visión unitaria para el análisis de los fenómenos, y es precisamente esta aplicación de las ciencias de la naturaleza a las ciencias sociales lo que traerá importantes consecuencias.

La principal consecuencia de esta nueva visión del delito es que el punto central deja de ser el delito como ente objetivo, sino el delincuente como ente subjetivo. Es el delincuente mismo quien pasa a ser objeto de estudio.

Los positivistas se interesan por las causas de la criminalidad, lo que según los autores da paso a un nuevo paradigma en la criminología, el paradigma etiológico de las ciencias criminológicas.

¹⁶ Baratta, Alessandro, ob. cit. Página 31.

¹⁷ Para Mezger “...la concepción antropológico criminal del delito fundamentada por Cesar Lombroso (1835-1909), el delincuente verdadero, “nato” (homo delinquens, delincuente nato), es una peculiar especie humana cognoscible en virtud de determinadas características corporales y anímicas, una peculiar “species generis humani”, Mezger, Edmundo, en “Criminología”, página 19.

¹⁸ I.Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit., página 28.

En este contexto el positivismo encuentra distintos ángulos para enfocar al delincuente. Lombroso pondrá el acento desde el punto de vista antropológico, el delincuente es un ser determinado por sus rasgos atávicos ¹⁹. Bumke se especializará en la psicología tratando de explicar el origen de su conducta ²⁰. Ewald para quien lo relevante serán las explicaciones estrictamente biológicas ²¹.

En Chile puede verse como expresión del paradigma etiológico que dominaba por ese entonces a las ciencias sociales, un estudio del año 1946 relativo a la influencia del alcohol y el alcoholismo. Allí se expone que *“...El delito es el producto de la disposición y del medio, esto es, de la índole genuina del delincuente en el momento mismo del acto (los llamados factores endógenos del delito) y de las relaciones o condiciones exteriores que circundan al delincuente en ese momento (los llamados factores exógenos del delito)....Es evidente que el simple examen de una estadística limitada, como es la que se presenta en esta oportunidad, señala que puede hablarse de un estrecho condicionamiento entre alcoholismo -en su forma habitual y aguda- y la delincuencia, pero vale consignarse que la mayor relación entre alcoholismo y crimen incide en lo social y en lo económico”*. ²².

Todos estos autores coinciden en el rechazo de la premisa fundamental de los pensadores clásicos, el libre albedrío. El autor no es libre para decidir la realización del delito, luego ya no se puede imputar a la libertad de una persona el acaecimiento de los hechos delictivos. De ahí que Ferri ²³ proponga no ya una pena privativa de libertad o de derechos, sino medidas asegurativas y reeducativas.

¹⁹ Mezger, Edmundo, ob. cit. *“...”verbigracia: apéndice lemuriano, frente huidiza, potente desarrollo de los cigomas, peculiaridades de la foceta occipital....de todo ello surge un especial tipo de delincuente, ya fisonómicamente cognoscible...”*, pagina 20.

²⁰ Mezger, Edmundo, ob. cit. *“...Considerando en primer termino el punto de vista etiológico podemos fijar del modo mas claro este concepto de las enfermedades mentales o psicosis....aquí se trata de perturbaciones del espíritu causadas por tiscos procesos cerebrales, por parálisis, por envenenamientos...”*, pagina 40 y 41.

²¹ Mezger, Edmundo, ob. cit. *“...Ewald parte, por un lado, del concepto de “biotono individual”, que en el ámbito psíquico determina la intensidad, el ritmo psíquico y el sentimiento vital del temperamento.”*, pagina 102 y 103.

²² Zamorano Hernández, Manuel y Vargas Barros, Osvaldo, en “Crimen y alcoholismo”, pagina 25 y 33.

²³ I. Taylor, P. Walton y J. Young, ob. cit.

Esto dará inicio a una férrea controversia política y constitucional referida a la duración indeterminada de tales medidas (la pena viene limitada por la culpabilidad que a su vez viene limitada por la reprochabilidad por el hecho, las medidas de seguridad dependen del tratamiento terapéutico de que se trate y por ello mismo no tienen una duración determinada), y filosófica relativa a consideración de la persona como un sujeto que no se autodetermina.

En conclusión los autores positivistas, aún en sus vertientes liberales o radicales, mantienen la idea en común de que el delincuente es un sujeto determinado de acuerdo a las leyes de la naturaleza, por ello si realmente se quiere combatir la delincuencia se deben investigar los factores que causan que una persona tenga un comportamiento delictivo.

Aún cuando se observan obvias diferencias entre ambas corrientes según I. Taylor, P. Walton y J.Young, hay rasgos semejantes, y esto se encuentra en lo que el clasicismo y el positivismo dejan de lado. Los primeros suponen un orden social querido, establecido, los positivistas suponen una naturaleza humana constante, determinada, sin embargo ambos evitan la búsqueda de lo que hay más allá de “la libertad” o de los “sentimientos naturales”, esto es el verdadero consenso o las necesidades del sistema, en este sentido ambas posturas se quedan cortas.

Lo mismo plantea Baratta *“...en ambos casos nos hallamos, salvo excepciones, en presencia de la afirmación de una ideología de la defensa social como nudo teórico y político fundamental.”*²⁴, en este sentido lo que diferencia a los clásicos de los positivistas no reside tanto en el contenido de dicha ideología como en la actitud metodológica frente a la explicación de la criminalidad.

²⁴ Baratta, Alessandro, op. cit. pagina 35.

c) Funcionalismo

Durante el siglo XX se produce una estrecha relación entre la sociología y la criminología. Son concepciones sociológicas de la criminalidad aquellas que partiendo de una determinada teoría de la sociedad, insertan el comportamiento delictivo en dichos modelos ²⁵.

Dentro de las concepciones sociológicas el funcionalismo es una de las más importantes. Esta se basa en la construcción de un modelo global para explicar el funcionamiento de la sociedad, a partir del cual intenta determinar el comportamiento criminal.

Antes del afianzamiento de las teorías funcionalistas se producen en Europa y en América una serie de eventos de radical importancia. Ya a fines del siglo XIX y a principios del XX el ideario liberal se encontraba seriamente afectado como una especie de preámbulo a los conflictos y cambios que se irían a producir.

²⁵ Antonio García-Pablos, en "Manual de Criminología".

Concluidos los procesos de unificación en Europa (Alemania y Italia) y producido el primer conflicto bélico mundial los países se enfrascarán “...en el período del afán expansionista, de los totalitarismos, y del Holocausto que desembocó en la segunda guerra mundial”.²⁶.

Para Bergalli las bases del sistema penal “...se vieron sensiblemente alteradas a lo largo de este extenso período, en particular en lo que atañe a los fundamentos de la responsabilidad criminal y al sistema de reacciones y consecuencias jurídicas.”

²⁷. Una de las manifestaciones más relevantes de este cambio se expresa en las constituciones del período de post-guerra, en las cuales, como forma de reaccionar frente los lamentables sucesos de la guerra, se establece una serie muy amplia de garantías y derechos.

Estas constituciones plasman un nuevo modelo, la “concepción social del estado”, en el que la intervención estatal se expande desde el punto de vista político y económico. Este modelo toma las premisas teóricas de John Maynard Keynes.

El modelo keynesiano afirma que los postulados de la economía clásica sólo son aplicables a casos específicos, que sus argumentos sobre la imposibilidad del pleno empleo no son acertados. Por el contrario, Keynes postula la posibilidad de que una economía ocupe todos sus recursos disponibles, esto es, que un país puede desarrollarse en un nivel de pleno empleo.

Para Keynes ²⁸ el mercado era un mecanismo capaz de lograr en cada nivel de demanda la más eficiente estructura de producción. Aseguraba que mediante una

²⁶ Bergalli, Roberto, en “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, página 26.

²⁷ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 26.

²⁸ Keynes resume su teoría sobre el equilibrio económico exponiendo que “...El contorno de nuestra teoría puede ser expresada como sigue. Cuando el empleo se incrementa, el ingreso agregado real se incrementa. La psicología de la comunidad es tal que cuando el ingreso agregado real se incrementa el consumo se incrementa, pero no tanto como el ingreso. De ahí que para los empleadores se produciría una pérdida si todo el empleo aumentado fuera fiel a la satisfacción de la demanda incrementada a través del consume inmediato. Así, para justificar una determinada cantidad de empleo, debe haber una cantidad de inversión suficiente para absorber el exceso del

intervención estatal a través del control de las inversiones y del gasto público, era posible lograr una estructura productiva que garantizara un nivel de demanda lo suficientemente elevada para lograr ocupar en cada nivel todos los recursos laborales disponibles.

En este panorama aparecen las corrientes funcionalistas. Estas teorías pretenden analogar el funcionamiento de los organismos celulares al funcionamiento de la sociedad, de forma tal que el delito pasa a verse como un comportamiento disfuncional al sistema social, y que por lo mismo debe ser erradicado.

En cuanto a sus orígenes nos remontamos a los planteamientos de Emile Durkheim, quien da paso a todo un nuevo paradigma sociológico en el que se dejan de lado para la explicación del delito los factores biológicos y psicológicos. Se deja de lado el sujeto para buscar las causas de la criminalidad en la sociedad.

Para Durkheim la disfuncionalidad que se expresa en los actos delictivos es normal, este sólo debe objeto de control cuando sobrepase ciertos límites. En efecto para el autor francés *“El delito no se observa solamente en la mayoría de las sociedades de tal o cual especie, sino en las sociedades de todos los tipos. No hay una en la*

total de salida que representa lo que la comunidad elige consumir cuando el empleo esta en un determinado nivel. Mientras no haya esta cantidad de inversión, los ingresos de los empresarios serán menores que lo requerido para inducirlos a ofrecer la cantidad de empleo requerido. Se sigue, por lo tanto, que, de acuerdo a lo que debemos llamar la propensión al consumo de la comunidad, el equilibrio del nivel de empleo, o lo que es lo mismo, el nivel al cual no hay incentivo para los empleadores como un todo para expandir o contraer el empleo, dependerá de la cantidad de inversión corriente.” (“The outline of our theory can be expressed as follows. When employment increases, aggregate real income is increased. The psychology of the community is such that when aggregate real income is increased aggregate consumption is increased, but not by so much as income. Hence employers would make a loss if the whole of the increased employment were to be devoted to satisfying the increased demand for immediate consumption. Thus, to justify any given amount of employment there must be an amount of current investment sufficient to absorb the excess of total output over what the community chooses to consume when employment is at the given level. For unless there is this amount of investment, the receipts of the entrepreneurs will be less than is required to induce them to offer the given amount of employment. It follows, therefore, that, given what we shall call the community's propensity to consume, the equilibrium level of employment, i.e. the level at which there is no inducement to employers as a whole either to expand or to contract employment, will depend on the amount of current investment.”), Keynes, John Maynard, en “The General Theory of Employment, Interest, and Money”.

que no haya criminalidad."²⁹, el delito es parte de la fisiología de la sociedad y sólo en ciertos casos es parte de su patología, como en aquellos en que el delito alcanza un índice exagerado³⁰.

El delito, de hecho, cumple ciertas funciones sociales cuando se enmarca dentro la fisiología de la sociedad *"El delito.....consiste en un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos...para que los sentimientos colectivos que protege el derecho penal....logren penetrar así en las conciencias que les estaban cerradas hasta entonces.....es preciso que adquieran una intensidad superior a la que tenían hasta entonces."*³¹. Dicha intensidad se produce en las conciencias individuales mediante el ritual del castigo, el ritual del castigo acentúa los sentimientos de solidaridad sociales, por ende es a través de éste que se cohesiona la sociedad.

Según Garland³² Durkheim centra su análisis en la solidaridad social, que es lo que constituye parte de las condiciones fundamentales para el funcionamiento de la sociedad, concretamente de la cohesión social. Que haya puesto tanta atención en el castigo se debía según él a que en dicha órbita se manifestaba la clave para el análisis de la sociedad misma. Toda sociedad desarrolla un marco moral en el que deben reflejarse las condiciones vigentes de la organización de la sociedad, ese marco es vital para la vida en sociedad ya que es donde se establecen los criterios de regulación de los comportamientos que producen cohesión social.

Dentro de este esquema el castigo es *"...la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de como este orden se representa y sostiene."*³³. Para Durkheim *"...El delito es, por tanto, necesario; se halla ligado a las condiciones fundamentales de toda vida social, pero por esto mismo es útil; porque estas*

²⁹ Durkheim, Emile en "Las reglas del método sociológico", página 78.

³⁰ Durkheim, Emile, ob. cit

³¹ Durkheim, Emile, ob. cit., página 79.

³² David Garland, en "Castigo y sociedad moderna".

³³ Garland, David, ob. cit., página 42

*condiciones de que el es solidario son indispensables para la evolución normal de la moral y el derecho."*³⁴.

Posteriormente sus ideas serán tomadas por Robert Merton y Talcott Parsons, para quienes las causas del delito también pueden ser buscadas en la estructura de la sociedad. Esta no sólo ejerce una influencia represiva sino que también produce nuevas motivaciones en los individuos.

En la cultura norteamericana son ciertos ideales como el éxito económico y la familia monogámica lo que sirve de motivación. El problema estaría según Merton en el grado de asimetría existente entre los medios de que disponen las personas y los fines que se pretenden alcanzar. Así según Baratta "*La incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos a disposición del individuo para alcanzarlos está en el origen de los comportamientos desviados*"³⁵, y es dicha asimetría lo que a la larga produce el estado a que se refiere el sociólogo Norteamericano, esto es el estado de anomia.³⁶

d) El Labelling Approach

Este "Welfare State" con su elevado nivel de productividad y empleo comienza a desfallecer a mediados de la década de los 60. Mucho se discute sobre si las causas de este quiebre son intrínsecas debido a falencias propias del modelo keynesiano, o bien fueron motivos externos lo que lo llevó a su crisis.

³⁴ Durkheim, Emile, ob. cit

³⁵ Baratta, Alessandro, ob. cit., pagina 60

³⁶ La anomia para Baratta es "*...aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia entre normas y fines culturales, por una parte, y las posibilidades estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquellos, por la otra.*", en Baratta, Alessandro, ob. cit., pagina 61.

Sea cual sea la explicación que se siga, lo cierto es que durante esta década se procede al recorte de los recursos, se produce un retraimiento de la intervención estatal tanto desde el punto de vista social como económico. Se verificó *“...un paulatino aumento de la conflictividad, difícil de contener mediante las políticas públicas propias al ámbito de necesidades donde se provocaban los conflictos; es decir que las políticas de salud, de educación....., al encontrar restringidos o literalmente agotados los recursos dispuestos para sus fines, fueron insuficientes para solventar el nivel de demandas que colectivamente se formulaban.”*³⁷.

Es en este contexto en que surge el Labelling Approach, el modelo más influyente de los 60. Los autores más relevantes y conocidos de esta corriente son H. Becker (con su obra “Outsiders”, 1963), A. Cicourel (con su obra “The social organization of juvenile justice”, 1967), Erikson (con su obra “Wayward puritans”, 1966), J. Kitsuse (con su obra “Societal reaction to deviant behavior”, 1968), y E. Lemert (con su obra “Human deviance. Social problems and social control”, 1967).

Este nuevo enfoque buscará apoyo en el interaccionismo simbólico ³⁸, corriente sociológica desarrollada por la escuela de Chicago y cuyos principales representantes son H. Blummer y G. H. Mead.

Se considera que el Labelling Approach constituyó un cambio de paradigma puesto que hubo *“.....un viraje en el objeto de estudio: de estudiar al delincuente y las causas de su comportamiento (paradigma etiológico) se estudian los órganos de control social que tienen por función controlar y reprimir la desviación (paradigma de la reacción social). Estos órganos de control social abarcan desde asistentes sociales, hasta policía, jueces, psiquiatras, etc.”*³⁹.

³⁷ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 28.

³⁸ Para Baratta “Según el interaccionismo simbólico, la sociedad -esto es, la realidad social- esta constituida por una infinidad de interacciones concretas entre individuos, a quienes un proceso de tipificación confiere un significado que es abstraído de las situaciones concretas, y continúa extendiéndose por medio del lenguaje.”, en Baratta, Alessandro, ob. cit., página 84.

³⁹ Larrauri, Elena, en “La herencia de la criminología crítica”, página 28.

El Labelling se pregunta por el origen y las características del comportamiento desviado y su relación con el etiquetamiento, esto es la atribución por parte de la sociedad de la noción de delincuente a una persona.

De la premisa de que no toda persona que delinque es etiquetada deducen lógicamente que “la desviación” no es una cualidad del acto de quien lo realiza *“...sino una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones que los otros aplican al ofensor. El desviado es aquel a quien se ha aplicado con éxito la etiqueta, el comportamiento desviado es aquel que la gente define como desviado.”*

⁴⁰

Por lo tanto la desviación no tiene una naturaleza ontológica independiente de los procesos sociales de reacción, sino que es al revés, es la reacción social lo que determina la desviación. El comportamiento criminal depende de la reacción social que suscita. Lo que los lleva a afirmar que según donde y quien sea que constituya estos órganos de control, dependerá el contenido de la definición ⁴¹, es lo que se denominó relativismo cultural.

Lo que es desviado para unos grupos puede no serlo para otros, todo depende del lugar y del momento histórico en que se produce las condiciones para definir a alguien como desviado.

Es por esto que esta corriente se enfoca en los procesos de etiquetamiento y no en las causas individuales que se refieren al uso de la libertad (clacisismo) o bien a su determinación biológica, psicológica o social (positivismo), ya que no son estos

⁴⁰ Becker, H. Citado por Larrauri, Helena, ob., cit, página 29.

⁴¹ *“Los grupos sociales crean la desviación implantando las reglas cuya violación constituye un caso de desviación, aplicando esas reglas a determinadas personas y rotulándolas de desviadas.”*, H. Becker, citado por I.Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit., página 162.

factores los determinantes para la definición de lo que es desviado o no. Desde el punto de vista social no basta afirmar que el acto es disfuncional a la sociedad.

De los estudios de Becker (sobre la criminalización de la marihuana), Lemert (sobre los actos delictivos juveniles) y Erikson (sobre la criminalización de las brujas) se desprende que los procesos de etiquetamiento cumplen ciertas funciones sociales, independientemente de que sea lo que se etiquete ⁴². Así Mead concluye que el delincuente era utilizado como chivo expiatorio para reafirmar la solidaridad social, conclusión a la que ya había llegado anteriormente Durkheim ⁴³.

Otro aspecto importante del Labeling (dejando de lado pero haciendo presente un importante aporte que realizó el Labeling a las ciencias criminológicas, esto es el reconocimiento de que el sistema penal es selectivo, selecciona previamente a quienes van a ser objeto de persecución penal, y por ende de los procesos de etiquetamiento) son las consecuencias del etiquetamiento. Este proceso por el cual se señala públicamente que una persona ha cometido un delito conduce a que el mismo asuma una nueva identidad, reconstituya su personalidad y afianzado en este nuevo status, vuelva a delinquir.

Luego aquí se expresa la ironía del control penal *"...un proceso penal que está orientado a disminuir el número de delincuentes provoca, con su proceso público de etiquetamiento, que el sujeto que había realizado actos delictivos asuma la*

⁴² *"También un estudio contemporáneo de Gusfield (1963), analizando la Prohibición norteamericana aportó nuevos argumentos. De acuerdo con Gusfield, la razón de la prohibición del alcohol tenía desde luego motivos religiosos y morales, pero cumplía asimismo unas funciones sociales. La consumición de alcohol era normalmente asociada a nuevos grupos sociales surgentes en E.E.U.U.; estos grupos sociales constituidos por ciudadanos de las nuevas urbes, industriales, católicos, retaban el dominio de la sociedad norteamericana tradicional basada en campesinos, protestantes, etc."*, Larrauri, Elena, ob. cit., página 32.

⁴³ En algunos casos respecto de determinadas prohibiciones se sugería *"...la famosa expresión de Becker (1963), que el castigo de determinadas actividades era obra de <<empresarios morales>> (moral entrepreneurs), esto es, de grupos de presión que consiguen imponer su peculiar visión del mundo y sus peculiares valores, castigando todo lo que este en contraposición a ellos."*, Larrauri, Elena, ob. cit., página 32.

identidad y actúe posteriormente como delincuente...”⁴⁴, el proceso penal produce exactamente lo que se proponía evitar.

e) Teorías del conflicto

Frente a estas teorías aparecen las teorías del conflicto que colocan en duda el consenso vigente al interior de una sociedad, consenso que se encuentra a su juicio en la base de los planteamientos funcionalistas, y por ende en los del Labeling Approach.

Desde este nuevo modelo se critica la idea de que en las sociedades existe un consenso general o básico frente a aquellos valores considerados como indispensables para la vida en sociedad. Éste acuerdo es el presupuesto para poder considerar que existen comportamientos disfuncionales. Sólo partiendo de que existe un consenso mayoritario en un determinado sistema social relativo a ciertos valores, se puede afirmar que aquellos comportamientos que atentan contra esos valores son disfuncionales, disfuncionales a su estabilidad.

Las “teorías del conflicto” demuestran mayor interés hacia los mecanismos insertos en la dinámica social, poniendo de manifiesto la existencia de conflictos al interior de la sociedad y las funciones que éstos realizan en ella.

Todo tipo de conflictos, macro conflictos y micro conflictos están presentes en todos los niveles de la sociedad. Constituyen medios que posibilitan y permiten una continua renovación para el orden. Resultan, entonces, considerados como

⁴⁴ Larrauri, Elena, ob. cit., página 37.

elementos básicos para el mantenimiento de un sistema social, en la medida en que promueven una continua adaptación institucional de éste a las nuevas situaciones que se producen en la vida diaria.

Las teorías del conflicto no sólo ponen sobre la mesa la existencia de diversos grupos de poder al interior de una sociedad, sino que subrayan el dominio de unos grupos sociales sobre otros. Suponen que el orden social se basa en la manipulación y el control de los grupos dominantes y que el cambio social se produce rápida y desordenadamente a medida que los grupos subordinados vencen a los dominantes. En este sentido Pavarini sostiene que *“Los conflictos sociales ponen cada vez en juego el poder político. El conflicto representa siempre un desequilibrio de poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo.”*⁴⁵.

Según Alessandro Baratta las teorías del conflicto no serían teorías de alcance intermedio⁴⁶ ya que *“...parten, por el contrario, de una teoría general de la sociedad en la cual el modelo del conflicto es fundamental.”*⁴⁷.

Este horizonte sociológico conflictual dentro del cual se estudia la criminalidad viene dado esencialmente por las teorías de Lewis Coser y Ralf Dahrendorf. El primero pone el acento en las funciones positivas que realiza el conflicto para la conservación y la integración de los diferentes grupos sociales, mientras que el segundo pone el acento en el carácter normal del conflicto poniéndolo en relación

⁴⁵ Pavarini, ob., cit., página 138.

⁴⁶ La expresión corresponde a Robert Merton: *“...Constantemente enfocamos lo que he denominado teorías de alcance intermedio: teorías intermedias entre esas hipótesis de trabajos menores pero necesarias que se producen abundantemente durante las diarias rutinas de la investigación y los esfuerzos sistemáticos totalizadores por desarrollar una teoría unificada que explicara todas las uniformidades observadas de la conducta, la organización y los cambios sociales. La teoría intermedia se utiliza principalmente en sociología para guiar la investigación empírica. Es una teoría intermedia a las teorías generales de los sistemas sociales que están demasiado lejanas de los tipos particulares de conducta, de organización y del cambio sociales para tomarlas en cuenta en lo que se observa y de las descripciones ordenadamente detalladas de particularidades que no están nada generalizadas.”*, Merton, Robert, en “Teoría y estructura social”.

⁴⁷ Baratta, Alessandro, ob. cit., página 123.

con el cambio social. Esto es que es el conflicto, la coacción constante ejercida recíprocamente entre los grupos de poder, lo que mantiene unida a la sociedad y favorece su cambio, y no la utópica idea de consenso que presuponen los funcionalistas como medio de cohesión social.

Se altera el enfoque que se tiene sobre la estructuración de la sociedad, esta ya no es vista de manera estática como un consenso en torno a valores considerados esenciales para la supervivencia del sistema social, sino de manera dinámica, como una lucha entre los grupos que al interior de una sociedad se disputan el poder.

Comienza a vislumbrarse con ello el nacimiento de las teorías criminológicas posteriores que introducen de lleno las teorías de Marx. En efecto, los modelos conflictuales consideran que el delito tiene un carácter político, lo que será en definitiva llevado al extremo por la llamada criminología crítica.

f) Criminología crítica

A fines de los 60 y comienzos de los setenta ya toman cuerpo los recortes a las políticas sociales del quebrado estado intervencionista. En EE.UU. asume la presidencia Ronald Reagan y en Inglaterra Marget Thatcher pasa ser primer ministro. Los países anglosajones abrazan los nuevos postulados económicos, el modelo planteado por Milton Friedman. El estado deja de participar progresivamente en las actividades de comerciales, de servicios y de producción pasando a ser la actividad privada la encargada de tener la sartén por el mango en lo referente al desarrollo económico y social. Comienza el avance del sector privado a través de sucesivas privatizaciones del sector público.

Este nuevo enfoque afectó no sólo a la política y la economía sino también a la cultura de los diferentes países *“...se produjo un vuelco en detrimento de las antiguas formas de relación y organización social. De tales maneras fue como se decreto la muerte del fordismo por que con una pasmosa rapidez no solo cambió de manos la propiedad de los recursos públicos.....también con la misma velocidad, se transformaron las modas y los hábitos alimentarios, los valores básicos que sostenían las instituciones básicas de la vida común de las sociedades industriales....”*⁴⁸.

Fue este horizonte el que motivó durante la década de los 70 una violenta explosión de los conflictos sociales (por nombrar algunos: 1965 se intensifica la guerra contra Vietnam, 1966 se produce la revolución cultural china, 1967 muere asesinado el Che Guevara, en 1968 se producen las movilizaciones estudiantiles de “Mayo del 68”), y que influyó en el desarrollo de la criminología.

⁴⁸ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 29.

En los sesenta en Inglaterra aparece el movimiento de la “New Left”, mientras que en EE.UU. surge la N.D.C. (National Deviance Conference). Agrupación que conglomeró gente de muy variados sectores políticos, pasando desde marxistas hasta liberales, y profesionales de todo tipo, sociólogos, economistas, filósofos, antropólogos, etc., en fin, un conjunto de personas de diferentes disciplinas y sectores se plantean estudiar todos los temas que respecto del delito se consideró que se habían dejado de lado.

La desviación comienza a ser vista como algo estructural, se enfocan en los problemas de fondo. La sociedad es una sociedad injusta, si el capitalismo efectivamente explota a los trabajadores queda sin explicación el porque el proletariado no hace la revolución. Se concluye entonces que la sociedad se mantiene unida no sólo mediante coacción, sino también *“...por las nuevas necesidades de consumo que esta ha creado. Estamos sometidos....por que hemos asumido unas necesidades que nos mantienen vinculados a un empleo, un horario, unos hábitos de consumo.”*⁴⁹.

Esta mirada estructural desemboca en una visión politizada de la vida cotidiana y de los problemas sociales. El desviado ya no es una figura errante en busca de la satisfacción de sus necesidades, es un actor político. Lo que se criminaliza no es un acto malvado, sin un estilo de vida que constituye una forma alternativa de existencia, es una desviación política puesto que refleja las contradicciones inherentes de la sociedad.

Surgen también durante esta época y con fuerza las legislaciones antiterroristas. Legislaciones que se caracterizan desde un punto de vista general por una agravación de la penalidad, ampliación del ámbito típico, delitos de peligro, etc. Por ello, si en la década de los sesenta se menospreciaban los derechos formales como la garantía de un debido proceso, ahora se reivindican como derechos del ciudadano frente al estado.

⁴⁹ Larrauri, Elena, ob. cit., pagina 70.

Esta nueva tendencia, llamada enfoque escéptico, basado parcialmente en las teorías del Labeling Approach y las críticas al positivismo, va cambiando en el tiempo debido a la heterogénea composición de la N.D.C., hasta que definitivamente fallece y desemboca en las vertientes marxistas de la criminología crítica. En este contexto aparece el libro “La nueva criminología” (1975) de I. Taylor, P. Walton y J. Young, que marca la manifestación del tránsito desde el Labeling hasta el Marxismo aplicado a las ciencias criminológicas, como una revisión de los postulados de la mirada escéptica de la N.D.C.

En esta época las fuerzas progresistas que nunca vieron con buenos ojos la restricción del estado social, restricción que en todo caso había sido postulada por las mismas fuerzas progresistas, ahora exigirán una mayor intervención del estado *“...Las variaciones más destacables son la reevaluación del delito común, la negación del carácter político de la delincuencia y la matización de las oposiciones al positivismo.”*⁵⁰ .

I.Taylor, P. Walton y J.Young plantean llevar a Marx a la criminología dejando de lado el problema de que fue lo que éste dijo o no dijo. Se concluye que sobre el delito Marx fue conciso, y en todo caso demasiado fragmentario como para desarrollar una teoría general a partir de lo escueto de sus escritos. Sin embargo no se dejan de lado los otros textos de los que si puede desprenderse una teoría general.

El objetivo de estos autores es *“...reabrir el debate criminológico, señalando ciertos requisitos formales y sustantivos de una teoría plenamente social de la desviación, una teoría que pueda explicar las formas que asumen el control social y la conducta desviada en sociedades desarrolladas...”*⁵¹ . Lo que intentan es desarrollar un

⁵⁰ Larrauri, Elena, ob. cit., pagina 143.

⁵¹ I.Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit., página 285.

modelo materialista de la desviación, tratando de precisar en las contradictorias estructuras de la sociedad las causas del delito.

Por ende una criminología realmente crítica a juicio de estos autores debe analizar el rol de las superestructuras, en especial la del derecho como fuente legitimadora de las relaciones económicas y sociales de la sociedad capitalista ⁵².

Para Baratta *“La plataforma teórica obtenida de la criminología crítica.....puede sintetizarse en una doble contraposición a la vieja criminología positivista.....En primer lugar, el desplazamiento del enfoque teórico del autor a las condiciones objetivas, estructurales y funcionales, que se hallaban en el origen de los fenómenos de la desviación. En segundo lugar, el desplazamiento del interés cognoscitivo desde las causas de la desviación criminal hasta los mecanismos sociales e institucionales mediante los cuales se elabora la realidad social de la desviación, es decir los mecanismos mediante los cuales se crean y aplican definiciones de desviación y de criminalidad, y se realizan procesos de criminalización.”*⁵³.

Lo que interesa a la criminología crítica es realizar un enfoque macro-sociológico, poner en relación el comportamiento criminal con la funcionalidad o disfuncionalidad de las estructuras sociales y económicas. Desde este punto de vista la criminología vuelve a poner en el centro de análisis la etiología del delito pero desde una nueva perspectiva, desde la perspectiva marxista. Así *“El olvido de la teoría ha terminado y la politización del delito y la criminología es inminente”*, pero no plantean que desde esta área de la sociología deba realizarse algún cambio social relativo a la terminación de la desigualdad de las riquezas, por que

⁵² Esto lleva a I.Taylor, P. Walton y J.Young a considerar que *“...las causas de la desviación se encuentran, en última instancia, en las desigualdades sociales más amplias de poder y autoridad. En otras palabras, opinamos que la mayor parte del comportamiento desviado corresponde a acciones conscientes de los individuos destinados a hacer frente a los problemas generados por una sociedad sobre la cual ejercen escaso control.”*, .Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit. Página 171.

⁵³ Baratta, Alessandro, ob. cit. Página 186.

eso inevitablemente los haría caer en el correccionalismo ⁵⁴, sólo se postulan las bases de como tiene que ser una criminología verdaderamente crítica desde el punto de vista metodológico.

g) Otras tendencias en la criminología

Es posible reconocer en la crisis estructural de los años 70 y 80 dos etapas diferenciadas. Una primera en que los componentes de la crisis se van desarrollando sin que los gobiernos y el capital encuentren las respuestas adecuadas ⁵⁵. Una segunda en que el capital encuentra una respuesta integral,

⁵⁴ I.Taylor, P. Walton y J.Young, ob. cit., página 297.

⁵⁵ El aumento de los precios de las materias primas, principalmente petróleo, se produjo luego de que los gobiernos exportadores nacionalizaran sus recursos naturales; los incrementos en las remuneraciones logrados por los trabajadores en los países desarrollados elevaron los costes para las empresas, reduciendo la tasa de ganancia; el Estado requería ingresos fiscales cada vez más elevados para sufragar, en un contexto de rentabilidad descendente, los gastos de la seguridad social, cuando el desempleo empezaba a aumentar dramáticamente. Todos estos elementos contribuyeron a acelerar la caída de la tasa de ganancias, y con ello a desacelerar la inversión y desencadenar la crisis de acumulación.

tanto política y económica, pero también social, recuperando su hegemonía y recomponiendo las tasas de ganancia.

La respuesta se obtuvo del monetarismo: los gobiernos conservadores de Reagan y Thatcher remodelan la política y la economía bajo el nuevo paradigma, el neoliberalismo, tendencia que acaba imponiéndose poco a poco en el resto del mundo occidental. La competencia obliga a los gobiernos, conservadores o socialdemócratas, a crear las condiciones para un relanzamiento de la acumulación de sus capitales nacionales.

El estado ya no tiene el control de la economía, deja de intervenir en el mercado. Se limita a establecer el marco donde el juego de la oferta y la demanda regularán la satisfacción de las necesidades a través de la libre competencia ⁵⁶. En aquellas órbitas sociales en que el estado participaba se le comienza a excluir, se privatizan tanto las empresas como las instituciones estatales (como colegios, universidades, hospitales, etc.). Queda establecida una estructura de acuerdo a la cual el peligro para las clases económicamente desfavorecidas de no poder acceder al nivel de precios que establezca la oferta y demanda, se imputa y se resuelve de acuerdo a las condiciones del mercado.

Que el nuevo modelo económico implique la utilización de los recursos existentes de manera más eficiente no prejuzga sobre la justicia de la distribución y acceso a los bienes, sin embargo no se puede dudar que las reglas del mercado benefician a aquel que se encuentra en una posición económicamente más favorable en comparación a aquel que no.

⁵⁶ Según Bergalli las propuestas de este modelo son las siguientes: “*En primer lugar, sostiene la conveniencia de evitar manipulaciones arbitrarias de la oferta monetaria por medio de un sistema automático de emisión vinculado al crecimiento del producto. En segundo lugar, niegan la disyuntiva entre desempleo e inflación planteada desde las propuestas keynesianas. Los monetaristas argumentan que el gasto público es ineficaz para mantener niveles deseables de desocupación, ya que el resultado inevitable de tal política es una tasa de inflación cada vez más elevada.*”, Bergalli, Roberto, ob. cit., pagina 69.

La criminología crítica durante estos años se caracteriza por una cierta confusión y separamiento, la criminología entra en crisis. En este contexto surgen otros grupos que hasta ese momento no habían callado pero no tenían voz, aparecen los ecologistas y los grupos feministas. Estos últimos consideran que los criminólogos críticos ignoraron que en la sociedad capitalista no sólo se produce una lucha de clases sino también una lucha de género. Esta no sólo es una sociedad capitalista, es también es una sociedad patriarcal donde las mujeres son oprimidas y sometidas a condiciones injustas de trabajo. Estas estructuras patriarcales también se manifiestan en el derecho (como expresión específica de lo anterior piénsese en la no consideración del delito de violación dentro del matrimonio). En general se sostiene que así como las leyes capitalistas benefician a la clase dominante, las mismas benefician a los hombres por sobre las mujeres.

La criminología presenta un estancamiento teórico y en opinión de algunos se le reemplaza por una criminología administrativa de escaso fundamento teórico, interesada más en planteamientos prácticos y eficientistas en la administración de los escasos recursos disponibles para hacer frente al problema del delito. Es así como comienza a dividirse la criminología crítica, aparecen en Inglaterra los nuevos realistas y otros movimientos como el minimalismo, el garantismo y el abolicionismo.

1. - Minimalismo:

La obra de Alessandro Baratta va progresivamente abandonando sus basamentos marxistas hasta desembocar en una nueva orientación que se acerca a las posiciones liberales del derecho penal, pero persiste aún su visión crítica del derecho. Por eso más que abandono de una posición crítica podría decirse que se ha producido en él un nuevo enfoque de la situación.

Baratta propone una revaloración de los derechos humanos como forma de fundamentar un derecho penal donde las garantías individuales se maximizan, lo

que se traduce en una limitación del poder omnímodo del estado vía la acentuación del formalismo de los derechos individuales.

Esta es básicamente la tesis en su obra “Principios de derecho penal mínimo”⁵⁷ donde se plantea una finalidad práctica, lograr una política criminal de la mínima intervención⁵⁸. Esto demuestra claramente un acercamiento del autor italiano a los planteamientos de la escuela clásica del derecho penal.

La visión de Baratta se centra en la revaloración de los derechos humanos, los que a su juicio cumplen una doble función: *“En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar una función positiva respecto de la definición del objeto, posible pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal.”*⁵⁹.

A su juicio es la afirmación de estos derechos la estrategia más convincente para lograr una efectiva contención de la violencia estatal en el ámbito penal. En este sentido los concibe como una forma de lucha contra la estructura opresiva del estado. La aplicación de la pena produce otros efectos que no son declarados, y es en esta órbita donde se manifiesta la dureza y la injusticia de la función del derecho penal como mecanismo de auto-reproducción⁶⁰ de un sistema social desigual.

En definitiva Baratta se inserta en la línea del derecho penal liberal, considerando que su función de protección debe ser la mínima imprescindible. Se apoya en la constitución para la fundamentación de los derechos que a su juicio deben ser tutelados por el sistema penal. Éstos establecen un área donde la intervención estatal es legítima, allí donde se protejan efectivamente los derechos cuyo ejercicio se garantizan. Por otro lado marcan un límite para la actuación del estado, es la

⁵⁷ Baratta, Alessandro, en “Principios de derecho penal mínimo”.

⁵⁸ Baratta, Alessandro, ob. cit.

⁵⁹ Baratta, Alessandro, ob. cit., página 624.

⁶⁰ En efecto, según Baratta la pena es una “...violencia útil, desde el punto de vista de la auto-reproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de los detentores del poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos.”, Barata, ob. cit., página 626.

paradoja del derecho penal, pues no se pueden proteger los derechos sin vulnerar los mismos.

Se adscribe entonces al marco del derecho penal de la constitución sin abandonar su posición crítica y práctica. Afirma respecto de lo anterior que el derecho penal de la constitución para no caer en el olvido como le sucedió al derecho penal liberal *“...es necesario que reencuentre una dimensión política fuerte y auténtica. Esto sólo será posible si se incorpora en una política integral de protección de los derechos fundamentales.”*⁶¹.

El auténtico derecho penal mínimo es el derecho penal de la constitución. La carta fundamental establece el marco general de protección de la persona a través del reconocimiento de ciertas garantías, luego este es el espacio legítimo donde al estado le corresponde intervenir mediante el sistema penal. Para Baratta el proyecto no se trata solamente de estructurar un derecho penal de la constitución, sino de lograr una política pública efectiva en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales.

2. - Garantismo:

Suele clasificarse la obra de Luigi Ferrajoli como el inicio de esta corriente criminológica. Para el autor italiano el proyecto de la ilustración se encuentra inacabado, fue llevado adelante de manera ineficiente. Fácticamente puede sostenerse que el ideal liberal clásico es en realidad una ilusión, una apariencia, no hay rastros de él en el mundo práctico.

Para concretar dicho proyecto inacabado plantea la necesidad de un apego estricto al principio de legalidad pero desde un punto de vista garantístico, en este sentido el termino garantismo *“...designa un modelo de derecho: precisamente por lo que*

⁶¹ Baratta, Alessandro, “La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, en “Revista Uruguaya de ciencias penales”, página 95.

respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad ⁶²...”, principio que es propio de todo estado de derecho moderno.

Para Ferrajoli este modelo deriva de la nueva configuración del estado moderno, esto es del estado constitucional de derecho. En este estado las constituciones no son meras normas programáticas, sino que la garantía de su rigidez. Ello sumado a los derechos que le reconocen a la persona humana la dota de un contenido sustancial ⁶³ “...se vuelve, por tanto, a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario” ⁶⁴.

En el sistema garantista el derecho “...contemporáneo no sólo programa sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de la leyes y las restantes disposiciones. Además, programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios, los valores y los derechos inscriptos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber y la responsabilidad de elaborar.” ⁶⁵.

Ferrajoli propone una unidad metodológica que abarca el ordenamiento jurídico interno de manera completa, establece requisitos tanto epistemológicos, como jurídicos y políticos, encaminados todos a una reducción de la violencia estatal y una maximización de los derechos o garantías individuales. De esta manera “...es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.” ⁶⁶.

⁶² Ferrajoli, Luigi, en “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, página 851.

⁶³ Ferrajoli opina que “...nos encontramos frente a una estructura caracterizada por una doble artificialidad: no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es precisamente el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el cual la producción jurídica misma se encuentra disciplinada por normas de Derecho positivo, no sólo en lo que se refiere a su procedimiento de formación sino también en sus contenidos.”, Ferrajoli, Luigi, en “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho”

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., página 851.

Metodológicamente introduce la ley de Hume (la famosa ley de Hume establece que no se puede deducir del ser el deber ser). Lo que traducido al derecho implica de un lado que debe distinguirse claramente las nociones de derecho y moral, de otro que, tratándose de la legitimación del derecho penal, éste debe estar orientado a las consecuencias.

Sólo es legítimo aquel derecho que fundamentado desde una óptica garantista, logra alcanzar las finalidades que se propone ⁶⁷.

El autor italiano hace frente a la escuela abolicionista pues su modelo no implica una renuncia al derecho penal, por el contrario le reconoce un espacio de intervención legítimo. El derecho penal es necesario como *“...sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos. El abolicionismo penal...se configura, en consecuencia como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos des-regulados o auto-regulados de vigilancia y/o punición...”*⁶⁸.

Considera que el derecho penal concebido como un sistema de garantías en verdad ofrece una alternativa mucho más progresista. Se funda para ello en argumentos históricos que justifican la idea de que sin derecho penal de volvería al mundo antiguo en que reinaba una anarquía punitiva ⁶⁹.

⁶⁷ Para Ferrajoli dicha vinculación, dicha orientación es necesaria para *“...que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas.”*, en “El derecho penal mínimo”, página 30.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., página 43.

⁶⁹ Esta afirmación lo hará merecedor de las críticas de Elena Larrauri, en efecto para ella *“En su crítica a las posiciones abolicionistas Ferrajoli.....expone los peligros que comporta la abolición del derecho penal. En su opinión la desaparición de éste conllevaría o bien la existencia de una anarquía punitiva - en la que a toda comisión de delito le seguiría una respuesta estatal o social salvaje-, o bien la existencia de una sociedad disciplinaria - en la cual la comisión de delitos sería fácticamente imposible por la existencia de una vigilancia social o estatal omnipresente.....No creo que el modelo de ‘derecho penal restitutivo’ pueda ser presentado como ‘venganza privada’. Asimismo me parece cuestionable que el modelo de ‘derecho penal punitivo’ surgiera para limitar la ‘venganza privada’. Tampoco me parece convincente argüir que en nuestras sociedades contemporáneas la única forma de evitar violencia arbitrarias sea mediante la imposición de una pena. Pienso que se requiere una respuesta, pero no es obligado que esta respuesta esté presidida por la lógica punitiva en vez de denunciatoria, reparadora, protectora o*

3. - Abolicionismo:

Esta corriente criminológica plantea a grandes rasgos la supresión del sistema de control penal, como única salida racional para poder enfrentar realmente los problemas de la sociedad contemporánea. Esta propuesta puede incorporarse dentro de una variante más radical de la llamada criminología crítica.

Su marco de análisis es más o menos el mismo. Ambas tendencias parten de ideas marxistas asociadas a la interpretación materialista de los fenómenos sociales. Sin embargo se diferencia de estas concepciones en que no plantean una verdadera alternativa a dichos conflictos, o más bien, no plantean como la criminología crítica cambios estructurales en la sociedad.

No es una variedad del marxismo ortodoxo que plantea como final de la historia una sociedad alternativa donde los conflictos de clase no existan, sino que más bien se alinea en un marco anti-estatalista, cercano al anarquismo, en que el conflicto es llevado de nuevo a las partes.

Dentro de estos lineamientos puede verse la propuesta de Hulsman. Para el autor Holandés primero que nada hay que atender al problema de las definiciones “...el principal aspecto en la búsqueda de alternativas a la justicia penal es buscar vías alternativas en el manejo de situaciones para que los hechos no nos lleven a la criminalización y para que estos hechos no sean vistos desde afuera como comportamiento criminal al que tenemos que encontrarle algún tipo de respuesta.”

⁷⁰.

neutralizadora.....Si los argumentos expuestos hasta el momento son plausibles, la consecuencia es que el miedo a las ‘venganzas privadas’ o reacciones estatales incontroladas, no suministran una justificación al modelo de derecho penal basado en la punición del delincuente.”, Larrauri, Elena, en “Criminología crítica: Abolicionismo y Garantismo”.

⁷⁰ Hulsman, Louk, “Alternativas a la justicia penal.”

De lo que se trata es de la construcción de la realidad por parte del derecho. Esta construcción es muy restringida pues deja fuera todo el sub-mundo en que se desenvuelve el desviado y deja, en la mayoría de los casos, fuera también al ofendido ⁷¹. Este cercenamiento implica el recorte de vínculos, de contactos sociales que realmente están a la vista, de manera que la situación se vuelve en cierto sentido irreal.

La justicia penal no solo limita y vuelve irreales las conexiones existentes, sino que también elimina la posibilidad de que el conflicto sea devuelto a la comunidad, a las partes, las que en algunos casos pueden desarrollar medios mucho más eficientes y provechosos para la solución del conflicto, tanto desde el punto de vista individual como social.

El modelo abolicionista resalta la cifra negra de la delincuencia, esto es que la mayor parte de los delitos realmente acaecidos no son efectivamente perseguidos, lo cual lleva a Hulsman a afirmar que *“Así, la realidad de nuestro mundo social es - y desde mi punto de vista siempre ha sido- que las alternativas a la justicia penal son la regla y esa justicia penal, en sí misma, es la excepción.”* ⁷².

La abolición al menos parcial del sistema penal no solo es teóricamente más provechosa, sino que se adecua mejor a lo que ocurre en la realidad. De esta

manera si bien reconoce que ciertos conflictos deben ser solucionados al interior del aparato estatal, encarga en lo fundamental al delito y su resolución a instancias ajenas a la cárcel.

⁷¹ Así Hulsman afirma que *“Otro aspecto del modo en que la justicia penal construye la realidad con la que opera es que la víctima -y por víctima entiendo alguien que, por alguna razón, se siente en problemas por un hecho- ocupa un lugar muy débil. No es una participante activa en lo que está sucediendo, sino que es vista como un objeto dentro del proceso.”*, Hulsman, Louk, ob. cit.

⁷² Hulsman, Louk, ob. cit.

Respecto de la abolición de la cárcel se considera que es insuficiente *“...porque no reta la idea de que el castigo sea una forma idónea de reaccionar frente a muchos fenómenos que denominamos delito y sin embargo amagan problemas sociales.”*⁷³. Se prefiere hablar de la resolución de problemas sociales, pues así se abarca un abanico de problemas más amplio que el simple reduccionismo de definir y establecer que sólo los conflictos que subsumen los tipos penales son los verdaderamente importantes.

Plantean en definitiva el abandono (algunos de manera total, otros de manera parcial) del sistema penal como forma de resolución de los conflictos, atendiendo a la negatividad de sus efectos pues a la larga se generan mayores problemas de los que se solucionan. Sería mejor devolver el problema a las partes, llevando en definitiva la solución a otros ámbitos como la reparación civil indemnizatoria o reparatoria. De acuerdo al autor holandés el conflicto puede incluso en muchos casos ser devuelto a la comunidad como una instancia más amplia de resolución.

Christie en este sentido propone concretamente remitir al derecho civil la mayoría de los conflictos *“El derecho civil no consiste simplemente en participación y palabras. Se supone que van a seguir los actos. Si las cosas salen mal, se deben corregir. Debe restituirse la paz. Particularmente, la víctima debe ser compensada. En todos los sistemas que no tienen un estado fuerte, la compensación de la víctima parece ser la mejor solución. Es lo que los antropólogos sociales informan en gran parte; es lo que describen los historiadores del derecho; y es el sistema que aplicamos nosotros mismos cuando lastimamos a otra persona y sentimos, o se nos hace reconocer, que hemos de enmendarlo.”*⁷⁴.

Frente a esta proposición normalmente se dice que en las sociedades actuales se necesitan de una serie de expertos por que son ellos los que están en mejor condición de resolver o de considerar el asunto, y que por ello mismo el sistema

⁷³ Larrauri, Elena, en “Criminología crítica: Abolicionismo y Garantismo”.

⁷⁴ Christie, Nils, en “Los límites del dolor”, página 128.

civil se encarece tremendamente. Se afirma también que si la salida es la compensación, ella no es posible frente a casos donde el infractor no tiene capacidad de pago. Y que por último la víctima estaría en condiciones, por razones de venganza o meramente económicas, de exprimir al ofensor, se daría paso a una especie de justicia privada institucional.

Sin embargo ante estas objeciones Christie responde “...¿por qué dejar que los casos imposibles obstaculicen una solución decente cuando es posible la decencia?; ¿por qué no restringir el área de castigo lo más posible, eliminando activamente todos los casos que se puedan quitar?”⁷⁵, por ello postula la construcción de nuevos organismos conciliatorios que permitan una variación de respuestas rotando al mismo tiempo el personal y sus conocimientos “*Simplemente recordemos algunas de las lecciones básicas de sus predecesores: Hagámoslos vulnerables. No les demos poder. No permitamos que se conviertan en expertos, ni que se sitúen a distancia.*”⁷⁶.

h) Estado histórico actual

El hito histórico que determina el estado político-económico actual se produce a fines de los años 80. Cae el bloque socialista lo que marca el fin de la guerra fría y el inicio de la primacía indiscutible del modelo neoliberal. Las grandes empresas internacionales se expanden por el globo y junto con ello comienzan a producirse revoluciones tecnológicas en los más variados campos, desde la aparición de nuevas vacunas hasta la masificación de los servicios electrónicos vía internet.

Este nuevo fenómeno llamado globalización supera identidades y fronteras, y no se limita a cuestiones de modelo económico o político, sino que alcanza cuestiones

⁷⁵ Christie, Nils, ob. cit., página 132 y 133.

⁷⁶ Christie, Nils, ob. cit., página 133.

aún más fundamentales. No sólo la cultura de los pueblos, las normas, valores y principios a través de los cuales una determinada nación o grupo se autodefine están siendo continuamente presionadas desde el exterior (lo que implica una presión respecto de los parámetros de autodefinición de los propios contornos sociales), sino que también el pilar básico alrededor del cual una sociedad se estructura comienza a verse afectado, la soberanía.

Frente a esta situación “...provocada por una incontrolada apetencia, y sostenido por lo que se ha conocido como el fin de la historia...”⁷⁷ se ha necesitado en el ámbito de las ciencias sociales nuevas respuestas. Desde un punto de vista político aparecen en el horizonte las propuestas “neorporativistas” y la “tercera vía” como alternativas al atolladero.

Para el neorporativismo “...las organizaciones de los intereses privados se encuentran libres para aceptar o no sus relaciones con el estado...”⁷⁸, sin embargo no plantean una separación completa, una autonomía absoluta respecto de él, por el contrario “...participan en la elaboración de las políticas estatales, especialmente la económica, aunque evidentemente, ante la irrupción de los procesos globalizadores, las tendencias noorporativistas de las economías nacionales se han ido moderando”⁷⁹.

La tercera vía surge “...en el debate que se suscita en el campo de la filosofía y la sociología política, enunciado como derecha e izquierda por algunos estudiosos europeos (Bobbio, en “Destra e Sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica”, 1994), pero particularmente por uno que pretende superar la cuestión (Giddens 1994).”⁸⁰.

⁷⁷ Bergalli, Roberto, en “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, página 72.

⁷⁸ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 72.

⁷⁹ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 73.

⁸⁰ Bergalli, Roberto, ob. cit., página 73.

En palabras de Giddens la terminología “tercera vía” no es nueva “...Durante la guerra fría, muchos veían a la propia socialdemocracia como una tercera vía, distinta del liberalismo de mercado estadounidense, por un lado, y del comunismo soviético, por otro. El término desapareció de la escena durante un tiempo, antes de ser resucitado en debates políticos en los últimos años.”⁸¹.

El modelo de Giddens propone responder a este desafío desde el inicio de sus planteamientos teóricos tratando de suprimir el dualismo entre estructura y acción y revitalizar el pensamiento social crítico en contra de lo que denomina “el

consenso ortodoxo”. Es por ello que se presenta como un acérrimo crítico tanto del funcionalismo (Merton) como del estructuralismo (Levi-Strauss), considerando que el primero deja poco espacio a la acción transformando a los agentes en meros soportes de las estructuras, mientras que el segundo privilegia al actor pero olvida los condicionamientos de las propiedades estructurales de los sistemas sociales.

Su planteamiento representa la renovación de la socialdemocracia en un mundo en que las ideas de la vieja izquierda han quedado obsoletas, mientras que las de la nueva derecha son inadecuadas y contradictorias “*La política de la tercera vía - modernizar a la socialdemocracia- puede desarrollar un programa político integrado y robusto. Defenderé que, lejos de desplazar a la justicia social y a la solidaridad, la política de la tercera vía representa la única forma eficaz de perseguir esos ideales hoy día. No es que sea incapaz de abordar cuestiones de desigualdad y poder corporativo, es que es el único enfoque capaz de hacerlo en el contexto del mundo contemporáneo.*”⁸²

En este panorama se insertan los acontecimientos del 11 de septiembre en Nueva York, los atentados en España y recientemente en Inglaterra. Debido a este nuevo

⁸¹ Giddens, Anthony, en “La tercera vía y sus críticos”, página 11.

⁸² Giddens, Anthony, ob. cit., página 39.

clima las incipientes tácticas de política criminal alarmistas que se reflejaban tanto en el campo político como en el ámbito de la seguridad ciudadana, comienzan a afectar al derecho penal, se re-inician las demandas sociales masivas y comunicacionales de control de la criminalidad.

Para Zaffaroni las emergencias en los discursos legitimantes de nuevas políticas punitivas no son nueva *"...por el contrario, este renace para quedarse durante le resto del milenio y proyectarse al próximo, confiscando a las víctimas, en la edad media (siglos XI y XII) justamente con una emergencia: el ataque de Satán y de las brujas.....a ello se agrega el defensismo (siempre se trata de un discurso de defensa).....la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime. Estas características son propias de la legislación de los estados de policía: no hay ley nazista, fascista o estalinista que no haya sido de defensa o de protección."*⁸³ .

Todo esto ha conducido al derecho penal hacia un nuevo modelo, del tránsito relativamente pacífico en lo que a políticas de control de la criminalidad se refiere en los 80, aparece en los 90 la llamada era de la administrativización⁸⁴ del derecho penal.

Este acercamiento del derecho penal hacia el derecho administrativo implica entre otras muchas cosas una fuerte restricción de los principios garantistas en un contexto siempre creciente de los discursos de emergencia.

⁸³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, en "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", página 619.

⁸⁴ Para García Pablos *"De los muy diversos rasgos que, según la doctrina, podrían definir el perfil del actual Derecho Penal y su presumible evolución en los próximos lustros, tres merecen una mención especial; su (supuesta) tendencia a retirarse progresivamente del escenario social, sustituido por controles informales; los aires privatizadores que –se dice-- impulsan de modo muy significativo el funcionamiento del sistema penal, o , al menos, importantes parcelas y segmentos de éste; por último, la denominada administrativización de ciertos procesos neocriminalizadores que, en opinión de muchos, contribuye a una desmedida expansión del ius puniendi de signo inequívocamente antigarantista en el ámbito de la delincuencia expresiva y de los intereses supraindividuales, con pretensiones de autonomía respecto al <<núcleo duro>> del viejo Derecho Penal."*, García Pablos, Antonio en "Tendencias del actual derecho penal", página 40.

La ampliación de los recursos de las fuerzas policiales para expandir su control, comienzan a afectar a personas que antes no se clasificaban como desviados pero que ahora requieren ser vigiladas durante su libertad, piénsese al respecto lo que sucede con los problemas de inmigración. Pareciera que cada vez nos acercamos más a la visión de Foucault de una sociedad disciplinaria en que ya no es metáfora sino peligrosa realidad el panóptico de Bentham ⁸⁵.

En efecto, hoy es arduamente discutido que a través de la amenaza de la privación de libertad se consigue la prevención de los delitos, luego frente a las criticadas e indemostradas funciones resocializadoras la cárcel renace “...con una aspiración: *transformar a los individuos que allí residirán*”⁸⁶.

Dejando lado las ideas Foucaultianas que, digámoslo, son poco alentadoras del futuro, y desde una perspectiva más esperanzada algunos autores han visto en este nuevo milenio el nacimiento de un nuevo modelo, el modelo integrador. Dentro de las posibles reacciones penales frente al delito, éste implica una especie de resucitación de las ideas de Christie y Hulsman puesto que parcialmente implica la restitución del conflicto a las partes.

Los sistemas de reacción frente al delito según García Pablos pueden clasificarse en tres; uno disuasorio que “...propugna una implacable respuesta al delito, rápida, eficaz y sin fisuras, positivamente percibida y respaldada por la sociedad, que

⁸⁵ Para Foucault el panóptico es un sistema arquitectónico que tiene dos objetivos fundamentales, de un lado hace al poder perceptible ya que éste es visible por la persona desde el lugar desde el cual se le vigila, de otro hacer al poder inverificable ya que de acuerdo a la forma del panóptico la persona nunca sabe si efectivamente esta siendo vigilada, pero tiene la certeza de que puede ser observado siempre. El panóptico se forma de la siguiente manera: “...en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra que da al exterior permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz, se puede percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en la periferia.”, Foucault, Michael, en “Vigilar y castigar”, pagina 203.

⁸⁶ Iñaqui, Riveras Beiras, en “Historia y legitimación del castigo”, pagina 106.

operaría, así, como poderoso instrumento preventivo.”⁸⁷; otro resocializador que “...pone el acento en la necesidad de intervenir de forma positiva y bien hechora en la persona del infractor, reintegrándole a la comunidad jurídica una vez cumplida la pena.”⁸⁸; y finalmente uno integrador que “...integra en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora del conflicto que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquel y la propia pacificación de las relaciones sociales.”⁸⁹.

Este es a grandes rasgos el estado de la cuestión en la criminología. Dejando de lado los cuestionamientos criminológicos de hoy y retomando el objeto de la presente memoria, nos remitimos a la parte introductoria de este trabajo.

Allí se realizó un breve esbozo de la cuestión, y se precisó que la noción de derecho penal simbólico se estructura a partir del contraste entre los efectos reales con los efectos aparentes de las leyes penales. Antes de pasar a examinar con detenimiento dicho concepto es necesario hacer un breve repaso respecto de la teoría del bien jurídico, ya que será ésta la que nos suministrará el contenido de aquello que de manera declarada se afirma que se protege mediante la ley penal.

Lo anterior naturalmente se relaciona con la teoría de los fines de la pena, ya que el concepto de bien jurídico que se acuñe dependerá directamente de la teoría de la pena a la cual se adscriba, por lo tanto, y con posterioridad al siguiente capítulo, también haremos una breve referencia a ésta con el objeto de que el objeto a tratar sea visto dentro un panorama más amplio.

CAPÍTULO 3: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

a) Reseña histórica sobre el bien jurídico

⁸⁷ García Pablos de Molina, Antonio, en “Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”, página 479.

⁸⁸ García Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 479.

⁸⁹ García Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 479.

El principio de la exclusiva protección del bien jurídico (también llamado principio de lesividad u ofensividad) está vinculado originalmente a la noción de estado de derecho liberal. Se restringe la libertad como condición indispensable de la subsistencia de la sociedad, luego debe restringirse en un mínimo imprescindible para dicho mantenimiento.

Este pensamiento se vincula a la consideración de la doctrina, la cual casi de manera unánime resalta el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. La intervención estatal solo estaría justificada en la medida que proteja de manera exclusiva bienes jurídicos frente a los atentados más graves e insoportables para la convivencia social, siempre y cuando no aparezca más razonable que éstos sean tratados conforme a las reglas del derecho civil o el derecho administrativo. Esto pone de manifiesto la importancia del concepto de bien jurídico para el derecho penal, tanto desde el punto de vista político criminal como dogmático.

El concepto de bien jurídico implica la ruptura definitiva con la concepción de injusto como lesión a un deber de obediencia ⁹⁰. Es Karl Binding quien introduce esta noción, a partir de la cual se comienza a hablar de bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, haciendo referencia no ya a la mera desobediencia a la ley, sino a un resultado dañoso como presupuesto para la aplicación de una pena.

Debe quedar claro eso si que en un estado moderno, un estado orientado hacia las consecuencias ⁹¹, es donde tiene verdadero sentido en cuanto límite del ius

⁹⁰ Según Kaufmann para Binding “...la tarea principal de las normas es “la fundamentación de los deberes eminentemente personales de las personas físicas, de actuar u omitir”. Se trata del deber de obediencia o de sumisión”....El derecho a exigir el cumplimiento del deber, “el derecho del soberano a la obediencia o a la sumisión, no puede tener ningún otro contenido.” es decir, el único contenido que tiene es que el soberano puede exigir la sumisión de la voluntad a la norma y nada más. Binding distingue claramente entre esta sumisión y la protección al bien jurídico “...Vistas desde el punto de vista del estado, las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos frente a ataques futuros de personas responsables....Aquellos bienes que están protegidos por las normas son llamados por Binding bienes jurídicos.”, Kaufmann, Armin, en “Teoría de las normas”, página 14 y 15.

⁹¹ La expresión corresponde a Winfried Hassemer, en “Fundamentos del derecho penal”.

puniendi estatal la garantía del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por eso es que hoy, desde el estado moderno, es que se discute sobre la operatividad de tal concepto.

Hassemer afirma que si miramos su evolución pareciera que en realidad tenemos hoy una involución. Actualmente el principio de ofensividad más que restringir la actividad del estado, incentiva la actividad criminalizadora para lograr la protección de situaciones que difícilmente pueden ser catalogadas de bienes jurídicos. Así, cada vez que hay un bien que proteger pareciera que la única salida que ve el legislador, es el recurso al derecho penal. Es por ello que algunos autores, como Jakobs, han negado que tal concepto sea operativo como límite al ius puniendi. En efecto, para el autor alemán *“El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.”*⁹².

Pero no se discute sólo sobre la operatividad del concepto de bien jurídico, sino también sobre su contenido, si es un bien, o son valores o intereses. De ahí que de acuerdo a Hefendhel *“Podemos ver que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político-jurídica del fenómeno “bien jurídico” nos condenan a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad y la selectividad.”*⁹³.

Otro aspecto debatido son las funciones que cumple, es decir si realmente cumple una función de garantía para las personas, o bien de legitimación de la norma, etc. Creemos, acotando en esta medida el asunto y centrándolo al objeto de esta memoria, que la función del bien jurídico esta vinculada a la función instrumental del derecho penal.

Dejando de lado las afirmaciones de Hassemer es claro que hoy la teoría del bien jurídico opera más como justificación de la intervención estatal en materia penal

⁹² Jakobs, Gunther, en “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, página 19.

⁹³ Hefendhel, Roland, ob. cit.

que como su límite. El estado interviene allí donde pueda otorgar protección a los bienes jurídicos que considera suficientemente relevantes. De esta manera se legitima dicha actividad en lo referente al área descrita como objeto de protección. Fuera de esta órbita tal actividad en principio sería ilegítima, al menos mediante la utilización de la herramienta penal ⁹⁴.

Desde el punto de vista histórico se puede afirmar que la teoría del bien jurídico tiene su punto de partida en Feuerbach. Es la época del estado liberal que ha sido *“...usualmente concebida como una ideología política y como una forma de organización de la esfera política vinculada a una fase específica del desarrollo histórico de la sociedad moderna o capitalista, esto es, vinculada a la fase de libre competencia.”* ⁹⁵.

Hay una clara separación entre las esferas públicas y privadas. La esfera pública dicta leyes generales y abstractas, apegada en este proceso a una racionalidad que no reconoce un sistema de valores inmutables. La esfera privada en cambio, se organiza en torno a las fuerzas del mercado y de la libre competencia.

Para Feuerbach el delito estaba constituido por la lesión de un derecho subjetivo, luego el objeto de protección es un derecho subjetivo. De esta manera, se termina la asimilación del delito al pecado y las justificaciones de las sanciones penales como trasgresión de un orden divino.

Paralelamente Birnbaum adopta una perspectiva semejante. Si bien con las guerras napoleónicas se da comienzo a un pequeño retroceso *“La teoría del bien jurídico expuesta por Birnbaum sigue siendo una teoría de corte liberal.”* ⁹⁶. Es este

⁹⁴ Sin perjuicio de lo sólido de un argumento como este creo que el principio de ofensividad, en la medida que no ha sido suficientemente contextualizado por la doctrina nacional, ni relacionado con los respectivos artículos de la carta fundamental chilena que se refieren a los límites de la actividad estatal, permanece débil como argumento para sostener a través de él una visión crítica de la política criminal actual. Considero que existen argumentos suficientes como para poder derivar este principio de la carta fundamental, lo mismo respecto del principio de fragmentariedad y subsidiariedad, pero esa tarea excede con creces el marco de esta tesis.

⁹⁵ Tuori, Kaarlo, en “Positivismo crítico y derecho moderno”, página 140.

⁹⁶ Fernández, Gonzalo, en “Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática”, página 100.

autor quien por primera vez acuña el concepto que a la larga se impondrá en la terminología de la doctrina.

Afirma que el delito es ante todo la lesión de un bien. Rechaza la concepción de acuerdo a la cual el delito es lesión a un derecho pues no admite que éstos puedan ser disminuidos. Toma como base para ello que las acciones delictivas se refieren al objeto del derecho, siendo el objeto un bien que jurídicamente nos pertenece y que por lo tanto si es susceptible de ser sustraído.

En su concepción los bienes jurídicos son otorgados por la naturaleza y por el desarrollo social, a los que por tanto el derecho y el estado sólo pueden reconocer pero no alterar ni modificar, por ende no son derechos que el estado establezca.

Con posterioridad a la revolución industrial y al racionalismo de inspiración hegeliana irrumpe el positivismo con toda su carga filosófica y metodológica, intentando aplicar a las ciencias sociales el método experimental de las ciencias naturales. Respecto del estado éste *“...ya no sería identificado con el pueblo, entendido éste como un organismo ético y espiritual; ahora se definiría al estado como una voluntad corporativa, con una personalidad jurídica comparable a las de las personalidades jurídicas del derecho privado. El poder soberano del estado, libre de restricciones ético-sustantivas, sería una propiedad del Estado como corporación y no una propiedad del monarca como uno de los órganos del estado....Se abandonó la idea de un derecho extra-positivo independiente del estado....La relación entre derecho y estado fue invertida: ahora el estado determinaría al derecho. Al mismo tiempo surgió un nuevo problema teórico: si el derecho era creado por el estado, ¿como podría entonces el estado sujetarse al derecho, que es creación del estado mismo?”*⁹⁷. Si es el estado quien se auto-limita, esto implica para el individuo que el poder coactivo estatal lo reduce a la categoría de un mero súbdito de la norma producida.

⁹⁷ Tuori, Kaarlo, ob. cit., página 143.

Desde el punto de vista del bien jurídico el representante de la escuela positivista es Binding, para quien éste es *“...todo aquello que, en si mismo no es un derecho pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés.”*⁹⁸, esto implica que el legislador pasa a ocupar un papel central. El delito pasa ser concebido como una vulneración del derecho del estado a exigir obediencia de sus súbditos. Deja ser concebido como derecho subjetivo *“...toda agresión a los derechos subjetivos se produce mediante una agresión a los bienes jurídicos y es inconcebible sin estos.”*⁹⁹.

En el plano teórico a Binding lo sucede el positivismo naturalista de Liszt para quien el bien jurídico *“...es el interés jurídicamente protegido, o sea, las condiciones vitales de individuo o de la sociedad.”*¹⁰⁰.

⁹⁸ Binding, Karl, citado por Armin Kaufmann, ob. cit., página 14.

⁹⁹ Binding, Karl, citado por Armin Kaufmann, ob. cit., página 14.

¹⁰⁰ Fernández, Gonzalo, ob. cit., página 23.

Para Liszt las normas se toman como una realidad previamente dada y por ello postula que el método positivista es el más adecuado, pues permite una objetivización del concepto de delito como forma de poder alcanzar su sustrato real. Se opone a Binding afirmando que el bien no se refiere al derecho sino que le pertenece a los hombres, es un reflejo de la realidad social en que éste se desenvuelve.

Puede caracterizarse la oposición entre ambos autores como una contradicción entre una concepción formal-normativa (Binding) en relación a una concepción naturalista-sociológica (Liszt). En la primera, el ius puniendi se legitima en la propia autoridad de la norma. Para Liszt en cambio este se legitima en la medida que absorba la realidad social que este presupone.

Sin embargo a pesar de sus diferencias ninguno de los dos soluciona el problema de la legitimación, porque en definitiva es igualmente el Estado quien seleccionará que intereses serán objetos de protección. Desde el punto de vista ideológico la diferencia entre ambos es marginal. En Binding la falacia es evidente, pero en Liszt también lo es ya que "...llega a identificar las condiciones de existencia social con las condiciones de la comunidad jurídica; de donde, si el estado expresa la síntesis de las condiciones de vida de la sociedad, el estado es el sistema y, por tanto, es quien fija el marco de las relaciones sociales y singulariza los bienes jurídicos merecedores de protección." ¹⁰¹.

En suma tanto para uno como para el otro es el Estado el que de forma unilateral selecciona los bienes jurídicos que serán objeto de tutela. En ambos el principio de ofensividad no supone una limitación del ius puniendi estatal, sino que solo legitima la actividad político criminal del estado.

Tiempo después y durante el período entre guerras si bien primaba respecto del estado una concepción formal "...la práctica legislativa imperante contradecía las demandas que el concepto formal de Rechtsstaat planteaba con relación a las decisiones sobre la creación de leyes. El rechazo de las demandas formales del positivismo legal era más abiertamente manifiesto cuando la voluntad del Führer se declaraba legalmente obligatoria, independiente de la forma en que esta se expresara. En la mayoría de los casos, los decretos nacional-socialistas se basaron en el uso de conceptos ambiguos, dejando espacio a las interpretaciones

¹⁰¹ Fernández, Gonzalo, ob. cit., página 103.

*particulares dependientes de las circunstancias. Estos conceptos debían interpretarse en consonancia con los principios del nacional-socialismo.”*¹⁰².

Se desarrolla dentro de esta nueva tendencia un concepto valorativo de bien jurídico propuesto por la escuela neokantiana. La noción se espiritualiza como un rechazo a la metodología del positivismo transformando al bien jurídico en un “valor”.

Como reacción frente tanto a la filosofía como a la metodología impuesta por el positivismo, surge el neokantismo de la escuela sud-occidental alemana que inicia su apareamiento desde principios del siglo XX. El aporte principal de esta escuela consiste en la necesidad de poner el acento en el significado social y valorativo de los conceptos jurídico-penales. Sin embargo extreman el recurso a la metodología de las ciencias sociales olvidando los aspectos político-criminales en la construcción del delito.

Con los neokantianos se abandona la función garantista liberal del bien jurídico centrando su atención en el carácter teleológico-valorativo del concepto. Para Honig el bien jurídico consiste *“...en una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las normas penales. La teoría de Honig significa, por consiguiente, una desmaterialización del concepto de bien jurídico, que queda subrogado por una acepción teleológico-finalista, asimilándolo a una abreviatura del fin de la norma.”*¹⁰³.

Claramente influenciado por la escuela neokantiana, y como uno de los exponentes principales del causalismo valorativo, Mezger funda su concepto de bien jurídico en la idea de valor. Desde una perspectiva semejante a la de Honig, pues también

¹⁰² Tuori, Kaarlo, ob. cit., página 146 y 147.

¹⁰³ Fernández, Gonzalo, ob. cit., página 27.

para Mezger el bien jurídico implica un criterio determinante al momento de interpretar la ley.

En cuanto a su contenido este es un valor objetivo al que el derecho penal concede su protección. No constituye un objeto del mundo exterior sino que es “...una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido.....no hay que quedar atados a ideas materialista o negar una espiritualización de este concepto de bien jurídico.”¹⁰⁴.

De esta desmaterialización del bien jurídico se aprovecharán las posteriores corrientes nacional-socialistas de la escuela de Kiel, para quienes en el bien jurídico se resume “...la idea autoritaria de comunidad de pueblo y de raza, tanto como la nefasta fórmula del sano sentimiento del pueblo.”¹⁰⁵. Puede afirmarse que fue la merma de la consideración formalista del estado y de la ley forjada por el constitucionalismo alemán, lo que permitió a la larga que las corrientes nacional-socialistas impusieran sus criterios al momento de interpretar la ley.

Después de la segunda guerra mundial “...la interpretación sustantiva del *Rechtstaat* desplazó a la interpretación formal, tanto en la doctrina como en la práctica de la Corte Constitucional en la Alemania de la posguerra. La corte Constitucional ha destacado en sus decisiones que ni el derecho ni la constitución se agotan en su modalidad escrita.....no ha basado su concepción de *Rechtsstaat* sobre ninguna provisión explícita de ley fundamental, sino sobre principios elementales y lineamientos que están encima de la ley fundamental.”¹⁰⁶.

Si bien puede verse al estado nacional-socialista como un resultado del tránsito desde una concepción formal a una sustancial, las tendencias de la pos-guerra no pueden verse como una manifestación del carácter pretendidamente circular que

¹⁰⁴ Mezger, Edmund, citado por Fernández, Gonzalo, ob. cit., página 29.

¹⁰⁵ Fernández, Gonzalo, ob. cit. Página 107.

¹⁰⁶ Tuori, Kaarlo, ob. cit., página 147.

algunos que han querido ver en la historia. Lo anterior quizás es verdad desde un punto de vista formal, pues a nivel material las cosas son tremendamente diferentes.

Es tomando en consideración esta diferencia que se procede a la reconstrucción teórica por parte de la doctrina, que toma dos vertientes “*Radbruch reemprende el camino del relativismo valorativo...; Welzel se apoya en la fenomenología y en la ontología, procurando atar el derecho a una realidad meta jurídica, intransigible para el legislador.*”¹⁰⁷.

Para Radbruch es la idea de justicia la que debe servir de fundamento a toda teoría del derecho, sin embargo “...el valor de la justicia, tal y como lo presenta Radbruch, determina tan solo la forma de lo jurídico, sin que de ella podamos derivar un criterio material que nos permita determinar que es lo justo.....Conciente de este problema, indica que el valor de la justicia no puede agotar toda la idea de derecho, por lo que habrá que recurrir a un segundo elemento constitutivo del derecho. Este elemento es el fin o la finalidad.”¹⁰⁸, pero no es una finalidad cualquiera, esta dotada de un carácter axiológico. La finalidad es el valor último al cual el derecho debe adecuar su contenido.

Los valores últimos para el autor alemán son los siguientes: “...los valores personales o de la personalidad humana, los colectivos o comunitarios y los valores de las obras o del trabajo humano...”¹⁰⁹. Estos son los únicos susceptibles de ser considerados como finalidad del derecho. Sin embargo estos valores no pueden elegirse en conjunto, la elección de uno supone la exclusión del otro, y no sólo esto, sino que la elección es una cuestión personal.

¹⁰⁷ Fernández, Gonzalo, ob. cit. Página 109.

¹⁰⁸ Torres, Martínez, Carlos De La, en “La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho”

¹⁰⁹ Torres, Martínez, Carlos De La, ob. cit.

Considera así mismo, que la base de una concepción del bien jurídico debe estar cimentada en el esclarecimiento por parte de la teoría del derecho del significado de este valor último, de acuerdo a la visión de mundo en que se sostiene.

Aquí reside la esencia de su relativismo valorativo “...es imposible poder demostrar la existencia y validez de una verdad moral absoluta, de lo que se deriva que todas las convicciones morales tienen el mismo valor, sin que ninguna de ellas pueda erigirse en verdadera excluyendo las pretensiones de los demás. Este principio lo traslada al derecho, por lo que todo contenido de derecho justo se establece como tal con relación a un determinado sistema de valores, que sólo puede tener validez en una determinada situación social, pero nunca puede tener validez absoluta e inmutable, pues es imposible demostrar científicamente la idoneidad de un sistema de valores sobre otro.”¹¹⁰.

Welzel por su lado le asigna al derecho y específicamente al derecho penal una función ético social. No se protegen derechos o bienes, sino los valores esenciales de la comunidad, luego “La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares.....Al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto.”¹¹¹.

No obstante las categorías del autor alemán son vagas e imprecisas, y que el centro de su sistema, esto es la noción de acción final, haya sido criticada

acertadamente por la doctrina, es necesario rescatar los aportes que realizó respecto del principio de ofensividad (dejando de lado también las duras críticas que recibió por parte de la doctrina, relativa a que su sistema no ofrecía ningún

¹¹⁰ Torres, Martínez, Carlos De La, ob. cit.

¹¹¹ Welzel, Hans, citado por Bustos Ramírez, en “Obras completas”, página 130.

límite, sino que más bien se adaptaba con gran facilidad a las arbitrarias interpretaciones nacional-socialistas sobre el ordenamiento jurídico Alemán).

El aporte de Welzel consiste en que traslada la búsqueda del sustrato del bien jurídico más allá del derecho. Consecuentemente con ello lo define como “*Todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones.*”¹¹².

Estos modelos, tanto el de Radbruch como el de Welzel, no perdurarán. A partir de la década de los setenta en adelante se producirá un proceso constante y creciente de relación entre derecho penal y sociología por un lado, y derecho penal y la constitución, proceso que hasta nuestros días persiste.

b) Concepciones del bien jurídico en la doctrina actual

Entrando ahora a las concepciones actuales que relacionan el concepto de bien jurídico con la constitución coincido con Tiedemann para quien “*La relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración. «La ley no debe*

¹¹² Welzel, Hans, citado por Bustos Ramírez, ob. cit., página 131.

establecer más penas que las estrictas y manifiestamente necesarias». Este precepto de la Declaración francesa de Derechos Humanos de 26 de agosto de 1789 (art. 8) recoge una de las reivindicaciones fundamentales de Beccaria y va dirigida de modo directo al legislador. La frase encarna, en terminología de la actual política criminal alemana acuñada por el Tribunal Constitucional Federal, los postulados de proporcionalidad y subsidiariedad del Derecho penal.”¹¹³.

Dejando de lado las problemáticas relaciones entre el derecho penal y la constitución¹¹⁴, pasamos a revisar la doctrina alemana.

Roxin afirma que el concepto de bien jurídico desde un punto de vista político criminal se debe determinar a partir de los contenidos de la carta fundamental, aunque no se reducen únicamente a ellos. Consecuentemente con ello los define como las “...*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*”¹¹⁵.

Para el profesor alemán esta vinculación debe servir de soporte para tal noción tanto desde un punto de vista garantístico, esto es de límite a la función punitiva del estado, como desde el punto de vista material.

Mediante esta conexión el carácter abstracto del bien jurídico se llena de contenido concreto a través del reconocimiento por las constituciones de los derechos

¹¹³ Tiedemann, Klaus, en “Constitución y derecho penal”.

¹¹⁴ Para Tiedemann existió un cierto retraimiento de la doctrina alemana el relacionar ambas órbitas en comparación a lo que sucedió en Italia o en España. Sin embargo justifica en cierta medida ese retraimiento considerando que “*Naturalmente que se puede encontrar algo positivo en ese mencionado retraimiento de la doctrina alemana, en lo que supone de expresión de la extendida y correcta opinión de que el orden de valores jurídico-constitucional y el orden legal jurídico-penal son espacios relativamente autónomos, que tienen sus presupuestos respectivos en diferentes objetivos y finalidades del actuar humano, que muestran regulaciones diferenciadas y, en todo caso, que la Constitución concede al legislador ordinario un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal, todo ello sin perjuicio de la validez teórica de postulados teóricos vinculantes como el de la «unidad del ordenamiento jurídico» o de expresiones como la de que el Derecho penal es la ley a través de la cual se realiza la Constitución.*”, Tiedemann, Klaus, ob. cit.

¹¹⁵ Roxin, Klaus, en “Derecho Penal, Parte General”, página 56.

fundamentales de las personas. La constitución actúa como límite y al mismo tiempo provee de un sustrato material, permitiendo asimismo que vaya evolucionando con el tiempo.

Roxin considera en efecto que esta noción así concebida “...no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.”¹¹⁶.

De otro lado, Hassemer plantea un modelo de “...orientación hacia las consecuencias...”¹¹⁷ en que se vinculan los principios normativos y los conocimientos empíricos alcanzados. Este modelo “hacia afuera” encuentra la legitimidad de sus sanciones penales en la vinculación de las finalidades propuestas con los resultados alcanzados. En la medida que dicha relación es más estrecha, más expuestas están las razones que fundamentan la criminalización de una conducta¹¹⁸.

Para el autor alemán “La orientación de las decisiones jurídicas en base a sus consecuencias es una característica de los modernos sistemas jurídicos y caracteriza también al derecho penal. Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesados en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquello que rechazan.”¹¹⁹.

Esta orientación hacia las consecuencias es producto de que en determinadas épocas el derecho penal se ve sometido a una elevada exigencia de legitimación, legitimación que en la actualidad se logra “...mediante la demostración de que produce satisfactorios efectos sobre el delincuente y sobre la sociedad. Orientación

¹¹⁶ Roxin, Klaus, ob. cit., página 57.

¹¹⁷ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 34.

¹¹⁸ Hassemer, Winfried, ob. cit.

¹¹⁹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 34.

*hacia las consecuencias sería, visto de esta manera, más un signo de la época que de la concreta organización de una rama del derecho.”*¹²⁰.

El autor analiza la problemática del bien jurídico en el marco del estado moderno, observando que *“...en los últimos años la posición de la protección de los bienes jurídicos en el derecho penal se ha ido desplazando de forma imperceptible. Se ha ido pasando de una tendencia crítica frente al derecho penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante y en el cual se justifica el derecho penal.”*¹²¹.

La noción primigenia constituía un elemento limitativo al ius puniendo estatal *“Dentro de este contexto, la misión del principio del bien jurídico consistía en la exigencia al legislador de explicitar un sustrato empírico (justamente, bienes jurídicos), como fundamento para establecer, o bien para suprimir, amenazas penales”*¹²². Este enfoque hoy por hoy estaría en decadencia, ya que estaría operando como forma de justificar nuevas criminalizaciones.

Es en este nuevo marco social, donde la función limitativa del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es puesta en duda, cuando una teoría del derecho penal fundada en elementos personales adquiere su verdadero sentido, pues respecto del derecho penal *“...su función no es la seguridad general o la disminución social del daño, sino la imputación de un hecho punible a una persona, y con ello, la individualización de un problema, el cual, por cierto, siempre es social. Los tiempos de la alta complejización social, en el derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal.”*¹²³.

¹²⁰ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 35.

¹²¹ Hassemer, Winfried, en “Lineamientos de una teoría personal del Bien jurídico”, página 277.

¹²² Hassemer, Winfried, ob. cit., página 277.

¹²³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 281.

Hassemer afirma que el bien jurídico no es un concepto puramente normativo, sino que debe ser comprendido también con criterios extraídos de las ciencias sociales. Es necesaria una complementación entre derecho penal y ciencias sociales¹²⁴.

Así las cosas propone una concepción que llama personalista *“...la concepción personal insiste en un concepto de bien jurídico que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre el individuo, sociedad y estado; los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona.”*¹²⁵.

Hassemer si bien no acepta la delimitación tradicional entre bienes jurídicos individuales y colectivos tampoco la rechaza *“...un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de evitar a los intereses del hombre. Esto significa por ejemplo.....que el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por si mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre.”*¹²⁶.

La funcionalización de estos bienes jurídicos universales desde el punto de vista del individuo, significa que estos sólo se protegen en la medida en que los intereses de una persona en concreto se vean afectados. Esta es la única manera coherente en que un estado liberal de derecho podría proceder.

En un estado liberal la intervención, y por ende la restricción de las libertades a través del ejercicio del ius puniendi, es legítima sólo en la medida que protege a la

¹²⁴ Hassemer, Winfried, en “Fundamentos del derecho penal”.

¹²⁵ Hassemer, Winfried, en “Lineamientos de una teoría personal del Bien jurídico”, página 282.

¹²⁶ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 282.

persona ¹²⁷. No obsta a lo anterior la imprecisión del concepto de bien jurídico personalista, ya que este carácter precisa su objeto desde el punto de vista político y social, otorgándole la dinamicidad necesaria que le permite adaptarse a las nuevas necesidades sociales.

Albin Eser ha enfocado la cuestión desde el punto de vista de la relación entre autor y víctima, ya que es un *“...un tema que domina como prácticamente como ningún otro la política criminal de la actualidad: la solución de conflictos entre los afectados por medio de una composición entre autor y víctima.”* ¹²⁸.

A su juicio el bien jurídico como punto de referencia político criminal y como objeto material del delito ha conducido *“...tanto a una marginación de la víctima individual como a una concepción unilateral de la pena orientada hacia el estado...”* ¹²⁹.

Quizás sea debido a las bases contractualistas, iluministas o iusnaturalistas, que subyacen originalmente a esta noción¹³⁰, y que son tomadas por las nuevas tendencias doctrinarias (que asumen respecto del bien jurídico una posición espiritualizada, como las versiones de Jakobs, Amelung, Schimdhäuser entre otros), que se haya producido en definitiva tal marginación.

Al poner el acento en el carácter social del delito se deja de lado la lesión del interés individual, de esta manera *“...la víctima es desplazada aún en mayor medida fuera del campo de atención.”* ¹³¹.

En cuanto a los límites, a juicio de Eser los anclajes constitucionales como referencia del bien jurídico, que retoman de alguna manera el ideal ilustrado de que sirva de límite al ius puniendo estatal, no están en condiciones de ofrecer dicha limitación *“Pues mientras la lesividad social se equipare a la lesión del bien jurídico,*

¹²⁷ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, en “Introducción a la criminología y al derecho penal”.

¹²⁸ Eser, Albin, en “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”.

¹³⁰ Eser, Albin, ob. cit.

¹³¹ Eser, Albin, ob. cit.

*o bien la lesividad social depende de lo que en primera instancia se haya definido como bien jurídico, o bien, a la inversa, resultará necesario -para siquiera poder alcanzar un efecto de descriminalización- partir de una definición pre-jurídica de la lesividad social, respecto de la cual, a su vez, habrían de determinarse los criterios materiales decisivos.”*¹³².

Dentro de las perspectivas funcionalistas la más radical, y en eso están contestes los autores, es la teoría de Jakobs. Si bien el autor expone que “...un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello no tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales.”¹³³, es cierto también que reconoce vínculos con la teoría del sociólogo alemán Niklas Luhmann.

Otro punto distinto es hasta que punto el penalista alemán adopta de manera consecuente dicho modelo y propone por ello un teorema coherente para aprehender la teoría del delito¹³⁴.

No es posible (entiéndase dentro del contexto de esta memoria) hacer una exposición acabada de la teoría de Jakobs, por lo que se intentará en lo posible realizar un resumen coherente de las ideas básicas referentes a su sistema y respecto del bien jurídico.

¹³² Eser, Albin, ob. cit., en este mismo sentido expone que “*En este contexto tampoco cabe esperar que el derecho constitucional ofrezca unas limitaciones de especial relevancia. Pues aún limitando la criminalización a conductas que deben considerarse socialmente lesivas, por menoscabar intereses individuales o generales socialmente reconocidos, y que deben valorarse como lesivas de bienes jurídicos, por afectar el ámbito de protección jurídico constitucional, el ámbito susceptible de ser abarcado por el derecho penal sigue siendo muy amplio.*”

¹³³ Jakobs, Gunther, en “Sociedad, Norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”, página 16.

¹³⁴ Así para Peñaranda “*No es posible sostener esa mecánica correlación que se tiende a establecer entre la concepción de Jakobs y la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, pues la sociología del derecho de Luhmann es solo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada, aunque sí matizada por Jakobs. Pero junto a esa influencia se manifiesta, abierta y crecientemente en la concepción de la prevención general positiva de Jakobs el influjo, en modo alguno menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta Hegel y el de una corriente de pensamiento más específicamente jurídico-penal que recorre casi todo el siglo XIX y llega hasta nuestros días.*”, Peñaranda Ramos, Enrique, en “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito” (DOXA publicaciones).

Jakobs parte de un concepto funcional del derecho penal que está “...orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción.....se concibe la sociedad.....como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar.”¹³⁵.

Este sistema social esta compuesto por diversos subsistemas que realizan determinadas prestaciones que contribuyen a su existencia y estabilidad. El derecho penal como subsistema social esta llamado a realizar determinadas “...prestaciones...”¹³⁶ para contribuir a dicha finalidad, y esto lo realiza fundamentalmente a través de la pena.

El delito en este sistema es entendido como “...afirmación que contradice la norma...”¹³⁷ y la pena como “...respuesta que confirma la norma...”¹³⁸. Para Jakobs la sociedad “...es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto. Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medios de las reglas de la configuración, es decir por normas...”¹³⁹.

En un orden normativo real, y que es real por que dirige la comunicación¹⁴⁰, el delito niega las reglas existentes de la configuración, es decir niega las normas en tanto normas. Es por ello que a través de la aplicación de la pena no se persigue la prevención de los comportamientos, sino confirmar la identidad de la sociedad expresada en las normas¹⁴¹ que es susceptible de erosionarse por el

¹³⁵ Jakobs, ob. cit., página 15.

¹³⁶ Jakobs, ob. cit., página 17.

¹³⁷ Jakobs, ob. cit., página 18.

¹³⁸ Jakobs, ob. cit., página 18.

¹³⁹ Jakobs, ob. cit., página 26.

¹⁴⁰ Comunicación para Jakobs en términos generales es sinónimo “...del entendimiento general sobre el sistema de reglas aplicado.”, Jakobs, Gunther en “Sobre la génesis de la obligación jurídica”

¹⁴¹ Con respecto al por que las normas requieren ser estabilizadas Jakobs expone que ““La validez de las normas que determina la identidad de la sociedad debe ser garantizada. La razón es que

hay otras alternativas a una sociedad dada. La garantía es lograda cuando siendo válido que cada persona tiene el deber de cumplir con las normas (la ley), la sanción se produce en caso de que no se cumplan. La sanción por lo tanto significa la confirmación de la identidad de la sociedad. La confirmación es totalmente lograda con la aplicación de la sanción.” (“The validity of the norms that determine society’s identity needs to be guaranteed. The reason is that there are other alternatives to this society. The guarantee is accomplished when it is valid that each person has the duty to comply with the norms (law) and that sanctioning occurs in case of not complying. Sanctioning therefore means confirming the identity of society. The confirmation is totally accomplished with the sanction.”, Jakobs, Gunther, en “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”). Las reglas de la naturaleza según Jakobs se auto-estabilizan

“...la sociedad puede confiar en lo siguiente: en la naturaleza ya hay suficiente disposición para la aplicación de sus reglas, y la sociedad puede ser construida sobre la circunstancia comparable de que hay suficiente comida y reproducción. Estas reglas no necesitan un soporte normativo. Una protesta activa contra ellas transfiere al que la hace -a un individuo- a un mundo imposible y trae consigo tarde o temprano una poena naturalis. Esto significa que la protesta implica para el individuo una desventaja (reluctancia en vez de satisfacción) y usualmente la irrelevancia de su comportamiento. En otras palabras: el individuo no puede escapar de las reglas relativas a su entorno, y por ello, no hay necesidad de imponer deber alguno a la persona.” (“...society can rely on the following: in nature there is already enough disposition for the application of rules, and society can be built upon the comparable circumstance that there is enough food and reproduction. These rules need no normative support. An active protest against them transfers the one who makes the protest—an individual— into an impossible world and brings with it sooner or later a poena naturalis. This means that the protest brings the individual a disadvantage (reluctance instead of satisfaction) and usually the irrelevance of his behavior. In other words: the individual cannot escape from the rules that relate to the environment, and because of this, there’s no need for imposing a duty on a person.” Jakobs, Gunther, en “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”), pero a diferencia de éstas, las normas presentan una característica especial “Comparado a las reglas relativas al entorno de la sociedad, las normas de la sociedad sufren de una debilidad: su preferencia no esta fijada ex-ante. Para compensar este déficit, las normas de la sociedad necesitan una garantía societal no-natural en orden a que la ley se constituya en lege perfectae. Por lo tanto, hay un deber impuesto a todas las personas: ellas deben desarrollar una voluntad para cumplir con la norma. Además, debido a la forma de contorsión —que constituye, una protesta contra la validez de la norma- la contorsión no puede ser arreglada mediante un significado natural. Esto sólo puede ser realizado en un sentido comunicativo: la protesta contra las normas de la sociedad es contradicha a través de la sanción. Esto significa que es confirmado que estas normas pertenecen a una adecuada configuración de la sociedad y que la propuesta contraria propaga una inadecuada (pero fácticamente posible) configuración. Por el contrario, una protesta contra las reglas relativas al entorno no es comprendida como un ataque a la configuración de la sociedad porque la protesta propone un mundo fáctico imposible. Esto significa que desde la percepción del ofensor, que contradice la visión de mundo de las ciencias naturales, no puede representar una comunicación relevante en la sociedad y no puede ser interpretada como la contribución de una persona.” (“Compared to the rules relating society’s environment, the norms of society suffer from a weakness: their preference is not fixed ex ante. To compensate for this deficit, the norms of society need a nonnatural, societal warranty in order to become leges perfectae. Therefore, there is a task imposed on every person: they have to develop a will to comply with the norm. Moreover, due to the type of contortion—that is, a protest against the validity of the norm—the contortion cannot be straightened out through “natural means.” This can only be done in a communicative sense: the protest against society’s norms is contradicted through the sanction. It means it’s confirmed that these norms belong to an adequate configuration of society and that the contrary proposal propagates a non-adequate (but factually possible) configuration. On the contrary, a protest against the rules relating to the environment is not understood as an attack against the societal configuration because the protest proposes a factually impossible world. This means that the perceptions of the offender, which contradict natural science’s worldview, cannot represent a relevant communication in society and cannot be

comportamiento típico de una persona. Las normas, esto es las expectativas juridificadas, se dirigen a las personas. En este punto Jakobs afirma que sigue a Luhmann para quien es necesario “...distinguir claramente entre sistemas psíquicos y personas...”¹⁴². Para el penalista alemán quien delinque es la persona, la realización del hecho típico no se le atribuye a un sistema psicofísico, sino a quien era competente para negar la vigencia de la norma. El sistema psicofísico es así una especie de “médium” que hace posible que la persona, esto es aquel cuyo rol general consiste en no negar la vigencia de la norma, participe en la comunicación (este fenómeno en palabras de Luhmann se llama acoplamiento estructural).

Para Jakobs el sistema penal “...no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”¹⁴³. En este sentido sería más propio decir que lo que persigue el derecho penal no son bienes, sino la expectativa de que no se produzcan ataques a los bienes¹⁴⁴.

En suma el derecho penal “...garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.”¹⁴⁵. Jakobs no considera fútil la noción de bienes jurídicos, sino que a su juicio la auto-comprensión de una sociedad es incompleta a partir de la posesión de bienes. Junto a ellos existen unas instituciones positivas¹⁴⁶. Por esa

interpreted as a contribution of a person.”, Jakobs, Gunther, en “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”), traducciones hechas por José Manuel Fernández Ruiz.

¹⁴² Luhmann, Niklas, “Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia”, página 232.

¹⁴³ Jakobs, Gunther, en “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, página 15.

¹⁴⁴ Jakobs, Gunther, ob. cit.

¹⁴⁵ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 19.

¹⁴⁶ “Junto con el ordenamiento en función de posesión de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionar tales bienes, existe aquel de las instituciones positivas, es decir: que los padres han de ocuparse de sus hijos; que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas; que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes...”, Jakobs, Gunther, ob. cit., página 22.

razón es más adecuado hablar antes que de la lesión de un bien de la “...*infracción de un rol...*”¹⁴⁷.

El contenido de dicho rol es definido de acuerdo a las parámetros de la imputación objetiva, luego “...*quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol.....por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquel al que ello le incumbe, y en esa medida solo el cuidado suficiente por aquello que le compete.*”

¹⁴⁸.

En este sentido a juicio de Jakobs “...*el reconocimiento de la atribución de responsabilidades en función de la teoría de la imputación objetiva es, se quiera o no, el reconocimiento de un orden establecido en función de roles, esto es en función de las relaciones entre personas, y esto significa a su vez, en función de determinadas expectativas normativas, es decir, en función de normas que no son a su vez bienes de personas determinadas.*”¹⁴⁹.

Entrando en conexión con las teorías del garantismo penal, Ferrajoli sostiene que la idea de bien jurídico “...*como condición necesaria de la justificación de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal.*”¹⁵⁰.

El principio de ofensividad constituye el límite máximo para el legislador, más allá del cual sería ilegítimo la utilización del instrumento penal. En este punto puede verse con claridad la vinculación entre el garantismo del profesor italiano y la escuela liberal del derecho penal y de la criminología.

¹⁴⁷ Jakobs, Gunther, ob. cit., pagina 26.

¹⁴⁸ Jakobs, Gunther, ob. cit., pagina 28 y 29.

¹⁴⁹ Jakobs, Gunther, ob. cit., pagina 31.

¹⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, en “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”.

Considera eso si que la orientación política criminal de hoy tiende a un camino totalmente contrario, pues la ley penal se ha convertido en la principal arma de control y regulación estatal ¹⁵¹.

Existe una brecha cada vez mayor entre las exigencias garantistas y la realidad del derecho, y para disminuir esa distancia propone que el problema del bien jurídico *“...que es el problema de los fines del Derecho Penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico) de la reflexión penal.”* ¹⁵², ya que *“...muchas de las incomprensiones, equívocos y dificultades que se presentan en las discusiones sobre el bien jurídico en Derecho Penal se originan en el hecho de que estas cuestiones, las cuales admiten diversidad de respuestas sobre la base de indagaciones y o de argumentos diversos, son frecuentemente tratados confusamente.”* ¹⁵³.

De estos cuatro niveles el primero (axiológico) y el cuarto (sociológico) constituyen un punto de vista externo. El primero responde a la pregunta de que bienes se deben proteger un ordenamiento, el cuarto responde a la pregunta de cual de aquellos bienes seleccionados para ser protegidos son efectivamente tutelados por el sistema legal. El segundo nivel (positivo) y el tercero (jurídico) constituyen un punto de vista interno. El segundo conecta al derecho penal a la constitución y el tercero conecta al derecho penal a la ley. El primer nivel es axiológico, los restantes son descriptivos.

Una vez delimitados los diferentes niveles de discusión Ferrajoli procede al análisis. El primer nivel corresponde a la justificación externa o ético-política de las

¹⁵¹ *“...cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.”*, Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁵² Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁵³ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

prohibiciones *“El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual, como se sabe formuló por primera vez el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria.”* ¹⁵⁴.

Este principio de utilidad en cuanto implica un balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, sirve para limitar la esfera del Derecho Penal, estableciendo que sólo puede operar como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios.

Para evitar una espiritualización de este “bien”, como sucedió durante el período nazi y durante el cual prácticamente cualquier conducta por insignificante que fuera, era penada por encontrarse en una relación de oposición al sano sentimiento del pueblo alemán *“...el primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda post-guerra fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de “bien” a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las (o preexistentes a las) normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales.”* ¹⁵⁵.

Este giro implicó que sólo los daños o peligros a los derechos fundamentales de las personas garantizados por la constitución, podían ser objetos de control penal. Por derechos fundamentales se entiende *“...no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y/o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas.”* ¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

El segundo corresponde a la legitimación interna de las prohibiciones. En el nivel constitucional es una cuestión fáctica como sea que los ordenamientos establezcan el principio de ofensividad, si es que lo garantizan en este nivel.

Según Ferrajoli y teniendo presente el principio de utilidad (base del principio de ofensividad como se vio anteriormente), podría sostenerse que en virtud del principio de proporcionalidad *"...sería ilógico pensar que la constitución pueda admitir privaciones de aquel bien constitucionalmente relevante que es la libertad personal, salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional."*¹⁵⁷.

El tercer nivel al igual que el anterior corresponde a la legitimación interna de las prohibiciones, pero ahora el baremo ya no es la constitución, sino la ley. Se refiere a la determinación de la medida en que un sistema legal, tutela los bienes que se supone constituyen las condiciones de legitimidad para prevención de los delitos a través de las penas.

Para Ferrajoli la inflación penal es la manifestación más clara de la violación del principio de ofensividad en este nivel *"El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en los años pasados, es puramente la vanificación del concepto de "bien penal" como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad, del todo casual y contingente, de bienes equivale en efecto a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal. Y señala la sobrecarga de*

¹⁵⁷ *"Se trata, como lo he dicho de una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre: no con referencia al Derecho en general, sino al Derecho Penal positivo de cada ordenamiento singular, una investigación semejante es muy problemática. Para verificar si existen y cuáles son, los bienes jurídicos efectivamente protegidos en un ordenamiento penal tendríamos que ser capaces de comprobar, ya no cuáles son las violaciones de las leyes penales descubiertas y penalmente sancionadas, sino por el contrario cuáles y cuántas son (admitido que las leyes penales de que se trata prohíban comportamientos que lesionan cierto objeto que merece ser calificado como bien jurídico; lo que constituye la segunda de nuestras cuatro cuestiones) las observaciones de tales leyes inducidas por las mismas y por amenaza de las penas previstas en ellas. En efecto, las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas. Esta claro que esta investigación es imposible."*, Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.”

158

Finalmente en el cuarto nivel, se determina si efectivamente el sistema protege los bienes jurídicos que supone debe legítimamente proteger. Afirma al respecto que esta es una tarea imposible ¹⁵⁹. Sin embargo teniendo presente la certeza de “...*que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos.*” ¹⁶⁰, lo que sumado a la cifra negra de los delitos y a la selectividad del sistema penal, le permite suponer racionalmente que el sistema penal es ilegítimo. Funciona ilegítimamente en lo que se refiere a la protección de los bienes jurídicos, tanto de acuerdo a sus fundamentos normativos y a su área legítima de intervención.

A pesar de lo anterior no postula una renuncia al derecho penal, sino una aplicación garantista y mínima a través de la teoría del bien jurídico. Este principio “...*puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo: por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela.*” ¹⁶¹.

Desde este punto de vista un programa de Derecho Penal mínimo debe apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley. Sólo mediante una drástica reducción de las prohibiciones legales se puede lograr

¹⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶⁰ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶¹ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

una legitimidad política y jurídica. Esta reducción en primer lugar debe llevar a una minimización cuantitativa, a la despenalización de los delitos de bagatela, relegándose su control al derecho administrativo o al derecho civil.

En segundo lugar debe llevar a una minimización cualitativa, “...*nuestro principio de ofensividad personal permite considerar "bien jurídico" solo aquellos cuya lesión se concreta en un daño para las personas de carne y hueso.*”¹⁶². Luego muchos de los delitos “de opinión”¹⁶³, y muchos de los llamados delitos contra bienes jurídicos universales, no tienen razón de ser.

Por último existiría una minimización estructural. Debido al hecho del (supuesto) cambio de estructura de los delitos, para configurarlos como atentados a personas de carne y hueso¹⁶⁴, los delitos de peligro deberían ser reconducidos a delitos de daño, sobre todos los delitos de asociación y conspiración ya que en “...*tales casos el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, y su comprobación tiende inevitablemente a recalcar el modelo penal del "tipo de autor", basado en la valoración inevitablemente arbitraria de la personalidad del imputado.*”

¹⁶⁵.

En conclusión para Ferrajoli el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, entendido así “...*tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones. Y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada.....Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se lo puede precisar afirmando que ningún bien justifica una*

¹⁶² Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶³ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶⁴ “*Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.*”, Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. ”¹⁶⁶.

En el territorio español José Luís Díez Ripollez ha señalado ideas semejantes a las que Ferrajoli apuntó en el territorio italiano. Para el autor español lo primero que debe quedar claro es que la noción de bien jurídico viene enmarcada dentro de las normas de la constitución *“En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha atado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos.”*¹⁶⁷.

La constitución plasma ciertos fines que deben ser concretados y respetados no sólo en la actividad judicial, sino también en la administrativa y legislativa. Se introduce así *“...dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que les convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.”*¹⁶⁸.

El derecho penal es un subsistema social que dentro de los objetivos delimitados por la constitución, debe realizar la función que le es propia. Estas funciones pueden ser caracterizadas dentro de los diferentes modelos de los que se parte. En el origen de sus planteamientos Ripollez adopta el modelo garantista, que a su juicio ha tenido un deseado auge explicable *“...no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos eclécticos sobre la legitimación del Derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen*

¹⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.

¹⁶⁷ Ripollez Díez, José Luís, en “Contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”.

¹⁶⁸ Ripollez Díez, José Luís, ob. cit.

suscitar, cuanto porque se muestra escéptico respecto a las posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social.” ¹⁶⁹.

Creemos sin embargo que el auge a que se refiere Ripollez se reduce a la órbita de la doctrina. Pues hoy se observa sin necesidad de tener un conocimiento específico del derecho penal, que las reformas penales en el mundo occidental consisten más en una restricción de las garantías constitucionales que en una extensión de las mismas.

Ripollez considera que este modelo viene autolimitado en tres sentidos ¹⁷⁰, y que se estructura a partir de ciertos principios fundamentales: el de protección, el de responsabilidad y el de sanción *“El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el Derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.”* ¹⁷¹.

Según Ripollez ha sido este principio, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el que ha marcado el tránsito de una antijuridicidad meramente formal a una material, permitiendo la concreción de la idea fundamental de dañosidad social y que plantea dos exigencias para la incriminación de la conductas *“Debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la*

¹⁶⁹ Ripollez Díez, José Luís, ob. cit

¹⁷⁰ Por *“...su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un Derecho penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.”*, Ripollez Díez, José Luís, ob. cit.

¹⁷¹ Ripollez Díez, José Luís, ob. cit.

accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho penal y moral, y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.” ¹⁷².

Un sistema basado en este principio debería contribuir a limitar la política criminal del estado, careciendo de legitimación “...para ir más allá del control de la desviación. Resultan preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos socialmente integrados, pero sentidos en cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados. La utilización del Derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias.” ¹⁷³.

Este principio de lesividad es clave es el establecimiento de los presupuestos esenciales de la convivencia social. Desde el punto de vista del derecho penal no solo se trata de determinar los puntos ilegítimos, sino también de dotar de un contenido positivo, de un catálogo de bienes con arreglo a los cuales debe acomodarse la intervención penal.

Pero no sólo en la esfera penal este principio cumple funciones, también toma parte dentro de la actividad legislativa “Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del Derecho, donde desempeña una trascendente función en la interpretación teleológica, por más que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil concordar en que es la fase de creación del Derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades.” ¹⁷⁴, en la medida que vincula al poder político criminal con situaciones socialmente dañosas, el legislador desarrollará una actividad de protección legítima sólo en referencia a estas.

¹⁷² Ripollez Diéz, José Luís, ob. cit.

¹⁷³ Ripollez Diéz, José Luís, ob. cit.

¹⁷⁴ Ripollez Diéz, José Luís, ob. cit.

Si bien puede pensarse que el principio de ofensividad caracterizado de la manera precedente, es en exceso abstracto y por ende inútil para establecer tal vínculo, de acuerdo a Ripollez esto sería errado ¹⁷⁵. El bien jurídico tiene un substrato material, y este substrato material está referido a situaciones o relaciones sociales que pueden ser dañadas de un modo empíricamente constatable *“...siempre que se entienda la dañosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.”* ¹⁷⁶.

Santiago Mir Puig ha expuesto que *“El concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en la realidad naturalística ni en la valoración subjetivo-moral (no realizable mediante coacción externa) sino en el terreno de lo social.”* ¹⁷⁷. Toma partido respecto del bien jurídico, del sentido del ideal ilustrado relativo a que la función primaria que debe cumplir es la de limitar el ius puniendi estatal.

Frente a las posiciones naturalísticas de Welzel y subjetivo-valóricas de Mayer propone que el substrato sea tomado directamente desde el sistema social. Bienes jurídicos son *“...las condiciones necesarias, según observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.”* ¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *“...una adecuada noción de bien jurídico.....no ha de perder en ningún momento su materialidad: Sin duda todo bien jurídico, en cuanto juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación balotaría de las realidades sociales. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el substrato del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo.”*, Ripollez Díez, José Luís, ob. cit.

¹⁷⁶ Ripollez Díez, José Luís, ob. cit.

¹⁷⁷ Mir Puig, Santiago, en “Introducción a las bases del derecho penal”, página 123.

¹⁷⁸ Mir Puig, Santiago, ob. cit., página 123.

De esta manera el profesor español si bien acepta en parte las premisas metodológicas del funcionalismo penal estableciendo recortes a libertad de acuerdo a criterios de utilidad social, limita también la funcionalidad del objeto de protección complementándola con el recurso de las “posibilidades de participación” del individuo.

Esta posibilidad de participación a su juicio “...no se entiende aquí solo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la libertad de los particulares por parte de los demás.”¹⁷⁹.

Dejando de lado a la doctrina europea entramos ahora al terreno Latinoamericano. El profesor argentino Edgardo Donna ha incorporado dentro de su noción la paradigmática figura de la sociedad de riesgo.

En esta nueva sociedad donde los individuos están sometidos a una inmensidad de nuevos riesgos producto del inevitable progreso del mundo posmoderno, la herramienta penal debe adaptarse “*En consecuencia y debido a la existencia de grandes riesgos el derecho penal debería renunciar a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tienen relación con la garantía del futuro. Se debería someter a una revisión, en base a los actuales objetos, a los instrumentos legales convencionales. En consecuencia, los problemas del siglo XXI no pueden ser resueltos con las mismas herramientas del siglo XIX.*”¹⁸⁰.

A diferencia de Mir Puig y Ripollez, renuncia al principio de ofensividad como forma de legitimar la actividad del leviatán estatal en la protección de los derechos, ya que como método para hacer frente a los nuevos riesgos el bien jurídico como criterio legitimador no es adecuado.

¹⁷⁹ Mir Puig, Santiago, ob. cit., página 123.

¹⁸⁰ Donna, Edgardo Alberto, en “¿Es posible el derecho penal liberal?.”

Esta comprensión solo es posible a partir de una inversión de los postulados clásicos del bien jurídico como principio limitador del ius puniendi. Éste ya no opera como límite, sino como justificación para la actividad criminalizadora.

Para Donna esta inversión del principio no le es suficiente a la política criminal para hacer frente a los nuevos riesgos, de ahí la renuncia a su percepción en los tipos. Sobre todo en un contexto en que la sociedad atemorizada por el discurso de la criminalidad que siempre está en aumento *“No hay sociedad que no haya percibido un serio aumento de la delincuencia y con ello también un sentimiento de inseguridad de ciertos sectores de la sociedad, que se sienten amenazados, tanto en sus personas, como en sus bienes.”*¹⁸¹.

Lo problemático es la indefinición del bien jurídico, sobre todo tratándose de los nuevos delitos como los delitos medioambientales, los delitos de la criminalidad económica, los delitos terroristas, en que ya no es posible precisar con certeza que es lo que se realmente se protege. Según Donna *“La nota esencial de este nuevo derecho penal es la idea del antigarantismo. Y esto como bien se ha afirmado comienza con la destrucción del concepto básico que expresaba que el derecho penal tenía como fin la protección de bienes jurídicos.”*¹⁸².

En este clima social los nuevos problemas ya no pueden ser resueltos con el recurso al derecho penal *“...la respuesta es eminentemente política y no penal. Quien pretenda solucionar este tipo de problemas complejos con la pena demuestra como mínimo su falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática.”*¹⁸³.

En Chile Juan Bustos Ramírez sostiene que *“...el concepto de bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal....Ahora bien, si se reconoce la indisolubilidad entre bien jurídico y norma, se comprenderá, resulta de la máxima importancia una teoría del bien jurídico que permita identificar materialmente, más*

¹⁸¹ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.

¹⁸² Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.

¹⁸³ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.

allá de formulaciones ideológicas encubiertas de la realidad, lo protegido en relación a cada norma penal. Esta identificación material abre la discusión sobre su protección penal y con ello la permanente revisión democrática del sistema penal.”

¹⁸⁴. Bustos le asigna a la noción de bien jurídico una función crítica, puesto que permite en todo momento determinar la legitimidad de la norma vía la identificación de cual es el objeto que se esta protegiendo mediante la creación de las leyes penales.

Respecto del sustrato del bien jurídico, el autor chileno lo toma de las relaciones que se producen entre los miembros de una sociedad *“Una teoría del bien jurídico en un estado social y democrático de derecho ha de tomar en cuenta lo que ya decíamos en relación con la norma: ella tiene su origen en la base social y es el producto de procesos interactivos que tiene lugar en su seno.....Los objetos jurídicos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social, y por, consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática. Por eso tienen un carácter dinámico.....Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas.”* ¹⁸⁵. El acento en el carácter democrático del estado es un elemento esencial en tanto base sobre la cual se desarrollan estas relaciones sociales. De esta manera se vincula a la idea de legitimidad, el bien jurídico es legítimo en cuanto exprese dicha relación social concreta.

Bustos caracteriza a la política criminal como una función estatal democrática, lo que *“...implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad...”* ¹⁸⁶.

Como forma de evitar lo anterior estima que resultará necesario siempre *“...determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido, de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida, a fin*

¹⁸⁴ Bustos Ramírez, Juan, en “Obras completas”, Tomo I, Derecho Penal Parte General, página 537.

¹⁸⁵ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. página 538.

¹⁸⁶ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. página 540.

de evitar proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del estado social y democrático de derecho.”¹⁸⁷.

Otra función que debe permitir el bien jurídico, es la función político criminal de límite *“...al poder de definición del estado. Este sólo puede dictar normas penales en función de la protección de Bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales.”¹⁸⁸.*

Pero no sólo le corresponde una función de límite, sino también que le corresponde una función de interpretación de la norma penal, ya que esta *“...ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma.”¹⁸⁹*, a fin de poder determinar si los hechos se encuadran dentro de aquello que se considero digno de protección penal.

Enrique Cury por su lado al precisar el objetivo del derecho penal plantea que éste *“...cumple con su misión de preservar los valores básicos sobre los que descansa la convivencia, amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante la realización de una acción o incurriendo en una omisión inadecuadas a sus prohibiciones y mandatos.”¹⁹⁰.*

Cury es bastante impreciso al momento de definir que entiende por bien jurídico, pues le encomienda al derecho penal como finalidad preservar los valores básicos sobre los que descansa la convivencia, con lo cual se adscribe a una concepción valorativa del bien jurídico semejante a la de Welzel *“En toda sociedad se ejecutan hechos que atentan contra ciertos valores elementales sobre los que descansa la convivencia: es decir, valores tan básicos que su quebrantamiento pone en peligro la posibilidad misma de una agrupación social, pues implica una pérdida del respeto recíproco mínimo, y por consiguiente, de las condiciones para que la vida*

¹⁸⁷ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. página 540.

¹⁸⁸ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. página 541.

¹⁸⁹ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. página 542.

¹⁹⁰ Cury Urzúa, Enrique, en “Derecho Penal Parte General”, página 52.

*en común sea tolerable e, incluso, realizable. La finalidad del derecho penal en consecuencia, no puede ser sino evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales actos, con el objeto de asegurar la practicabilidad y, con ello, la continuidad de la vida humana, que sin coexistencia estaría condenada a extinguirse.”*¹⁹¹.

En todo caso también hay rasgos liberales pues se refiere expresamente a la noción de bien jurídico en un sentido cercano al de Binding. Entiende como función del derecho penal la estabilización de los valores elementales de la sociedad, pero los restringe a los bienes jurídicos que los contienen de una manera expresiva, no todo valor esta protegido jurídico-penalmente sino sólo algunos.

Sin embargo debido al énfasis colocado en los valores, esta visión tiene los mismos defectos que la teoría de Welzel y de Mezger. Deja de un lado los aspectos político-criminales relativos a la definición del injusto, y de otro presenta un grado de desmaterialización semejante a la que en su momento propuso la escuela de Kiel. La que basándose en conceptos jurídicos indeterminados melló la corteza de formalidad que rodeaba al ordenamiento jurídico, desembocando en una jurisprudencia excesivamente discrecional y por ende no controlable por la vía de los recursos.

En un intento por evitar lo anterior Cury define al bien jurídico como “...*estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento.*”¹⁹². Subsume la idea de valor en la referencia a los estados sociales valiosos, lo que sin embargo le genera un costo terminológico. Su forma de conceptualizar el bien jurídico no es coherente con las mismas premisas de las que parte, no sabemos que tan amplio o que tan estricto es su concepto, por ende, cuales son las situaciones valiosas a que se extiende la idea de bien jurídico.

Para el autor chileno los bienes jurídicos en tanto estados sociales, sólo son reconocidos por el legislador “*Puesto que son estados sociales, los bienes jurídicos*

¹⁹¹ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 45.

¹⁹² Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 52.

*preexisten a su consagración como tales por el derecho, el cual se limita a conferirles ese carácter mediante el otorgamiento de su protección.....El derecho toma la decisión de preservarlos precisamente por esa razón, a causa de que percibe el significado de esos valores y la necesidad de conservarlos para asegurar la convivencia pacífica.”*¹⁹³.

Estos estados pueden adoptar variadas formas, desde un objeto físico hasta un objeto espiritual ideal, una relación jurídica como una relación vital. En la selección de dichos estados el legislador está limitado, pues solo debe escoger de aquellos “...cuya lesión o puesta en peligro constituye un riesgo para la convivencia por que deterioran las condiciones de supervivencia mínimas de la sociedad.”¹⁹⁴.

Considera en todo caso que el límite a la expansión de los tipos penales es un problema para los estados que no han consolidado el estado democrático de derecho, y considera sólo a título de orientación que se debe tener en cuenta que “...la soberanía procede del pueblo y que, por lo tanto, sólo se justifica la protección penal de bienes que pertenecen a todos los integrantes de la comunidad, y no solo a grupos de clase, posición o poder, o a convicciones morales, religiosas o políticas determinadas.”¹⁹⁵.

Estima que dentro de los estados democráticos para el legislador esta noción viene restringida por los derechos y bienes que se garantizan por la constitución “...la función primordial de la constitución consiste precisamente en la preservación de estos derechos, consagrándolos explícitamente, amparando al ciudadano contra abusos del poder que los lesionen pero, también, de manifestaciones legislativas que los desconozcan. A esta idea fundamental tienen que subordinarse todas las normas.....Desde esta perspectiva es posible a los tribunales y la dogmática penal

¹⁹³ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 52.

¹⁹⁴ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 53.

¹⁹⁵ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 53, lo que sin embargo dejaría sin explicación el por que de la inflación de los tipos penales hoy en día. De otro lado se nos vuelve a presentar el problema relativo a los valores y por ende del bien jurídico protegido, pues es bien sabido de acuerdo a los estudios de David Matza que no existe un consenso unánime relativo a ciertos valores sociales, lo que no lleva a las siguientes preguntas que a mi juicio Cury no responde ¿Cuáles valores son aquellos indispensables para la vida en sociedad?, ¿Quiénes sostiene estos valores, que grupos y cuales no?

*elaborar el concepto de bien jurídico en forma semejante a la doctrina europea.”*¹⁹⁶, esto es obteniendo un marco material para el contenido del bien jurídico arraigado y anclado a los derechos y bienes garantizados por la carta fundamental, y “...*cuya afirmación del estado democrático (y social) de derecho constituye el punto de apoyo dogmático para esa elaboración.”*¹⁹⁷.

A título de resumen puede afirmarse que en sus orígenes, esto es, durante el período del derecho penal clásico, la idea de bien jurídico tenía por objeto limitar la actividad político-criminal. Sin embargo puede afirmarse también, que hoy la función del principio se ha invertido. Actualmente, y no sin fundamentos, se le niega tal potencial limitador por razones de principio, o por que se considera que se encuentra demasiado espiritualizado como para que le sea posible tal objetivo (Eser), o que por que no puede hacer frente a los peligros que se producen en una sociedad del riesgo (Donna). Puntos intermedios pueden encontrarse en algunas opciones garantistas (Ferrajoli), que en todo caso se restringen a la doctrina (Ripollez), prácticamente sin el menor apoyo en la opinión pública.

A juicio de Hirsh, el debate sobre la definición del bien jurídico “...*muestra una tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico que se traduce en la aparición, siempre creciente en la jurisprudencia y en la doctrina, de nuevos bienes jurídicos universales, esto es, bienes jurídicos supraindividuales o de la generalidad.”*¹⁹⁸.

Dejando de lado el tema de los bienes jurídicos supraindividuales, de acuerdo al profesor alemán puede visualizarse la problemática del bien jurídico desde dos ángulos. Desde un punto de vista pre-jurídico o trascendentalista, (como las pociões de Roxin, Hassemer, Bustos, Cury, y moderadamente Ferrajoli) o bien desde un punto de vista inmanente al sistema (como se vio esta es la perspectiva de Jakobs en su versión más radical, funcionalismo moderados pueden ser

¹⁹⁶ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 55.

¹⁹⁷ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 55.

¹⁹⁸ Hirsh, Hans Joachim, en “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico.”, pagina 371 y 372.

considerados los de Ripollez y Mir Puig, quizás y posiblemente inclasificados o como posiciones intermedias podemos encontrar las de Donna y Esser.)

La pregunta que surge desde la primera perspectiva es “...*si puede haber siquiera un concepto de bien jurídico que predetermine los límites al contenido del derecho penal, es decir, si no debe ser dada la razón a las críticas actuales.*”¹⁹⁹. Según Hirsh ni el idealismo ni positivismo lograron ese fin.

Puede afirmarse que cuenta con la aprobación de la doctrina, quien se aproxime a la cuestión del bien jurídico como concepto trascendente al sistema, sin embargo lo relevante a efectos de la posibilidad de limitar al derecho penal es “...*si la idea de bien jurídico constituye un punto de partida aceptable para tales esfuerzos.*”²⁰⁰.

Para Hassemer el fundamento de la limitación se encuentra en el contrato social, el delito constituye una lesión a la libertad de aquellas que asegura el contrato social “*Sin embargo ya Birnbaum reconoció -y también Hassemer se ha referido a ello- que junto a ello hay intereses de la comunidad, como por ejemplo la administración de justicia, cuya justificada protección a través del derecho penal está fuera de duda.*”²⁰¹.

La protección penal no puede únicamente deducirse de la lesión a la libertad asegurada mediante el contrato social. El bien jurídico no es una característica consustancial al derecho penal, esto se revela con pulcritud en otras áreas del derecho donde también se habla de bienes jurídicos, como por ejemplo en el derecho civil.

Roxin también en este sentido se coloca a la defensa de una noción clásica liberal, recurriendo como forma de limitar el ius puniendi a los principios establecidos en la constitución. Esto también genera problemas “*Frente a su solución surge la pregunta acerca de como deberían ser llevadas a cabo las tareas atribuidas a tal concepto pre-existente de bien jurídico en los ordenamientos jurídicos en los cuales*

¹⁹⁹ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 374.

²⁰⁰ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 374.

²⁰¹ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 375.

no haya un derecho constitucional correspondiente."²⁰², pues como se sabe no todo estado tiene una constitución de la cual puedan ser deducidos los bienes jurídicos, piénsese incluso en países desarrollados como Inglaterra.

Pero incluso en Alemania el asunto no es pacífico pues *"...también la constitución alemana menciona únicamente los valores centrales, de lo cual surge la duda acerca de como debe ser deducido un canon general del bien jurídico que marque con suficiente claridad cuales son los hechos que, por su contenido, deben ser abarcados por el derecho penal."*²⁰³. En consecuencia con ello concluye Hirsh que la búsqueda de esta limitación a priori debe buscarse en otros criterios ajenos al del bien jurídico.

También sufren del mismo déficit aquellas perspectivas que suponen la existencia de una dañosidad social *"Por cierto que este concepto da a conocer acertadamente que al estado, en tanto se trate de sus tareas de protección, se le puede permitir intervenir contra tales formas de comportamiento únicamente si el interés de un miembro de la sociedad es o puede ser afectado."*²⁰⁴. Si bien se debe mantener la atención relativa a la dañosidad social, la mirada debe ser acentuada en los medios de que el estado dispone para efectos de la intervención que le es exigible.

La sociedad pone a disposición del estado ciertos medios de intervención para que los utilice en caso de necesidad, utilización que debe estar guiada por los principios de subsidiaridad, última ratio y proporcionalidad. Fuera de la aplicación de estos principios debería estar proscrita la actividad del estado. Si lo está no es en virtud de un concepto de bien jurídico preexistente, sino en virtud de estos principios respecto de los cuales existe en cierta medida consagración constitucional, al menos en Alemania²⁰⁵.

²⁰² Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 377.

²⁰³ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 377.

²⁰⁴ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 378.

²⁰⁵ *"...llama la atención la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán que ha otorgado un ámbito estrecho al principio de proporcionalidad en el campo puesto a discusión. El tribunal requiere, tanto bajo el aspecto de la interdicción de la arbitrariedad como del principio de exigibilidad, que los intereses afectados protegidos por los derechos fundamentales pesen*

Lo relevante para Hirsh es que esta limitación se basa en criterios positivos, luego *“Respecto del concepto a priori de bien jurídico se ha llegado al resultado de que según la opinión unánime, el no existe. Los fines que con el se pretende alcanzar deben ser conseguidos, antes bien, por otros medios. Y para ello se debe contar con al explicación que acaba de ser expuesta.”* ²⁰⁶.

Respecto de la segunda perspectiva, esto es que sucede con el concepto de bien jurídico inmanente al sistema, por ende conectado directamente con el derecho positivo, puede considerarse que *“...la función del concepto de bien jurídico, vinculada a la interpretación del derecho positivo y sostenida por la opinión dominante, excluiría la función trascendente al sistema...”* ²⁰⁷.

En efecto, de lo que se trata desde este ángulo es de la determinación de los criterios para la interpretación de las normas penales, precisando cuales son los valores protegidos por estas y cuales son sus consecuencias sistemáticas. El problema en este nivel es la indeterminación de su contenido *“Stratenwerth observa, con razón, que para ningún otro concepto fundamental del derecho penal se ha ofrecido tal diversidad de definiciones, la mayoría de las veces no detalladamente fundadas.”* ²⁰⁸.

Este problema se intensifica pues *“...en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico inmanente al sistema -y esto debería regir también para el concepto de bien jurídico previamente dado- ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales. Se observa un proceso de creciente espiritualización de los bienes jurídicos.....La tendencia a la desmaterialización*

considerable y evidentemente más que los perseguidos por la intervención estatal. Por tanto, una lesión constitucional, según la jurisprudencia mencionada del tribunal constitucional federal, solo existiría si el legislador elige un medio no razonable, por su forma e intensidad, para alcanzar el fin perseguido. Sin embargo, en esto se debe advertir que este punto, hasta hoy, ha sido escasamente discutido en la ciencia constitucional y en la ciencia del derecho penal, razón por la cual, para la práctica, faltan los estudios teóricos previos.” Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 379, en Chile poco y nada se ha hecho para intentar fundamentar, argumentando en referencia a la constitución o a la ley, la existencia de esos principios.

²⁰⁶ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 379.

²⁰⁷ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 380.

²⁰⁸ Stratenwerth, citado por Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 380.

tienen como consecuencia que el concepto de bien jurídico haya perdido rendimiento en esos ámbitos.”²⁰⁹.

Si se mantiene la pretensión de que estos bienes jurídicos universales, sobre todo aquellos cuyos contornos son de difícil precisión, al establecerse no entran en ninguna tensión con el principio de legalidad, deberá aceptarse entre otros efectos la debilitación de la separación entre delitos de lesión y actos preparatorios punibles²¹⁰, con todo lo que ello implica.

A juicio de Hirsh el concepto de bien jurídico individual como concepto inmanente al sistema cumple el papel de impedir este tipo de confusiones, en la medida que se utilice como centro de gravedad para la interpretación y la determinación del sentido de las normas penales. No obstante el surgimiento de bienes jurídicos universales dificulta el proceso de delimitación, no se puede renunciar a él.

La crisis del principio de ofensividad puede ser explicada político criminalmente por la masiva introducción de nuevas figuras penales, sobre todo aquellas que más que proteger a personas concretas persiguen la estabilización de ciertas funciones sociales, como las que son susceptibles de ser encontradas detrás de la sanción de los delitos económicos o de las destrucciones medioambientales.

Es relevante tener presente a estos efectos “...*la falta de diferenciación entre el concepto de bien jurídico previamente dado y el de derecho positivo inmanente al sistema. Si uno se aferra a un concepto a priori de bien jurídico, entonces su*

²⁰⁹ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 381.

²¹⁰ “Si, por ejemplo, en el caso del delito de abuso de seguro (artículo 265 del Código Penal Alemán) se considera la acción de peligro abstracto para el patrimonio de la compañía de seguros como delito de lesión contra la intangibilidad de la capacidad funcional del seguro como institución, entonces encubre la modificación –y en cuanto– que se ha operado en la regulación legal de la amenaza de daño a un bien propio en este campo previo. Esta objeción no puede ser superada con el argumento de que ya por tratarse de bienes jurídicos universales se está hablando expresamente del ámbito previo. Mucho más decisivo resulta el hecho de que con ello, sobre todo, se declama como bien jurídico y como lesión de bienes jurídicos algo que aquí nunca fue considerado como un interés propiamente protegido contra daños (en el caso del ejemplo, el patrimonio amenazado). De esta manera, los delitos de peligro abstracto.....son incorporados clandestinamente y sin reparos al derecho penal. Ellos son transformados en delito de lesión y la distancia que realmente los separa de la lesión del bien jurídico desaparece de la vista ante tal anticipación de la lesión al campo previo.”, Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 381 y 382.

función jurídica-positiva se pierde paulatinamente de vista. Si por ejemplo, desde el punto de vista del concepto previo de bien jurídico se busca el bien jurídico en el derecho penal de protección de animales, entonces, dado que en el concepto a priori de bien jurídico siempre se exige conceptualmente una relación material con seres humanos, la compasión del hombre con las criaturas que sufren sería el contenido del bien jurídico protegido. Por el contrario, si se parte de un concepto de bien jurídico inmanente al sistema, esa compasión puede quedar afuera del concepto como mero motivo del legislador.”²¹¹.

Por último quisiera hacer una breve exposición de un problema que ha preocupado recientemente a la doctrina penal, y que tiene directa relación con la noción de bien jurídico. Algunos han llamado a este proceso un cambio de paradigma en el derecho penal, pues progresivamente deja de concebirse al delito como la lesión de un derecho para pasar a entenderse como la lesión de un deber, justamente como alguna vez procedió a hacerlo la escuela de Kiel.

A juicio de Klaus Günther los hitos históricos de la noción de delito en cuanto a su configuración *“...son el delito como vulneración a un derecho (I), como lesión de un bien (jurídico) (II), y como infracción de deberes comunitarios (III) -hasta la situación actual, en la que el delito de omisión imprudente pasa convertirse en paradigma del concepto de delito-.”²¹².*

Respecto del primer hito, ya hemos visto que la dogmática penal concebía en un primer momento a las normas tanto desde una perspectiva metodológica como filosófica, desde la noción clásica-liberal sobre las relaciones entre el estado y el ciudadano. Para Feuerbach el delito lo constituía la *“...vulneración de derechos iguales de libertad, que se garantizaban por un contrato estatal y se aseguran a través de leyes penales.”²¹³*. De esta manera aparece la figura del derecho

²¹¹ Hirsh, Hans Joachim, ob. cit., página 386.

²¹² Günther, Klaus, en “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?, pagina 489.

²¹³ Günther, Klaus, ob. cit., página 489.

subjetivo como derecho del ciudadano frente al Leviatán, luego objeto del delito son estos derechos subjetivos.

Feuerbach se basa en la idea de Hobbes del contrato social para establecer estos vínculos entre el ciudadano y el estado. Esta vinculación y por ende posterior restricción de derechos a través de la protección de la ley, solo se basa en las libertades concedidas por el contrato. De ahí que *“Según Feuerbach, la vinculación originaria del individuo se extiende solo a omisiones”*.²¹⁴, es decir, existe un deber único y general de omitir interferir en los derechos de libertad del otro contratante. Se desvincula este deber en referencia a la noción de derechos subjetivos.

Por un lado con dicha desvinculación se hace posible el concepto de libertad, por otro dicha libertad solo viene limitada en un sentido negativo, esto es, como deber de omitir interferir en la libertad ajena. Así, de *“...esta propiedad del deber como deber general de omitir correlativo a los derechos subjetivos de libertad extrae Feuerbach la consecuencia de permitir un deber de contenido activo sólo como excepción y de someterlo a especiales exigencias.....sólo permite un deber de obrar activo cuando a éste le corresponde un derecho subjetivo. Este último puede derivarse, a su vez, sólo de la ley o el contrato.”*²¹⁵ .

De acuerdo a este primer hito los derechos subjetivos constituyen una barrera infranqueable para las intervenciones limitadoras del leviatán. Esta concepción debido a su origen contractual limita al estado en dos sentidos, de un lado por que éste podrá restringir exclusivamente los derechos que han sido cedidos mediante el contrato, de otro por que sólo podrá exigir deberes positivos de sus ciudadanos de manera excepcional.

Respecto del segundo hito, esto es el delito como lesión de un bien jurídico puede aceptarse que lo ya dicho en la reseña histórica es suficiente. Solo es necesario precisar que para Birnbaum, uno de los fundadores de la idea de que el derecho

²¹⁴ Günther, Klaus, ob. cit., página 492.

²¹⁵ Günther, Klaus, ob. cit., página 493.

penal protege bienes y no solamente derechos, la noción de derecho subjetivo como objeto de protección por parte del derecho penal era insuficiente *"El concepto de bien, por tanto, contiene frente al concepto de derecho subjetivo (el) principio de una expansión del concepto de posibles objetos de delito."*²¹⁶.

Así pasamos al último hito, esto es el delito como lesión de un deber. La primera fase de esta concepción corresponde a la escuela de Kiel, quienes *"...emprendieron el intento de criticar el concepto de bien jurídico por su contenido pretendidamente liberal y de, al menos, completarlo mediante el concepto de infracción a un deber."*²¹⁷. De esta manera se inicia el tránsito de una concepción liberal del derecho a una concepción comunitaria del mismo, desplazándose el acento presuntamente individualista de los bien jurídicos, al acento comunitarista del delito comprendido como infracción a un deber.

Así no tardó esta perspectiva en manifestarse en la interpretación y comprensión por parte de la dogmática de los tipos penales de la parte especial. Estos pasan a fundamentarse en *"...vulneraciones de los compromisos que se derivan de la familia o el matrimonio, incumplimiento de obligaciones asumidas en negocios jurídicos (deslealtad), así como la lesión de deberes generales, que se derivan de la posición del autor como miembro o huésped de la comunidad del pueblo alemán."*²¹⁸, de esta manera la correlatividad entre deberes y derechos que propuso Feuerbach, y que aún podía ser encontrada en Birnbaum desaparece²¹⁹.

Se critica la teoría del bien jurídico de Feuerbach, la cual sostenía que los deberes positivos solo podían derivarse de la ley o el contrato, recurriendo a las nociones de *"...vulneración de deberes de amparo y manutención sin base legal, así como al*

²¹⁶ Sina, Peter, citado por Günther, Klaus, ob. cit., página 496.

²¹⁷ Günther, Klaus, ob. cit., página 497.

²¹⁸ Günther, Klaus, ob. cit., página 500.

²¹⁹ *"Esto se muestra de modo especialmente claro en el prominente grupo de delitos de comisión por omisión, los cuales, como consecuencia de la definición del delito como vulneración de un deber, pierden su posición excepcional y se convierten en factor integrante, ejemplar para la dogmática de las restantes clases de delito."*, Günther, Klaus, ob. cit., página 500.

principio de buena fe más allá de los deberes de las obligaciones contractuales. En tales casos, la comunidad exigiría un actuar positivo.” ²²⁰.

Según Schaffestain la insistencia del carácter excepcional de los deberes positivos deriva “...*simplemente de la ideología del derecho y del estado propia del liberalismo. Frente a ello, el establecimiento regular de un deber de socorro activo para el pueblo y sus integrantes es una consecuencia natural de la idea de comunidad.*” ²²¹.

De esta manera se termina invirtiendo la idea de Feuerbach de la existencia de un deber excepcional de un actuar positivo, para pasar a un deber ético-jurídico general de obrar positivamente, lográndose con esto la desvinculación total entre delito y lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Alcacer Guirao llega a conclusiones semejantes partiendo de puntos diferentes. Inicia su análisis del concepto de delito contraponiendo la noción de anturidicidad formal a la de antijuridicidad material. En la primera la argumentación se remite a “...*la relación entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico positivo; más concretamente, a la relación de contrariedad u posición entre la conducta y la norma.*” ²²².

En la segunda se accede “...*a las razones por las que una conducta haya de ser contraria a las normas jurídico penales de conducta, desvalorada por el derecho y, en consecuencia, merecedora de sanción penal.*” ²²³.

Para el concepto de antijuridicidad formal se corresponde un concepto formal de delito, para la antijuridicidad material uno material. Para este último, dependiendo de la teoría de la pena a la que se adscriba, constituye delito la lesión de bienes jurídicos. Sin embargo dentro de estas concepciones materiales es posible

²²⁰ Günther, Klaus, ob. cit., página 501.

²²¹ Schaffestein, citado por Günther, Klaus, ob. cit., página 501.

²²² Alcacer Guirao, Rafael, en “Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?”, página 11.

²²³ Alcacer Guirao, Rafael, ob. cit., página 12.

encontrar las versiones espiritualizadas del bien jurídico, para las cuales lo que protege el derecho penal es esencialmente la vigencia de la norma.

La concepción de la escuela de Kiel a juicio de Alcacer Guirao puede verse revivida parcialmente en estas vertientes, ya que comparten *“...no solo el rechazo al concepto de delito como lesión de bienes jurídicos, sino también la opción por una misma noción genérica -estructural- de delito: lesión de la norma; no obstante lo cual, sus diferencias serán esenciales en relación con el contenido de ese deber - mayor o menor subjetivización-, lo cual dependerá a su vez de los presupuestos teleológicos -y, en última instancia, ideológicos- de que cada concepción parte.”*²²⁴.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial *“...las premisas políticas de la crítica al concepto de bien jurídico desde la orientación a los valores de una comunidad de destino integrada en términos raciales son abandonados...”*²²⁵, sin embargo se vuelve a la discusión en torno al desvalor de la acción y el desvalor de resultado, manteniéndose como afirma Kaarlo Tuori, la concepción del estado constitucional desde una perspectiva material, contrastada frente al constitucionalismo formal de carácter liberal.

Surge la pregunta de si *“...el injusto junto a, o en lugar de una lesión de un bien jurídico es, a la vez, vulneración de un deber...”*²²⁶. Se discute por la posición que en el injusto le cabe al desvalor del acto y al desvalor del resultado. En este contexto la persistencia del acento en el bien jurídico se muestra insuficiente, y aparece para suplirla junto a la idea de lesión del bien jurídico la idea de vulneración de la norma de conducta, lo cual a juicio de Günther *“...se puede interpretar a la vez como infracción de un deber. Consiste en la infracción del deber de observar la norma.”*²²⁷.

Hoy se puede observar claramente que el interés en controlar el desvalor de acción se ha incrementado, supuestamente como forma de hacer frente a *“...los dramáticos*

²²⁴ Alcacer Guirao, Rafael, ob. cit., página 14.

²²⁵ Günther, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?”, página 502.

²²⁶ Günther, Klaus, ob. cit., página 502.

²²⁷ Günther, Klaus, ob. cit., página 502.

*riesgos que en una sociedad moderna pueden derivarse de formas de conducta peligrosa, los que sitúan en primer plano la vulneración de la norma de conducta.”*²²⁸, de esta forma la lesión del bien jurídico aparece sólo como la manifestación de un riesgo provocado por un comportamiento inapropiado.

Se invierte la idea de Feuerbach, esto es que el deber general de omitir injerencias en los derechos de libertad ajenos pasa a convertirse en un deber general de comportarse debidamente en ámbitos considerados riesgosos *“En campos de acción densamente entrelazados, como es característico en las sociedades de riesgo, el propio uso indebido de la libertad es peligroso en sí. Las consecuencias incluso de la más insignificante modificación, por ejemplo de un determinado estado del ecosistema, son incalculables.”*²²⁹. El uso de la libertad entonces, sólo es posible si en su ejercicio se respetan los modelos de comportamiento cuidadosos, luego todos estamos obligados bajo amenaza de sanción, a estar pendientes de si en nuestro actuar cotidiano hemos creado un peligro que nos obligue a realizar comportamientos activos que lo neutralicen.

A juicio de Günther esto permite explicar la utilización de dos figuras penales *“Los delitos imprudentes, en los que la relación entre infracción de deber y resultado se abandona en favor del incremento del riesgo. Y los delitos de comisión por omisión, que, como el delito de resultado por comisión activa, se interpretan como la infracción de una norma de conducta que obliga a sus destinatarios a evitar cursos cargados de dañosidad derivados de su conducta, y en concreto, según el ámbito de acción, en forma de mandatos o prohibiciones. De tal evitación es responsable en principio cualquiera que hace uso de su libertad –solo en caso de omitir hay una responsabilidad especial sobresaliente. Ambas culminan en el delito de omisión imprudente.”*²³⁰.

²²⁸ Günther, Klaus, ob. cit., página 503.

²²⁹ Günther, Klaus, ob. cit., página 503.

²³⁰ Günther, Klaus, ob. cit., página 504.

Ante la expansión de los deberes positivos, estas figuras de omisión imprudente determinan el grado de libertad que es tolerable o no perseguible penalmente, ya que cada uno tendrá que hacer uso de “su ya peligrosa libertad”, de manera que este en condiciones de darse cuenta si con su conducta ha creado un riesgo que se le puede imputar.

Siendo este el caso estará obligado a realizar actos positivos que impliquen una neutralización o al menos una disminución del daño que se amenaza a consecuencia del comportamiento imprudente desarrollado “*Ya no es la mera omisión de injerirse en esferas ajenas de libertad la que libera al ciudadano del derecho penal, sino sólo el actuar positivo, que se ocupa de cumplir correctamente el propio deber de organizarse para un comportamiento minimizador del riesgo. Sólo bajo el reconocimiento de este deber puede permitirse todavía la libertad.*”²³¹, paradigmáticos son los casos de responsabilidad por el producto²³².

Finalmente y antes de comenzar el cuarto capítulo, concordamos con Alcacer Guirao en que el “*...concepto material de delito dependerá de los fines del derecho penal que se postulen.*”²³³, esto es que en directa relación con la problemática del bien jurídico esta vinculada la problemática de la teoría sobre los fines de la pena.

Existe entre “*...la fundamentación de los fines del derecho penal y el concepto material de delito una mutua implicación.....es precisamente por que se asume un distinto cometido de protección del derecho penal, por lo que la concepción de la lesividad social adopta diferentes perspectivas.....el carácter de lesividad social viene dado precisamente porque se postula un distinto objeto de protección; de este modo, lo relevante para la concepción opuesta no será la lesión del bien*

²³¹ Günther, Klaus, ob. cit., pagina 504.

²³² “*Tan pronto como el comportamiento previo contiene en si un riesgo cualificado queda fundamentada la posición de garantía –aunque ex-ante no se pueda contar objetivamente con resultado alguno. Sin embargo, entonces se trata, en fin, tan solo de la infracción de un deber.*”, Günther, Klaus, ob. cit., pagina 505.

²³³ Alcacer Guirao, Rafael, ob. cit., página 13.

jurídico, por el hecho de que no son bienes jurídicos lo que el derecho penal debe estar llamado a proteger.”²³⁴.

Por ello es necesario antes de introducirnos de lleno en la problemática del derecho penal simbólico, pasar revista y de manera previa, a las principales teorías sobre los fines de la pena, ya que sólo así se podrá ver con nitidez que el concepto de derecho penal simbólico varía en atención a la teoría de los fines de la pena que se maneje.

CAPÍTULO 4: LAS TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PENA

a) Teorías Absolutas de la pena

²³⁴ Alcacer Guirao, Rafael, ob. cit., página 21.

La pena es el medio del que dispone el derecho penal para cumplir sus finalidades. Esta se encuentra en una relación funcional con el derecho penal pero no es reducible únicamente a una relación de funcionalidad. De acuerdo a Cury “...la práctica demuestra que muchas cuestiones referentes al delito o a la ley penal no pueden resolverse con propiedad sino a partir del concepto de pena que se defiende.....el asunto de la naturaleza y fin de la pena condiciona la unidad del sistema, del cual es un presupuesto y no un puro aspecto parcial.”²³⁵.

En un Estado de derecho moderno, donde las sentencias se dictan en nombre del pueblo y no en nombre de dios, puede decirse que la pena desde el punto de vista de su legitimación, por un lado fundamenta la aplicación racional del castigo y por otro, expone y exhibe a la sociedad las razones por las cuales ese castigo debe ser aplicado.

En la historia de la pena, en la historia de su fundamentación, podemos encontrar en un primer lugar a las teorías absolutas. Se les llama absolutas porque no proponen algo más que la aplicación de la pena en cuanto mal, la pena se basta a sí misma, ella misma constituye un fin. No tiene por objeto intervenir en el campo de la realidad social, la pena se agota en si misma, se agota en su aplicación. Para estas concepciones la pena puede consistir bien en la retribución del daño ocasionado, bien en la expiación.

1. - Teoría de la Expiación

Para esta vertiente la finalidad de la pena es “...la compensación, por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación de la sociedad.”²³⁶. Esta compensación es esencialmente abstracta, pues en definitiva es a través de la vivencia personal del dolor producido en el otro, que se logra de manera derivada la reconciliación con la sociedad. Desde el punto de vista de su estructura, si quiere suponerse la restitución del

²³⁵ Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 63.

²³⁶ Henkel, citado por Cury Urzúa, Enrique, ob. cit., página 67.

orden moral superior lesionado, debe presuponerse que el autor experimente, sea como dolor o como culpa, el significado de su hecho en su propio cuerpo.

La pena es comprendida como un medio que hace posible la experimentación en el autor del mal que ha causado. Solo así compensará, a través de su sufrimiento, la afectación del orden moral infringido. La aplicación de la pena no sólo mantiene un orden moral superior, sino que también implica la posibilidad de que la persona, el que infringe la ley, pueda reinsertarse en la sociedad. El delincuente puede volver a ser parte del mundo en que vive, en la medida que reconozca y experimente en su propio "yo" el mal que ha producido.

Si bien es cierto que esta forma de justificación de la pena, sólo es posible en un estado teocrático donde no es la voluntad del pueblo sino indeterminados ideales de justicia los que deben ser realizados, también lo es que esta construcción significó un sólido aporte para el derecho penal propio del venidero Estado de derecho. En efecto, será a partir de estas teorías que se reivindicará y conceptualizará el principio de proporcionalidad de las penas.

A este respecto debe pensarse que si la finalidad es la expiación de la culpa mediante la compensación del mal, es lógico concluir que para que esta compensación se produzca, la pena no puede exceder en su intensidad a la del hecho cometido. Si lo que va a expiar es la culpa por el hecho cometido, el sufrimiento aplicado a la persona no debe ser mayor que el que se ha generado en la víctima.

Esta reivindicación del principio de proporcionalidad se materializa como una lucha de la burguesía para intentar combatir el poder absoluto de los monarcas en el antiguo régimen. De esta manera se instrumenta el principio de proporcionalidad

como primer baremo para limitar la pena ²³⁷, luego puede afirmarse que existe un componente liberal en este modelo de legitimación de la pena.

Con posterioridad, como se dijo, se inicia el tránsito a una sociedad laica, donde ya no se trata de la realización de un orden moral superior, sino de la estabilización de un orden social plural. El objeto de protección cambia, lo que ahora debe ser protegido mediante la actividad estatal es un orden social. En los estados donde las sentencias se dictan en nombre del pueblo y no en nombre de dios, se dictan por razones de necesidad o de utilidad y no para satisfacer ideales metafísicos de justicia correspondientes a una comunidad.

La expiación exige del delincuente un estado emocional y mental específico que debe ser alcanzado con la pena (podría llegar a discutirse que si bien la pena como mal debe lograr la expiación, esta puede ser lograda sin necesidad de castigo, en efecto, una persona puede sentir arrepentimiento sin que sea necesario que se le infrinja un mal. Si lo que busca la expiación es el arrepentimiento del delincuente, la comunidad puede estar satisfecha en la medida que el delincuente experimente dicho estado.). Éste debe expresar libremente su voluntad de arrepentimiento por el hecho realizado, por que sólo así podrá ingresar de nuevo a la comunidad, cuyo orden moral fue quebrantado mediante su conducta.

2. - Teoría Retributiva de Kant

Para las teorías retributivas el sentido de la pena consiste en la retribución de un mal al mal causado, como forma de reparar una lesión jurídica. La única manera de extinguir la culpabilidad del autor es mediante una compensación de tipo jurídico, asumida desde una perspectiva subjetiva. Para esta concepción solo una vez que

²³⁷ Hay autores en la actualidad que sostiene que las pretensiones de las teoría absolutas para limitar la pena son insostenibles, niegan que esto haya sido realmente logrado por éstas "*Buscar en la prevención, sea general o especial un punto de apoyo para fijar la pena es querer construir en terrenos pantanosos.*", Ziffer, Patricia, ob. cit., pagina 57.

al infractor de la norma se le haya retribuido el mal causado, podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre.

Como concepción absoluta de la pena esta se libera de toda finalidad preventiva, ya que presupone su sentido fuera del campo de la realidad social *“Según se dice no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino por que tiene un valor ya de por sí, el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el derecho.”*²³⁸.

Kant fundamenta la pena de la siguiente manera *“La pena judicial (...) no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tienen que ser impuesta todas las veces solamente por que él ha delinquido; en efecto el hombre no puede ser utilizado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, puesto que contra esto le protege el carácter de persona con el que ha nacido.”*²³⁹. Sin embargo sería, a juicio de Lesch, precipitado afirmar que la pena en Kant es un fin en sí misma *“En efecto, si bien la pena solo puede ser impuesta por que se ha delinquido, qui peccatum est, no es menos cierto que mediante la pena tiene que ser alcanzada la justicia; el cometido de la pena consiste pues en la satisfacción de la justicia.”*²⁴⁰.

Para Kant existe un orden moral racional, orden que resulta lesionado por la acción del delincuente. La máxima particular de la acción del que infringe la norma, se opone al comportamiento moral conforme a la ley general. Esta acción es considerada como una destrucción de este orden y, la pena tiene como finalidad su reestablecimiento *“La pena, entendida como el resultado mediato e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica, no es otra cosa que el restablecimiento del aquel orden, esto es, el resultado racionalmente necesario a la trasgresión de la ley.”*²⁴¹. El delito como lesión no viene constituido primariamente por la vulneración

²³⁸ Lesch, Heiko, en “La función de la pena”, página 8.

²³⁹ Kant, Emmanuel, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 9.

²⁴⁰ Lesch, Heiko, ob. cit., página 9.

²⁴¹ Lesch, Heiko, ob. cit., página 10.

de las legítimas esferas de libertad de los ciudadanos, sino por la lesión del orden moral racional al que los ciudadanos pertenecen, *“Por tanto: el mal que sin culpa le inflijas a otro del pueblo, ese mismo mal te lo causas a ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le hurtas, te hurtas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo.”*²⁴².

3. - Teoría Retributiva en Hegel

Hegel al igual que Kant parte de una concepción retrospectiva de la función de la pena. Con su aplicación se satisface el orden moral racional lesionado mediante el delito, la pena actúa en el pasado restituyendo el orden lesionado. No actúa como medio para impedir que se cometan hechos delictivos en el futuro, esto es, no actúa prospectivamente, sino retrospectivamente.

El autor alemán distingue entre la existencia del delito y el concepto del delito. Respecto de lo primero *“...el delito se dirigiría en un plano contra una existencia jurídica externa, esto es, contra una existencia de mi libertad en su aspecto exterior, sobre la propiedad, sobre determinadas cosas, y sobre todo el cuerpo o las partes del mismo, sobre la vida.”*²⁴³. Respecto de lo segundo, y lo que para Hegel es lo fundamental, *“...lo substancial de estas formas es lo universal.”*²⁴⁴, el delito en cuanto ataque contra la libertad en su forma externa no es lo relevante, lo que lo es, es la lesión contra la existencia de la más alta determinación de la libertad.

La pena como mal, en cuanto medio para garantizar la existencia de la libertad en su forma externa, llega siempre tarde *“...la superación de la lesión como un daño sólo puede encontrarse en la satisfacción civil a modo de restitución.....de forma que se me reestablezca de nuevo mi posición anterior, mi propiedad; pero el derecho penal no puede en absoluto subsanar estas consecuencias externas.”*²⁴⁵.

²⁴² Kant, Emmanuel, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 11.

²⁴³ Lesch, Heiko, ob. cit., página 12.

²⁴⁴ Hegel, Lesch, Heiko, ob. cit., página 12.

²⁴⁵ Lesch, Heiko, ob. cit., página 13.

De este modo la función de la pena sólo puede tener sentido en relación al concepto de delito. Delito es la lesión del derecho en cuanto derecho. La pena debe ser entendida como reacción abstracta frente al delito, de esta forma “...*el delito (...) debe ser superado dialécticamente.*”²⁴⁶, la función restitutiva de la pena no tiene lugar como en el derecho civil, aquí lo que se restituye no es la libertad, sino el orden lesionado.

La persona al realizar un delito formula una ley particular, se considera que se corresponde racionalmente con la realidad, puesto que en principio emana de un ser racional. Sin embargo dicha acción es racional solo en su forma, no en su contenido. Con su actuar “...*declara como general que esta permitido matar.*”²⁴⁷, esta ley especial tiene un doble significado. De una parte implica la legitimación de la pena frente al delincuente mismo, es el principio del consentimiento, el delincuente expresa su consentimiento en la aplicación de la pena a través de su hecho “...*en su acción, puesto que es acción de un ser racional, se encuentra implícito que es algo general, que mediante esa acción se formula una ley que él ha reconocido en ella para si y bajo la cual por lo tanto puede ser él subsumido como bajo su derecho.....Lo mismo que él ha hecho, le debe suceder a él (...); es su voluntad, su ley.....Eso no era lo que el quería, pero su razón, su voluntad, lo ha hecho.*”²⁴⁸.

En tanto el delincuente es considerado como ser racional tiene la facultad de proyectar con su actuar leyes generales. Esta acción a juicio de Lesch viene “...*determinada normativo-objetivamente.....a modo de querer razonable del sujeto concreto.*”²⁴⁹, de ahí que según él Hegel puede afirmar que “...*la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente, se le está reconociendo como un ser*

²⁴⁶ Hegel, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 13.

²⁴⁷ Hting, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 14.

²⁴⁸ Hegel, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 15.

²⁴⁹ Lesch, Heiko, ob. cit., página 15.

*racional, se está reconociendo su voluntad como ley....La retribución se basa ante todo en la naturaleza racional del que realizó el injusto.*²⁵⁰.

Desde otro ángulo la pena como realidad empírica, como existencia material es coacción, es un mal en sí mismo de la misma manera que lo es el delito. Sin embargo en Hegel a juicio del profesor alemán la pena deja de ser sólo coacción *“...cuando el delito y la pena se interrelacionan conceptualmente, cuando se entienden a modo de discurso y réplica, y de esta manera se sitúan en un mismo contexto interno y funcional, se puede hablar de una pena verdadera, en y para sí justa, esto es, idéntica al derecho como objetivamente racional.”*²⁵¹. Hegel concibe la pena como réplica frente al delito, en tanto la réplica elimina la perturbación que se produce mediante éste, el orden moral racional recupera la vigencia que fue puesta en duda mediante el delito.

b) Teorías Relativas de la Pena

Las teorías relativas a diferencia de las absolutas consideran la pena como una reacción, como una respuesta a algo que ya ha sucedido. Desde este punto de vista el presupuesto de la pena reposa en el pasado, pero su finalidad se encuentre referida al futuro. Por ello podemos afirmar que las teorías relativas conciben la pena como una función prospectiva, es decir, como una función cuyos efectos están orientados al futuro. Para Jeschek *“Según las teorías relativas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no es un fin en sí misma sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir la tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles...”*²⁵².

²⁵⁰ Hegel, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 15.

²⁵¹ Lesch, Heiko, ob. cit., página 16.

²⁵² Jeschek, Hans Heinrich, en “Tratado de derecho penal, Parte General”, Volumen 1, pagina 98.

Recordemos que estos modelos toman las bases teóricas que surgieron luego de la caída del antiguo Régimen, de ahí que *“Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidas por las teorías políticas de la ilustración.....En las teorías relativas coinciden, por tanto, ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias.”*²⁵³. Es a partir del reconocimiento de la persona como sujeto libre que se autodetermina que surgen y se construyen estas teorías, cuyo objetivo fundamental es impedir que se cometan hechos delictivos en el futuro. Respecto de la forma preventiva que asumen las variantes son principalmente dos *“Las teorías penales de los siglos XVII y XVIII habían estado ciertamente determinadas por las ideas preventivas, pero únicamente Paul Johann Anselm Von Feuerbach (1775 – 1833)....., distinguió desde el punto de vista teórico claramente entre prevención general y prevención especial.”*²⁵⁴.

De esta manera tenemos que dentro de las teorías relativas podemos distinguir, en primer lugar, la prevención general en sus variantes positiva y negativa, y en segundo lugar, la prevención especial en sus variantes positiva y negativa.

Este nuevo Estado se plantea la necesidad de intervenir de forma activa en la vida social para su defensa ante los peligros. En este marco se caracteriza a la pena y se la concibe como una forma de lucha contra el delito, entendido como fenómeno social.

1. - La Prevención General Negativa

Como ya vimos la teoría de la prevención general negativa fue propuesta por Feuerbach, para él *“El fin del estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos, o, en otras palabras, la situación en la que todos pueden ejercer sus derechos en su totalidad, y se encuentran seguros frente a las injurias. Toda injuria contradice por tanto la naturaleza y el fin de la unión de los ciudadanos, y para la*

²⁵³ Jeschek, Hans Heinrich, ob. cit., página 98.

²⁵⁴ Jeschek, Hans Heinrich, ob. cit., página 99.

²⁵⁵ Feuerbach, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 22.

*realización de ese fin es necesario que no se produzcan en absoluto injurias en el estado. Por tanto la tarea es: encontrar un medio a través del cual se pueden prevenir todo tipo de injurias.”*²⁵⁵.

Para Feuerbach el ser humano no sólo se determina por su voluntad, su capacidad como ser racional es importante, pero lo es aún más la determinación de su comportamiento por sus instintos, por ello “...*el único medio que le queda al estado a disposición es mediante el sentido de influir el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario.*”²⁵⁶. Desde el punto de vista de la prevención si lo que se quiere es intervenir sobre el comportamiento del hombre, lo importante no es la apelación a su capacidad como animal racional, sino el enfoque en el incentivo y el desincentivo a través del estímulo de sus instintos.

Es por ello, por incluir en el sentido de Kant al hombre en el derecho de las cosas, que abandona sus premisas originarias. En efecto, el autor pretende que mediante la intimidación de las personas no se cometan delitos, lo cual significa apelar a sus instintos y no a su racionalidad.

La amenaza de la pena debe crear un contra impulso lo suficientemente intenso en la persona como para que la haga desistir de la realización del delito, lo que en todo caso implica una renuncia a tratarla como un ser que se autodetermina racionalmente “*Mediante la pena se tiene que conseguir que el sujeto logre un contrapeso frente a los impulsos que le invitan a delinquir; estos tienen que ser superados, de tal forma que la arbitrariedad sea determinada psicológicamente de acuerdo a la ley. ¿Como tiene pues que tratar la coerción penal al hombre? Pues como un ser de la naturaleza que no se determina a si mismo, sino mediante un mecanismo de la naturaleza.*”²⁵⁷.

²⁵⁶ Feuerbach, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 23.

²⁵⁷ Feuerbach, citado por Lesch, Heiko, ob. cit., página 24.

Esta es a grandes rasgos la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, quien asigna a la pena una finalidad preventiva a través de la intimidación. Mediante la amenaza penal abstracta se producen en el individuo contra impulsos que lo determinan a no delinquir, de la pena no se requiere nada más *“La conminación penal tenía que producir prevención general a través de la coacción psicológica; la imposición de la pena sólo venía a demostrar que se pensaba realmente llevarla a la práctica.”*²⁵⁸.

Esta forma de pensar implica tratar a la persona como a un perro, en palabras de Hegel, lo que atrajo una serie de críticas muy bien fundamentadas. A título ejemplar Hassemer considera que *“El déficit fundamental de la teoría de la prevención limitada a la intimidación es su esoterismo jurídico. Esta teoría.....ve en la conminación penal y la ejecución de la pena como fenómenos aislados que tienen que asegurar el buen comportamiento jurídico por su propia competencia y su propia fuerza. Ya se ha demostrado que esta fuerza no es suficiente y que es permanentemente impedida por fenómenos similares a ellos (normas sociales, tabú, psicología del delincuente.).....La insuficiencia de la teoría intimidatoria descansa en última instancia en que dirige su mirada fijamente al sistema jurídico penal; en que se limita a la conminación penal y a la ejecución de la pena.”*²⁵⁹.

2 - La Prevención General Positiva

También llamada prevención-integración, la pena al igual que en el caso anterior (y que es lo que constituye el elemento común a ambos modelos), esta

destinada a producir efectos en el futuro. Concretamente tiene por finalidad reforzar en la comunidad los valores que han sido reconocidos como fundantes de ésta *“Aquel que delinque transforma en el hecho los deseos propios y escondidos, los*

²⁵⁸ Jeschek, Hans Heinrich, ob. cit., página 99.

²⁵⁹ Hassemer, Winfried, en “Fundamentos del derecho penal”, página 388 y 389.

deseos infantiles del resto de los miembros de la sociedad. Esto conduce a que estos, inconscientemente, en virtud de un contagio emocional, se

identifiquen con el delincuente y traten después de imitarle. Así pues, para impedir este peligro de infección la sociedad tiene que estatuir un ejemplo frente al delincuente mediante la causación del mal de la pena: la pena sirve para que se calmen y olviden las energías criminales por medio del hecho.”²⁶⁰.

De esta manera se deja de considerar a la persona como un animal, en cierto sentido se humaniza la pena, pues trata a las personas como lo que son, como seres racionales. Sin embargo resulta paradójico que se pretenda penar a una persona por una socialización deficiente de la sociedad, en efecto, si la confianza en la validez de las normas es lo suficientemente débil como para ponerse en entredicho por la conducta de una persona, más bien debería pensarse en re-socializar a la sociedad, para que su confianza sea real y no una mera ilusión justificante de la pena.

De otro lado este tipo de proceder podría encubrir una especie de autoritarismo valorativo. El hecho del delincuente pone en entredicho las valoraciones dominantes y le es atribuida a la persona una pena por su desviación conforme a aquellos. Luego podría llegar a pensarse que toda forma de valoración alternativa constituye una oposición relevante para las necesidades de mantenimiento de la confianza sobre dichos valores, y por ende, penado todo comportamiento que signifique contraposición y crítica a dichos valores.

Por otra parte, según Lesch, no se deja totalmente de lado la concepción de Feuerbach que se hace acreedora de la crítica de Hegel (esto es, que no se debe tratar a las personas como perros) *“No se compensa mediante la pena algo que por ejemplo haya quebrantado el autor, no se restablece un orden perturbado, sino que*

²⁶⁰ Lesch, Heiko, ob. cit., página 29.

²⁶⁰ Lesch, Heiko, ob. cit., página 30.

frente a los estados psíquicos de los otros miembros de la sociedad se estatuyen contra-impulsos que deben impedir que se delinca.....El autor, mediante la punición ejemplarizante para el mantenimiento de la confianza en la norma de otras personas no es tratado como sujeto, sino como objeto de un interés heterónomamente, como un simple instrumento de un mecanismo de motivación.”

261

La medida de la pena no vendría dada por la culpabilidad por el hecho, sino que tendría que orientarse a prevenir el peligro de contagio que podría llegar a implicar la conducta opuesta a los valores dominantes que representa la conducta del delincuente. Todo lo cual podría llevar a que delitos de bagatela, esto es, de muy poca importancia pero quizás de mucha frecuencia, serían penados con una pena desproporcionadamente alta por las necesidades de evitar el contagio de estas actividades delictivas.

3. - Prevención Especial

La prevención especial, como toda pena prospectiva, se orienta a la futura evitación de delitos, pero a diferencia de la prevención general, la prevención especial se centra en el individuo concreto que ha delinquido. El fundador de esta escuela es Franz Von Liszt para quien la pena “...es coacción. *Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrara corporización.*”²⁶². Recuérdese que en esta época ya se consideraba fracasado el idealismo alemán de Kant y Hegel, y dominaba el naturalismo, tanto desde el punto de vista metodológico como filosófico.

La pena en cuanto coacción puede ser de dos clases, en primer lugar: *“Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como*

²⁶² Liszt, Franz Von, en “La idea de fin en el derecho penal”.

*artificial adecuación del delincuente a la sociedad: por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales; por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas.”*²⁶³.

En segundo lugar puede ser: *“Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella.....Corrección, intimidación, neutralización: estos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos.”*²⁶⁴.

Liszt no sólo clasifica los tipos de pena que se deben aplicar, sino que especifica que para que se apliquen correctamente, tienen que aplicarse a determinados tipos de delincuentes *“...entonces estos 3 tipos de penas deben corresponder a tres tipos de delincuentes. En efecto, la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras de delito: el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena.”*²⁶⁵, así para Liszt *“...en general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para observaciones ulteriores:*

- 1) *Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;*
- 2) *Intimidación de los delincuentes que no necesiten corrección;*
- 3) *Neutralización de los delincuentes que no sean capaces de corrección.”*²⁶⁶.

El autor alemán pareciera seguir la doctrina de Santo Tomás y en algún sentido a Hobbes, respecto de sus planteamientos sobre aquellos que han quebrantado las reglas del contrato social y que son considerados por los co-contratantes como enemigos de la sociedad²⁶⁷.

²⁶³ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁶⁴ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁶⁵ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁶⁶ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁶⁷ No todos son enemigos para Liszt, pero algunos sin duda que lo son, y es por ello que para él *“La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida.”*, Liszt, Franz Von, ob. cit., esto es la eliminación de la personalidad del individuo en sociedad.

Liszt está interesado en los elementos empíricos, fenomenológicos relativos a la comisión de los delitos. En consecuencia con ello alude al problema de la delincuencia habitual y su expresión jurídica, cual es, la reincidencia *“Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social.....Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y “demimondaines”, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social.”*²⁶⁸.

Es la época del positivismo, donde en el hombre delincuente *“...se detectan aspectos y características que lo presentan como un sujeto peculiar, que se sale de la normalidad, y cuyas anomalías (antropomórficas, biológicas, fisiológicas o psicológicas) permiten deducir que el delito y la criminalidad, por tanto, son amenazas contra la vida ordenada de la comunidad. El objeto primordial de defensa social viene a legitimar así a la sociedad y al Estado para intervenir sobre el delincuente a fin de obtener su regeneración moral y evitar su peligrosidad.”*²⁶⁹.

Por último y en consecuencia con las vertientes positivistas dominantes de la época, plantea algo que curiosamente es tremendamente semejante con lo que hoy escuchamos en los medios de prensa. Pudiera pensarse que la idea originalmente fue planteada en Estados Unidos, sin embargo eso es incorrecto.

Ya con anterioridad a ellos Liszt había ideado el “Three strike and out”, esto es, que al tercer delito cometido el delincuente debería pasar a ser severamente castigado, no ya en función de su culpabilidad por el hecho, sino por razones de prevención especial, amenazando con su inocuización en caso de reincidencias por los mismos delitos *“La eliminación de la peligrosidad me la figuro de la siguiente manera, El código penal debería determinar -en la misma forma que los parágrafos 244 y 245 del código vigente- que una tercera condena por uno de los delitos*

²⁶⁸ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁶⁹ Bergalli, Roberto, en “Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España”, página 582.

mencionados más arriba (esto es: hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, atentados sexuales y corrupción de menores) llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una servidumbre penal, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal sería casi inevitable. Una pérdida perpetua de los derechos civiles y honoríficos debería señalar el carácter incondicionalmente deshonroso de la pena.”²⁷⁰.

Precisa en todo caso que la vuelta a la sociedad para los delincuentes es posible, pues los errores de los jueces constituyen hechos que no pueden dejar de considerarse. Sin embargo afirma que tal esperanza es lejana y la liberación excepcional.²⁷¹

c) Teoría sincrética de la pena, la teoría de Roxin

Para Roxin “Una pena, que renuncie a finalidades preventivas y sea sólo una manifestación de -para decirlo con una expresión de Maurach- “la majestad del derecho desvinculada de todo fin”, no solo malograría el cometido del derecho penal, sino tampoco podría ser acorde con los fundamentos de una Constitución democrática.”²⁷². La pena a efectos de lograr su legitimidad no necesita de una fundamentación metafísica, esta le es relativamente indiferente. Requiere eso si, en la mayor medida posible, reunir los requisitos para ser lo suficientemente idónea como para cumplir con los fines estatales referidos a la satisfacción de las necesidades de los miembros de la sociedad.

Sin embargo tampoco puede tener como fin únicamente la prevención, esto es que no debe estar fundamentada solamente de manera prospectiva “...puesto que, dado que la pena contiene un reproche personal contra el autor (de lo contrario no

²⁷⁰ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁷¹ Liszt, Franz Von, ob. cit.

²⁷² Roxin, Claus, en “Transformación de la teoría de los fines de la pena”, página 213.

*sería una pena, sino, en todo caso, una medida de seguridad), no puede, frente a él, justificarse únicamente por su utilidad preventiva; debe además poder ser comprendida por él como merecida.”*²⁷³, esto sólo puede ocurrir, a juicio de Roxin, si la pena es justa, esto es, si está unida a su culpabilidad y limitada por su medida.

Vistas así las cosas aparecen unidas en la pena tanto la necesidad preventiva, como su limitación a través del principio de culpabilidad. Estos elementos serían signo, manifestación concreta de un estado democrático moderno respetuoso de los derechos de las personas, *“Una teoría de la unión que vincula prevención y*

*justicia de la manera descrita no es, por tanto -y como ocasionalmente se afirma- una confusión ecléctica de enfoques heterogéneos. Antes bien es ella, su insistencia por una justificación acumulativa, la única posibilidad aceptable de justificar suficientemente el poder punitivo del estado.”*²⁷⁴.

A juicio de Roxin de esta concepción deriva una conclusión casi forzosa, que es considerar que la pena en cuanto coacción estatal impuesta a través de un procedimiento debido, no sólo viene limitada por la culpabilidad, sino que es innecesaria cuando no es preventivamente indispensable *“...dicho sencillamente: la pena debe quedar por debajo de la medida de la culpabilidad si ello es preventivamente razonable.....si una pena más leve logra de la misma manera o mejor sus fines preventivos que una más grave en si misma merecida, entonces la faltará a la pena que agota la medida de la culpabilidad la legitimación por la necesidad social.”*²⁷⁵, sobre todo si se tiene presente que la pena, respecto del condenado, trae aparejada diversas consecuencias además de la restricción de sus derechos, como es, la disocialización.

Para Roxin el problema de los fines de la pena debe ser enfocado desde una perspectiva temporal. Se debe reconocer que la pena tiene diferentes momentos,

²⁷³ Roxin, Claus, ob. cit, página 213.

²⁷⁴ Roxin, Claus, ob. cit, página 214.

²⁷⁵ Roxin, Claus, ob. cit, página 214.

luego es posible realizar una atribución diferenciada de las finalidades en función de los momentos de la pena.

En un primer momento, en la conminación penal, abstracta y general, puede decirse que tiene una función primordialmente preventivo-general *“De las distintas formas de manifestación de la prevención general, en este temprano estadio entran en vigor solamente los -limitados- efectos de intimidación y de aprendizaje, pues los efectos de confianza y de pacificación pueden surgir recién de los resultados del procedimiento.”*²⁷⁶. Para ello afirma, es necesario que los tipos penales estén perfecta y claramente definidos, de manera que sean fácilmente comprensibles.

Problema distinto, y que constituye un vicio legislativo, es que el poder encargado de dictar las leyes no respete el principio de determinación consagrado constitucionalmente en Alemania. Para el autor alemán los límites de esta función de la pena en este nivel, puesto que no puede pensarse que el aprendizaje de las normas ético-sociales se deriva de su lectura en los códigos penales, se reconducen a las instancias sociales en que éstas son aprehendidas.

En estos tiempos de desintegración de los lazos sociales la escuela *“...debería incluir en sus planes de estudio la enseñanza de reglas de conducta socialmente competentes con mucho mayor intensidad que lo hasta ahora ocurrido. Ello podría prevenir mejor los delitos que los posteriores -a menudo ya no idóneos- esfuerzos de la ejecución penal para la compensación de déficits sociales.”*²⁷⁷.

Con respecto al momento de la sanción, esto es de la dictación de la sentencia y la imposición de una pena al condenado en un proceso justo e imparcial, se dan

elementos tanto de prevención especial como de prevención general *“Cuanto más grave es el delito tanto más requieren las exigencias preventivo generales un agotamiento de la medida de la culpabilidad. Pues, frente a crímenes capitales,*

²⁷⁶ Roxin, Claus, ob. cit, página 221.

²⁷⁷ Roxin, Claus, ob. cit, página 222.

*solo se conserva la confianza en el orden jurídico y se restablece la paz jurídica si tiene lugar una sanción adecuada. Por el contrario, frente a delitos leves o de mediana gravedad -que en la práctica tienen una sobrada mayoría- puede observarse con indulgencia si ello es aconsejable según puntos de vista preventivo especiales.”*²⁷⁸. Tienen así cabida tanto elementos de prevención general como de prevención especial, confluyen de manera escalonada dependiendo de la gravedad del delito.

Por último el momento de la ejecución penal, es el lugar que le corresponde a las concepciones resocializadoras.

La renuncia a este enfoque que “...se orienta a inflingir un mal sólo puede llevar al condenado a una definitiva disocialización y, de hecho, no podrá constituir para el la enseñanza de formas humanas y sociales de comportamiento que de forma tan urgente necesita.”²⁷⁹.

En suma para Roxin debe tenerse en cuenta la dimensión temporal de la aplicación de la pena “Ella se extiende desde la pura prevención general en las conminaciones penales, pasando por la combinación de prevención especial y general en la imposición de la sanción, hasta la evidente primacía de la prevención especial en la ejecución de la pena y en las sanciones no privativas de libertad. La transformación de los fines de la pena en el proceso de realización del derecho penal, que ha desatado las rígidas ataduras a objetivos unilaterales, pertenece pues, asimismo, a los modernos desarrollos de la teoría de los fines de la pena.”

²⁸⁰.

d) Teoría neo-retributiva de la pena, la teoría de Gunther Jakobs

²⁷⁸ Roxin, Claus, ob. cit, página 222.

²⁷⁹ Roxin, Claus, ob. cit, página 223.

²⁸⁰ Roxin, Claus, ob. cit, página 224.

²⁸¹ Jakobs, Gunther, en “Sobre la Teoría de la pena”, página 15.

Después de realizar un breve esbozo de las teorías existentes, críticas de la función de la pena, a su juicio surge la siguiente cuestión, ¿por que algo tan problemático como la pena pública puede seguir existiendo? *“Dicho desde otra perspectiva: puesto que evidentemente aún existe la pena, cabe plantear la sospecha de que la pena no sólo ofrece la denominación de un conglomerado de elementos heterogéneos, sino que puede ser reconducida a un concepto; en lo que sigue, se intentará realizar ese esfuerzo.”*²⁸¹. Parte en consecuencia con ello, desde un ángulo descriptivo del problema.

Para él *“...la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación normativa concreta de la sociedad.”*²⁸², por ello afirma que puede llegar a no tener sentido hablar del fin de la pena.

Recuérdese que para Jakobs las normas son reales en cuanto constituyen el esquema de orientación determinante para el comportamiento de las personas en una sociedad. Luego la pena no tiene un fin específico, al menos no en el sentido que la doctrina lo discute, la función si se quiere llamársele así sería la confirmación de tal esquema orientador.

A través de la pena no se persigue la prevención de futuros delitos *“...lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente.”*²⁸³. Ni la finalidad preventiva ni la retributiva describen de modo adecuado el proceso de punición, no se pena para prevenir tampoco para retribuir, sino para mantener el esquema normativo existente en una sociedad.

Existe una sociedad en cuanto sus normas son reales, esto es, en la medida que el esquema normativo determina la comunicación. Dos condiciones se requieren para considerar a un comportamiento como hecho de una persona que existe dentro de

²⁸² Jakobs, Gunther, ob. cit., página 15

²⁸³ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 16.

una sociedad y que puede afectar la realidad de las normas *“...el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma.”* ²⁸⁴.

Partiendo de las bases de la filosofía hegeliana y fundiéndolas parcialmente con nociones de la sociología luhmaniana, expone que la conducta infractora de las normas en cuanto conducta de una persona, crea una situación ambigua desde el punto de vista del mundo expresado en ella *“...formalmente, se trata de sociedad, pero los límites de ésta son trazados de nuevo; allí en donde conforme*

al esquema social se trata de deber, el sujeto que actúa exige un espacio de libertad.....el comportamiento se interpreta como conducta con sentido, pero el contenido de ese sentido está en discusión: sentido formal. El comportamiento contrario a la norma, por tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter de real de la sociedad...” ²⁸⁵.

Puesto que el infractor de la norma no alcanza a la sociedad ²⁸⁶, podría pensarse que la respuesta necesaria frente a su hecho, es la de privarle del reconocimiento de su calidad de persona, para que no siga organizando sus medios de manera contraria a la norma

“No ha cumplido con las expectativas que se dirigen a su persona; por consiguiente, se lo define como algo a lo que estas expectativas ya no se dirigen, como individuo, más duramente como a una cosa, como una pieza de ganado.” ²⁸⁷.

Arriba a esta conclusión al considerar que la calidad de persona se puede perder en la medida que se quebranten los cimientos de la sociedad, que como sabemos, está fundamentada contractualmente. Sin embargo con ello, de un lado se rompería la proporcionalidad, puesto que la reacción no sería contra una persona

²⁸⁴ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 17.

²⁸⁵ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 18.

²⁸⁶ Jakobs, Gunther, ob. cit.

²⁸⁷ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 18.

sino contra una cosa, el hombre considerado como cosa. De otro, se podría llegar a pensar que el que contraviene las normas puede marginarse de su condición de persona por su propia voluntad, con lo cual la existencia de la sociedad, más bien sus límites dependerían no ya de las normas sino de la conducta del infractor, lo cual es inaceptable. Luego este punto de partida a su juicio es equivocado.

La conducta de una persona no es algo natural, algo ontológico, la persona se comporta de acuerdo a las normas, determinado por la comunicación, por ello *“Si se pretende, entonces, que el hecho sea una conducta de una persona, esta conducta no se encuentra en el mundo de la sociedad real, sino en un mundo equivocado: el hecho del infractor de la norma muestra lo opuesto a la sociedad real y sólo se halla vinculado a esta por el hecho de que el agente es reclamado por la sociedad como persona. Precisamente por esto, se mantienen su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal.”*²⁸⁸.

Recuérdese que para Jakobs hay, en palabras de Luhmann, un acoplamiento estructural entre la persona y la conciencia. La persona es algo determinado por la comunicación, supone la conciencia, pero es algo diferente a ella.

En suma, el delito como tal se encuentra en un mundo equivocado, pero por el hecho de emanar de una persona, esa conducta tiene un significado, lo cual la capacita para erosionar la realidad de las normas *“...si se pretende evitar esa erosión, ha de anudarse una conducta de tal modo que quede clara la imposibilidad de llegar a lo común a través del quebrantamiento de la norma. Al infractor de la norma se le priva la posibilidad de comportarse en el plano físico, como única condición de lo común con él, que le es asequible a la sociedad, se le retiran de manera más o menos radical de sus medios de interacción: pena...”*²⁸⁹.

²⁸⁸ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 21.

²⁸⁹ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 23.

La conducta de la persona expresada en el delito, ha erosionado las normas, pero no solo ha significado algo, sino que también lo ha configurado, por ejemplo ha matado a alguien. Con este hecho no sólo ha afirmado que es válido, como orientación en un mundo común, matar a otro, sino que ha comenzado a esbozar este mundo *“...el significado de esa conducta no sólo es objetivado por él en el plano simbólico, sino mediante el mundo externo de las personas, que es configurado ya después de la afirmación.”*²⁹⁰, luego la pena en este sentido es una reacción frente a esa conducta que erosiona la norma, mediante el esbozo de un mundo contrario a ella.

Aquella reacción, así como el delito, ha de suponer una configuración definitiva de la comunicación *“...lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo. Esto nada tiene que ver con la intimidación o educación del infractor de la norma o de otras personas. Tan solo se trata de contraponer a la realidad de la persona meramente formal en el hecho, esto es, al quebrantamiento de la norma, una situación materialmente personal, esto es, realidad de la norma (y no solo su posibilidad).”*²⁹¹. Luego no puede hablarse de fin de la pena, esto es inexacto, pues la pena constituye una sanción en si misma, cual es, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad.

Por eso no puede afirmarse que esta concepción es preventivo general. Para Jakobs la pena es un proceso de comunicación y no debe determinarse en base a psicologismos, como son la confirmación de los valores de la sociedad. En efecto, la pena puede producir anexamente estos resultados, pero lo decisivo en ella no es esto, sino la confirmación de las reglas de la configuración de la sociedad, nada más.

²⁹⁰ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 25.

²⁹¹ Jakobs, Gunther, ob. cit., página 25.

e) La teoría de Wilfried Bottke

Para finalizar quisiera exponer una última teoría con el objeto de hacer un esbozo actual sobre la teoría de la pena.

Wilfried Bottke sostiene que la base del análisis lo constituyen las relaciones que se dan entre los miembros de una sociedad *“La organización de contactos sociales es sustrato pre-jurídico de toda valoración jurídica y por ende también jurídico penal.”*

²⁹². Estos actos de organización se refieren a los sujetos que constituyen el sistema social correspondiente, los cuales son considerados como centros de imputación, imputación por la competencia que se les reconoce, en cuanto a la capacidad que manejan para la organización de actos.

Cuando estos actos de organización traspasan las fronteras del sistema individual, esto es la persona como sistema *“...y entran en relación con el medio exterior, devienen contactos sociales.....Los contactos sociales observados son portadores de un contenido comunicativo, ya de infracción de la norma, ya de conformidad con esta.”* ²⁹³.

Como forma de reacción del sistema frente a estos contactos sociales que infringen las normas jurídico-penales se establecen los procesos penales, estos están cargados de contenido contra-comunicativo y *“Ponen de manifiesto tanto el desvalor que supone la infracción de la norma como el valor y el carácter obligatorio de la norma infringida.”* ²⁹⁴.

Como efecto colateral de este proceso, y dependiendo del contenido de la sentencia, se producen consecuencias anexas negativas para el infractor *“La imposición o no de estas consecuencias enojosas, dependerá de la finalidad de la consecuencia en cuestión, siendo esta finalidad la que determinará la legitimidad o*

²⁹² Bottke, Wilfried, en “La actual discusión sobre la finalidades de la pena”, página 42.

²⁹³ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 43.

²⁹⁴ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 43.

no de la medida."²⁹⁵. Estas consecuencias pueden ser condictivas (aquellas que implican un retiro de las ventajas producidas por el delito a aquellos que se beneficiaron de él), restitutivas (aquellas que tienen por objeto reparar los perjuicios producidos por el delito) y aquellas que consisten en la producción de costes (producción de costes para el responsable que vienen dados por la restricción de sus libertades, por ende de su capacidad para organizar.)

El poder de organización de contactos sociales que se reconoce a una persona en una sociedad comprometida en favor de una libertad real²⁹⁶ es "*...condición para que el organizador de un contacto social, ya sea este fiel al derecho, ya punible, o al que participa en la violación de una norma, pueda tenérselo por responsable de la organización.*"²⁹⁷, de ahí que la culpabilidad debe entenderse de acuerdo con Bottke como una organización mal empleada, pues va encaminada hacia una conducta punible que defrauda el modelo de organización que se pretende, y que constituye la fidelidad a la norma jurídica y sociocultural.

El profesor alemán precisa que no deben confundirse los términos efectos, funciones, objetivos y finalidades. Efecto primario de los contactos sociales productos de la capacidad organizativa de las personas, son aquellos que se producen indefectiblemente²⁹⁸. Efectos secundarios son aquellos cuyos resultados son más o menos probables y que son susceptibles de ser verificados científicamente²⁹⁹. Función es la prestación que realiza una institución a un determinado sistema, son los efectos secundarios (en el sentido de los contactos sociales) cuya producción no contradice regla jurídica alguna³⁰⁰. Objetivos serían la

²⁹⁵ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 43.

²⁹⁶ Bottke, Wilfried, ob. cit.

²⁹⁷ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 47.

²⁹⁸ Bottke, Wilfried, ob. cit.

²⁹⁹ Bottke, Wilfried, ob. cit.

³⁰⁰ Bottke, Wilfried, ob. cit.

consecución de los cometidos fijados, los que en todo caso no siempre se alcanzan

³⁰¹

Los actos jurídico-penales de organización están sujetos a la constitución penal, esto es “...la reunión de aquellas reglas jurídicas que se dirigen en forma limitadora del poder y con carácter obligatorio, al legislador criminal, pena, de medidas y procesal.” ³⁰². La teoría de la pena a la que se adhiera no puede operar discrecionalmente, puesto que esta anclada a los principios y valores que se establecen en la constitución y a las normas dictadas o acordadas conforme a ella.

Participan por ende, los actos jurídico-penales de organización, de la finalidad del derecho penal constitucional “Finalidad de las normas constitutivas del derecho constitucional penal es, por un lado, asegurar la posibilidad de disfrute de libertades para todos, individuales y completas y, por otro, el funcionamiento en libertad de una sociedad preocupada por este disfrute.” ³⁰³. Es por ello que en su tarea el derecho penal (derecho criminal, penal y de medidas) debe realizar una prestación a este principio de la libertad, a través de la protección de los bienes jurídicos que tienen carácter penal-constitucional ³⁰⁴, cuando no exista otro medio menos lesivo para lograr esta protección.

Frente a determinadas situaciones surge por tanto el deber de protección, situaciones o bienes jurídicos que son entendidos en sentido amplio, y no sólo comprenden la noción clásica y restrictiva de bienes jurídicos, sino también las condiciones de funcionamiento de ciertas instituciones que realizarán una prestación válida a la libertad (entiéndase bienes jurídicos colectivos).

³⁰¹ Bottke, Wilfried, ob. cit.

³⁰² Bottke, Wilfried, ob. cit., página 48 y 49.

³⁰³ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 49.

³⁰⁴ Para Bottke los bienes jurídicos “...son, de acuerdo con la constitución penal, aquellas libertades que la propia constitución penal destaca, y las condiciones de función esenciales para la prestación de un servicio a la libertad, sistemas sociales elevados por la constitución penal a la categoría de bienes jurídicos.....son aquellos sistemas que, por la fuerza de la constitución penal, cumplen las disposiciones del individuo y las condiciones esenciales de favorecimiento de la libertad...”, Bottke, Wilfried, ob. cit., página 49.

Teniendo presente todo lo anterior, las finalidades no son los efectos primarios de los contactos sociales, y son algo más que funciones u objetivos *“Tan solo pueden ser finalidades aquellos efectos secundarios más que casualmente frecuentes, cuya obtención es esperable y cuya pretendida consecución es exigida con carácter general, por la norma, y con carácter individual, por el responsable de la organización o por un tercero.”*³⁰⁵.

Estas finalidades deben ser entendidas en el marco general expuesto, esto es vinculadas a la constitución penal. Puesto que los actos jurídicos de organización penal implican una grave lesión de la libertad, éstos deben adecuarse a la constitución penal *“De transgredirse las libertades del afectado, por la fuerza de sus efectos secundarios, debe exigirse que estos actos sean necesarios para la consecución de una finalidad reconocida por la constitución penal. Los actos de organización penal, las penas y medidas, que se imponen a los sujetos, solo son conformes con la constitución penal si las lesiones de la libertad por ellos producidas tienen lugar de modo valorativamente equitativo, ajustado a valor y racional respecto al fin.”*³⁰⁶. En un derecho penal orientado a las consecuencias se pretende saber, a través de la teoría de la pena, si la producción de costes que este representa *“...reportan mas beneficios, como efectos secundarios, que daños.”*³⁰⁷.

Tratándose del contenido de la pena, la concibe primordialmente en un sentido preventivo general. La prevención especial positiva, si bien puede ser pretendida, no es algo que pueda ser esperado *“...como efecto secundario obtenible con una frecuencia más que casual de la producción de costes retributivos. Efectos secundarios de la producción de costes retributivos con una frecuencia más que casual lo son la maculación y la disocialización del penado. Estos efectos han de*

³⁰⁵ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 51.

³⁰⁶ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 52.

³⁰⁷ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 52.

*ser legitimados: no son sin embargo, a falta de una prescripción normativa en ese sentido, una finalidad de la pena que deba ser perseguida.”*³⁰⁸.

Sí puede sostenerse en cambio la plausibilidad, aunque no existan evidencias empíricas de un resultado favorable de la prevención general positiva. A su juicio *“...una contra comunicación suficientemente frecuente contribuye, a través de un proceso penal esclarecedor de los indicios y que lleve a cabo correctamente el enjuiciamiento del hecho, el mantenimiento de una disposición general a la observancia de la norma.”*³⁰⁹.

Se demuestra así y con rapidez, no sólo que la pauta de comportamiento legítimo es aquella conforme a la norma, sino que la producción de costes *“...lo suficientemente graves para el castigo del culpable del hecho viene a mostrar que a los que resultan normativamente asequibles, los delitos les cuestan pérdidas de libertad, que van más allá de la pérdida de las ventajas obtenidas por el hecho y/o de la reparación de los daños producidos a los bienes de la víctima. Demuestran estos costes que todo aquel que sea normativamente accesible debe responder por haber organizado un contacto social en forma penalmente punible...”*³¹⁰.

Precisado lo anterior Bottke caracteriza su teoría de prevención general de asociación como aquella que *“...estando acorde con el fin del derecho y la constitución penal, es adecuada a una sociedad libre, preocupada por un disfrute de unas libertades amplias e iguales para todos y a un estado que está al servicio de esta posibilidad de disfrute de la libertad.”*³¹¹.

El vínculo de la pena a la constitución es auto-referencial, por ello propone una argumentación conforme al contrato social ya que de esta manera, la finalidad de la

³⁰⁸ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 56 y 57.

³⁰⁹ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 60 y 61.

³¹⁰ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 61.

³¹¹ Bottke, Wilfried, ob. cit., página 62.

pena se subordina a la finalidad del derecho. Luego la prevención de asociación de acuerdo a la teoría del contrato social sería *“...aquella prevención general que está vinculada por las decisiones valorativas que se siguen del contrato social (sobre todo en favor de la posibilidad de disfrute de unas libertades que sean para todos iguales, individuales, y las más amplias posibles) en la medida en que sea adecuado y necesario desde el punto de vista de la prevención de asociación. La equivalencia con la culpabilidad por el hecho no es exigible de acuerdo con una racionalidad final; solo a través de la medida de la culpabilidad del hecho es legítima una limitación del alcance de los costes.”* ³¹².

Esta teoría es cercana a la de Roxin, por que ambas consideran que la única concepción coherente con un Estado democrático de derecho, es la de una pena preventiva. No plantean la prevención especial positiva como finalidad en si misma, sino y en sus términos como un objetivo a alcanzar.

Antes de pasar al siguiente capítulo quisiera retomar unas ideas con el propósito de lograr un mayor entendimiento de la problemática del derecho penal simbólico.

Anteriormente vimos las diferentes teorías sobre el bien jurídico, teorías que trataban de justificar, en su mayoría desde un punto de vista axiológico-normativo, la aplicación del derecho penal. Otros en su minoría y fuera del ámbito de legitimación axiológica, sólo consideraban que el bien jurídico era un criterio incompleto para definir el ámbito de la aplicación de la ley penal, luego lo que se protege no son bienes jurídicos sino la estabilidad de la norma.

Sea cual sea la noción que se siga, es claro que antecede a ello la pregunta de cual es la finalidad del derecho penal, es decir, si tiene por misión fundamental la protección de bienes jurídicos o bien la estabilidad de la norma.

³¹² Bottke, Wilfried, ob. cit., página 64.

Aquí podemos diferenciar en general dos tipos de construcción de sistemas penales, un sistema interesado en la estabilidad de la norma, orientado “hacia dentro”, otro interesado en la protección de bienes jurídicos, orientado “hacia afuera”. Un sistema que tiene por objeto intervenir en la realidad social, es un sistema de los que podemos llamar “hacia afuera”, puesto que va orientado a consecuencias que son posibles de ser demostradas en el campo de lo empírico. Para un sistema que no tiene por objeto, o bien por pretensión, intervenir en la realidad social, es un sistema de los que podemos llamar “hacia dentro”, que no va orientado a sus consecuencias. Es decir un sistema donde el derecho penal ya no es controlable por sus resultados ya que estos no son susceptibles de ser medidos.

Las teorías de Jakobs y sus seguidores, entre ellos Lesch y Mussig, pueden enmarcarse en las teorías hacia dentro. En efecto, no ofrecen criterios para determinar cuando se produce la desestabilización de la norma por el tipo realizado, si es lo mismo desde el punto de vista de la desestabilización la conducta que erosiona la norma que protege la vida o la que protege la propiedad. Al parecer justifican este plano afirmando que éste es un problema sobre la realidad de las normas, problema que en todo caso tampoco es susceptible de ser medido empíricamente.

Esta idea si bien no es importante a efectos de la determinación de la noción objeto del presente trabajo, si permite aclarar que en un sistema orientado hacia dentro no tiene sentido la problemática del derecho penal simbólico. En cambio, en un sistema orientado hacia afuera, donde la legitimación de las penas vienen dada por el vínculo entre finalidad y logros alcanzados, si tiene pleno sentido determinar cuales leyes son simbólicas y cuales no, pues solo podrán ser catalogadas como legítimas aquellas que alcancen los resultados propuestos. Si no se considera que esto tiene importancia, al menos si tiene sentido político-criminal y sociológico preguntarse por esa diferencia en un modelo estructurado de esta manera.

CAPÍTULO 5: DERECHO PENAL SIMBÓLICO

a) Origen histórico

Es en la década de los 80 donde se menciona por primera vez la función simbólica del derecho penal. En este contexto si bien la mayoría de los grupos progresistas discutían su rechazo como instrumento de clase, unos pocos comienzan a exigir una aplicación más igualitaria del mismo, es decir más derecho penal. Poco a poco esta se constituyó en la tendencia dominante.

El discurso conservador siempre había sido el mismo, sin embargo ahora *“...lo que se observa con desmayo es la facilidad con que los grupos progresistas recurren al derecho penal. Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de ecologistas.....de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos delitos y mayores penas...”*³¹³.

Las asociaciones que antes sugerían la disminución de la violencia punitiva ahora la reivindican, los mismos que antes eran contestatarios al estado y a las propuestas de criminalización, acuden ahora a éste en busca de intervención.

Si bien se tiene relativamente claro que poca protección se obtiene y que el afrontar el problema con el derecho penal representa más una forma de huir del conflicto que de solucionarlo, se argumenta que *“...ello no es óbice para renunciar en incidir en su funcionamiento, y sobre todo no es motivo para renunciar a la función más citada en la década de los 80: la función simbólica del derecho penal.”*³¹⁴. Ejemplo de lo anterior son los movimientos feministas, para quienes *“...el estado debe legislar, para invertir la simbología ya existente en la sociedad respecto del poder omnipotente del marido sobre la mujer.”*³¹⁵.

³¹³ Larrauri, Elena, en “La herencia de la criminología crítica”, página 217.

³¹⁴ Larrauri, Elena, ob. cit., página 219.

³¹⁵ Larrauri, Elena, ob. cit., página 220.

Estos grupos no están interesados directamente en el castigo sino en que se produzcan ciertos efectos simbólicos. Lo que se persigue de un lado es lograr que se discuta públicamente el problema, y de otro que quede claro que el marido que no paga la pensión no es “vivo”, sino un criminal. Es decir, su interés no reside en lograr una modificación de la realidad directamente a través de la ley, sino que pretenden con la discusión y publicación del asunto, que la opinión pública perciba que existe un problema *“Lo que se pretende es la declaración pública de que estos comportamientos son socialmente intolerables.”*³¹⁶.

Es una época que precede al derrumbe del bloque socialista en que las fuerzas de izquierda están divididas y debilitadas, y donde el recurso al derecho penal simbólico parece ser la única alternativa de los débiles frente a los poderosos.

Pareciera paradójico que los grupos que antes exigían un derecho penal más reducido son los mismos que ahora exigirán, justificándose en el discurso por la igualdad, una mayor aplicación del mismo. Sin embargo en este contexto político tal paradoja desaparece.

Scheerer llama a estos grupos empresarios morales atípicos *“De acuerdo a Scheerer estos nuevos movimientos son empresarios morales por que plantean sus demandas como si fueran una cuestión moral; exigen la formulación de una regla general que plasme sus convicciones; muestran desinterés por los medios en tanto el objetivo sea justo, y defienden la utilización simbólica del derecho penal.”*³¹⁷.

En la doctrina al parecer es pacífico sostener que el apogeo de la función simbólica es una situación que guarda estrecha relación con la situación política que existe en un lugar y en un determinado momento histórico. Para Larrauri en el contexto de los 80 en Europa existe una *“...situación política que por un lado se caracteriza por el gobierno de partidos socialistas, en algunos países, o por la conquista de parcelas de poder por grupos progresistas, convencidos de la legitimidad de utilizar*

³¹⁶ Larrauri, Elena, ob. cit., página 220.

³¹⁷ Larrauri, Elena, ob. cit., página 218.

*el poder para imponer una nueva moral. Pero, por otro lado, se caracteriza por una desmovilización social de las tradicionales fuerzas de izquierda.”*³¹⁸.

Si bien puede afirmarse que en los años 80 las tendencias conservadoras estaban en control de la mayoría de los gobiernos en occidente, cierto es también que se inicia un tránsito por parte de algunos grupos progresistas que pasan de una situación de exclusión política a disputar áreas de poder institucional. Comienzan a ocupar parcelas de poder, no sólo en los parlamentos sino que también en el nivel del discurso público. El contenido de sus demandas va tomando cuerpo y empieza a ser utilizado fuera de la órbita progresista.

En definitiva es durante esta época cuando comienza a hablarse del derecho penal simbólico o de la función simbólica del derecho penal. Si bien la noción que hoy maneja la doctrina es diferente, esta tiene indiscutiblemente su origen en la historia de las ciencias criminológicas, en cuya génesis debe tenerse presente que no puede deslindarse la situación política existente.

Este fenómeno puede ser enfocado desde otras perspectivas, poniendo el acento no tanto en el contexto social y económico, sino en las características connaturales de ciertos grupos. En efecto, lo anterior puede ser visto como una debilidad intrínseca de los grupos sociales más vulnerables que al verse imposibilitados de satisfacer sus expectativas en el plano material, se contentarían con que la ley los apoyara en sus demandas en el plano formal. En este sentido puede decirse que existen dos ámbitos de aplicación de las normas, el de dictarlas y el de aplicarlas *“...derecho penal de los oprimidos está condenado a ser (solo) simbólico ya que estos carecen de la fuerza para imponerse en el sistema que aplica las normas, pero si tienen fuerza para hacerse oír en el órgano que codifica las normas.”*³¹⁹.

³¹⁸ Larrauri, Elena, ob. cit., página 222.

³¹⁹ Larrauri, Elena, ob. cit., página 223.

Sin embargo esto no se condice con el principio de igualdad ante de la ley que garantiza nuestra constitución política de la república. En efecto, tal principio viene normativamente indicado por la carta fundamental, por lo que en tanto garante de este el estado no podría válidamente dictar normas, y dejar de aplicarlas sólo respecto de algunas personas. Sobre todo si presupuesto de ello es un acto administrativo arbitrario, el cual sería en este contexto la orden a los operadores judiciales, de no aplicar respecto de “aquellos que no tienen fuerza” normas que garantizan derechos para todas las personas. No existe un baremo valorativo no arbitrario, el que en el marco de un estado democrático de derecho, podría legitimar racionalmente una distinción como aquella.

Por último expresa la autora española que el recurso a esta función del derecho penal *“...puede representar un último intento de legitimar un derecho penal, el cual aparece cada vez más desacreditado por el no cumplimiento de ninguno de los fines instrumentales que se auto atribuye, sea la prevención general, sea la prevención especial.”*³²⁰.

Sin embargo creo que esta función educativa del derecho penal (concepción por lo demás autoritaria, en la que el límite de la pena no estaría dado por el hecho realizado sino por la necesidades de resocializar o lo que es peor, moralizar la personalidad de la persona infractora, para que esta asuma una nueva identidad, la identidad de quien respeta al valor lesionado por su conducta), que es lo que esta implícito detrás de la reivindicación del arsenal penal por parte de los empresarios morales, no se corresponde, de un lado, con la idea subyacente a un estado democrático de derecho donde se considera a las personas como sujetos libres que se autodeterminan (al utilizar al derecho penal como una forma de escuela para que las personas sepan como desenvolverse frente a ciertos valores).

³²⁰ Larrauri, Elena, ob. cit., página 223.

De otro lado con el recurso de crear un determinado estado de la conciencia se dejan a parte las verdaderas posibilidades instrumentales de incidir en la reducción de la violencia.

Con lo cual, el esfuerzo por intentar demostrar y enseñar sobre el carácter paternalista de la sociedad, el carácter capitalista de las estructuras sociales o de la importancia del medioambiente, sólo aleja al derecho penal de su capacidad (real o presunta, lo que interesa aquí es el juicio positivo sobre la razonabilidad de aceptar que el derecho penal puede tener un efecto preventivo, independientemente de que éste sea eficaz o ineficaz, ya que estos calificativos nos remiten a los medios y lo que aquí interesa es el mundo normativo, lo contrario implica renunciar a dicha posibilidad) de incidir en los comportamientos efectivamente lesivos de los derechos.

Por último se debe mencionar que en este punto se produce un acercamiento a la noción actual del derecho penal simbólico, que en todo caso y a la larga sólo produce su constante deslegitimación.

b) Condiciones que favorecen su existencia

Desde un punto de vista sociológico presupuesto del derecho penal simbólico son las demandas de criminalización. Este fenómeno no es un asunto reducible al ámbito jurídico, también es un fenómeno sociopolítico, una expresión jurídica de un momento sociopolítico. Es precisamente en un contexto en que se discute sobre la eficacia del sistema penal cuando este muestra carencias desde el punto de vista de su legitimidad.

En un modelo orientado hacia afuera se vulneran derechos legítimamente en la medida que se logren las finalidades que se proyectan. Cuando se le imputa ineffectividad al sistema penal, se le esta criticando su falta de operatividad. Desde el punto de vista de la configuración del estado y de las garantías que este protege,

es justamente cuando al sistema se le imputa ineffectividad, cuando se debería colocar bajo la lupa de la legitimidad los medios empleados. Pues existiría una situación continua en que se vulnerarían garantías por razones en las que no puede participar un estado de derecho moderno.

Lo anterior es aún más crítico en un contexto en que la opinión pública demanda resultados, sobre todo en momentos de campañas electorales por que las demandas tienden a no estar basadas en hechos empíricamente demostrables, o que en todo caso son susceptibles de ser manejados por los medios de comunicación (como se verá con posterioridad).

Existe hoy una tendencia a atribuir al derecho penal una capacidad mágica para resolver problemas que en verdad no está capacitado para resolver. Sin embargo los políticos tranquilizan a su electorado mediante la dictación de leyes penales cada vez más duras con el argumento de que “se esta haciendo algo”, sabiendo, o debiendo saber de antemano, que esta no es la forma apropiada de tratar la mayoría de los conflictos que se le encargan al derecho penal.

Parece que nos quedamos tranquilos con la pirotecnia que vemos en el cielo durante el show de la democracia que se lleva a efecto cada cierto número de años. En el entretanto, en el intermedio, nos tranquilizamos (o nos tranquilizan) con los discursos de las leyes contra el flagelo de la delincuencia que todos los políticos nos prometen concretar si salen electos. Quizás hemos comenzado a soplar las cenizas del positivismo que no alcanzaron a apagarse del todo, pero entonces quizás el problema somos nosotros.

Tras bambalinas ocurren otras cosas. Las demandas de criminalización como herramienta política no es algo nuevo. Durante los sesenta y los setenta con el surgimiento de los movimientos de “Law and order”, comenzó una intensa relación entre los grupos interesados por la criminalización de comportamientos y endurecimiento de las penas y la política criminal. Con posterioridad, en Inglaterra,

puede verse (parcialmente) el surgimiento de los empresarios moral atípicos en los autores John Lea y Jock Young.

Estos criminólogos reconocen que el derecho penal es una herramienta con la que los débiles pueden hacer algo, si bien también reconocen que es el sistema capitalista el que produce las condiciones para que esto ocurra. El delito refleja *“...el desmoronamiento de la solidaridad humana; representa la ruptura palpable del orden social, o el individualismo rampante de una guerra hobbesiana de todos contra todos. El delito constituye un poderoso símbolo del egoísmo antisocial que se filtra en la totalidad del comportamiento y de los valores del capitalismo.”*³²¹.

El delito, es algo más que un problema individual *“El delito es la punta del iceberg. Es un problema real en si mismo pero es también un símbolo de un problema mucho mayor; y son los débiles los que mas sufren.”*³²².

Para estos autores hay dos vertientes respecto del delito. Los radicales, quienes afirman que el delito es un epifenómeno, que es producto de las condiciones estructurales de la sociedad y que por ende respecto del delincuente no cabe reconocer ningún tipo de responsabilidad *“Si el delincuente está tan determinado por los cuantiosos problemas sociales a los que debe enfrentarse, entonces sancionarlo resulta moralmente incorrecto.”*³²³, (esta corriente, en el decir de los autores, desemboca en los modelos correccionalistas).

Los conservadores, para quienes el delito es un problema central *“No se trata de un epifenómeno.....No es un producto de la pobreza puesto que ¿no son honestos la mayoría de los pobres? Si se comete un delito se comete un acto intencional -la acción de una persona que no desea controlarse-.”*³²⁴.

³²¹ Lea, John y Young, Jock, ob. cit., página 89.

³²² Lea, John y Young, Jock, ob. cit., página 89

³²³ Lea, John y Young, Jock, ob. cit., página 92.

³²⁴ Lea, John y Young, Jock, ob. cit., página 93.

Ambas vertientes, teóricamente opuestas, convergen y proponen que el derecho penal es la herramienta adecuada para solucionar el problema del delito,

formando una nueva dimensión de apoyo popular correspondiente a la mayor parte de los sectores políticos. Este es el caldo de cultivo para que se concreten masivas demandas sociales. Son las bases que permiten explicar el posterior uso descontrolado del sistema penal.

Como ya se dijo se va produciendo un desplazamiento de las posturas críticas que antes proponían una disminución del uso del derecho penal, y se van acercando poco a poco a las tendencias conservadoras de “Law and Order” que siempre habían pretendido más derecho penal *“Como lo señala Angela Davis: Los verdaderos delincuentes en esta sociedad no son todas esas personas que pueblan las cárceles a lo largo y a lo ancho del Estado, sino todos aquellos que han robado a la sociedad la riqueza de este mundo.”*³²⁵.

Esta peligrosa unión en las circunstancias mundiales de masificación de los medios de comunicación, abonó el terreno para un adecuado uso politizado del derecho penal.

La época en que se insertan estos criminólogos ingleses es el de una criminología crítica en crisis, donde ya no se considera al criminal como Robin Hood, donde se asume que el problema de lo delito es fundamentalmente un conflicto que afecta a las capas más necesitadas de la sociedad.

Se concluye que la delincuencia es un problema real y no aparente, oponiéndose con ello a las antiguas corrientes de izquierda que afirmaban que el único y verdadero problema era el sistema y sus superestructuras.

³²⁵ Lea, John y Young, Jock, ob. cit., página 97.

Lea y Young no niegan la relevancia de la perspectiva macro sistémica, pero rechazan la idea de que la delincuencia es un epifenómeno. Constituye en efecto, un factor importante que tiene que ser necesariamente objeto del análisis criminológico. Si bien el delito desde un punto de vista global puede ser atribuido a problemas sistémicos, ello no obsta a que sea considerado como un tema social. El delito, en consecuencia, no puede ser equiparado a un accidente natural aunque estos causen mayores problemas *“En 1979 las personas que murieron en Inglaterra y Gales debido a accidentes de tránsito superaron en nueve veces a los muertos por homicidio; un número similar falleció por accidentes en el hogar. El delito, por lo tanto, no causa en general un número tan elevado de muertes como el que producen los accidentes de tránsito o en el hogar, aunque al hacer comparaciones, debieran tenerse en cuenta la medida en que determinado fenómeno es esperable para las personas.”*³²⁶.

En suma que hay que tener los ojos abiertos al problema del delito, no hay que descriminalizar.

Este incremento de las demandas de criminalización según Tamar Pitch ha sido pasado por alto, en circunstancias que es fundamental para el correcto entendimiento del delito en si. Se ha descuidado lo *“...relacionado con las demandas de criminalización; las circunstancias y las modalidades en las que los problemas y conflictos sociales devienen identificados como materias dignas de una respuesta penal.”*³²⁷.

El profesor italiano afirma que existe una tendencia cada vez más intensa en utilizar el lenguaje y los elementos de la justicia penal para articular demandas sociales. Dentro de los grupos que impulsan estas demandas colectivas centra su análisis en

³²⁶ Lea, John y Young, Jock en “¿Que hacer con la ley y el orden?”, página 86.

³²⁷ Pitch, Tamar, en “Responsabilidades limitadas”, página 125.

aquellos que pretenden obtener una “...*extensión de los derechos civiles y sociales a grupos o áreas de vida de los que han estado excluidos hasta este momento.*”³²⁸.

Históricamente “las cruzadas simbólicas” de antaño difieren de las de hoy, eran demandas orientadas hacia el pasado, como un intento por defender los valores tradicionales que se consideraban amenazados por las nuevas tendencias sociales. Las nuevas cruzadas simbólicas por el contrario están “...*orientadas hacia el futuro: son ofensivas en el sentido de que luchan por la afirmación de valores percibidos como nuevos.*”³²⁹.

Los problemas sociales son construcciones sociales, desde este punto de vista la criminalización no sólo implica que una determinada conducta este amenazada con pena “*Demandar la criminalización de un acto implica.....problematizarlo de un modo particular: si la solución a un problema es parte del problema, la respuesta criminalizante forma parte de la caracterización del problema a que es aplicada.*”

³³⁰.

La respuesta penal es por su naturaleza rígida y transfiere estas características al conflicto restringiéndolo en sus propios términos. El discurso político que está detrás, orientado hacia el futuro y con la pretensión de la extensión de ciertos derechos, se desdibuja en la medida que es reducido por la absorción que implica su procesamiento por el sistema penal. De esta manera lo que es demandado, esto es el reconocimiento de la relevancia de ciertos grupos excluidos de la ciudadanía en los términos de nuestra propia evolución política y filosófica³³¹, se deforma.

Pero esta construcción no sólo desdibuja las demandas sino que también produce toda una serie de nuevos conocimientos y valoraciones a lo que es designado

³²⁸ Pitch, Tamar, ob. cit., página 126.

³²⁹ Pitch, Tamar, ob. cit., página 128.

³³⁰ Pitch, Tamar, ob. cit., página 130.

³³¹ Pitch, Tamar, ob. cit.

comúnmente como normal *“La reconstrucción de lo normal como una forma de abuso conlleva la atribución de causas no naturales a eventos y situaciones.”*³³².

La problematización y posterior criminalización trae una doble consecuencia. De un lado deforma el discurso que está detrás, de otro implica la estructuración de dos polos. Situados en uno de ellos están aquellos que consideran que el tema se trata de la asunción de responsabilidad, situados en el otro están aquellos para los que se trata de una atribución de culpa, de esta manera *“...los actores son contruidos en ambos polos del proceso.”*³³³.

En cualquier caso lo que interesa a Pitch es la relación entre la construcción de un problema y la criminalización *“El modo en que un problema viene a ser construido esta inextricablemente conectado con el tipo de solución que se tiene en mente y/o que aparece disponible. La atribución de causas es, en realidad, una operación en el contexto de la elección de soluciones.”*³³⁴. La pregunta pasa por como se tiene que entender la tendencia de estos movimientos a construir los problemas en términos penales.

La solución penal implica la consideración de que ésta es la respuesta adecuada a un determinado problema. A juicio del autor italiano existen tres objetivos posibles y que se encuentran interconectados cuando se usa la herramienta penal *“1) la disminución de la extensión del problema.....2) la asunción simbólica del problema como un mal universalmente reconocido.....3) el cambio de las actitudes y modelos culturales dominantes relacionados con el problema.”*³³⁵.

Estos objetivos a llevar a cabo como forma de resolver el conflicto ya construido implica en primer lugar la exageración del problema (basado en la estructuración de

³³² Pitch, Tamar, ob. cit., página 132.

³³³ Pitch, Tamar, ob. cit., página 133.

³³⁴ Pitch, Tamar, ob. cit., página 134.

³³⁵ Pitch, Tamar, ob. cit., página 135.

polos). Esto es “...o estas del lado del culpable, o estas del lado de la víctima.”³³⁶. En segundo lugar su simplificación tanto jurídica como política.

Este camino nos conduce a la individualización de la responsabilidad “La responsabilidad penal es personal: criminalizar un problema significa imputarlo a individuos claramente identificables, con la consecuencia de que sólo éstos se volverán responsables del problema. El contexto social, político y cultural en el cual el problema ocurre y es percibido, tiende a desaparecer en el trasfondo.”³³⁷.

Es posible que los desastres ecológicos sean consecuencia de una determinada forma de desarrollo económico, que el abuso contra los niños producto de situaciones sociales y psicológicas, que la violencia contra las mujeres sea resultado del machismo cultural, pero el proceso de criminalización “...universaliza el problema y privatiza sus causas....La criminalización, mientras legitima el problema como de interés universal, individualiza la responsabilidad por él.”³³⁸.

En la medida en que se criminaliza un problema se fragmenta su complejidad. Este fenómeno es favorable para los nuevos grupos que buscan reconocimiento legal, pues permite que el problema sea negociable políticamente “...la demanda de criminalización implica la aceptación del terreno y las reglas del conflicto tal como están dados, reconoce y legitima la autoridad del sistema de justicia penal, utiliza canales políticos oficiales, delega la definición y la legitimación de su propia identidad colectiva a las instituciones políticas tradicionales.”³³⁹. Es en este espacio político reductor donde se formulan y desenvuelven las demandas sociales que a la larga no solucionan nada, sólo ocultan lo que está detrás³⁴⁰.

³³⁶ Pitch, Tamar, ob. cit., página 136.

³³⁷ Pitch, Tamar, ob. cit., página 137.

³³⁸ Pitch, Tamar, ob. cit., página 137.

³³⁹ Pitch, Tamar, ob. cit., página 141.

³⁴⁰ Una manifestación de este fenómeno de simplificación y fragmentación lo expone claramente Pitch “Como emblemático de los cambios en el clima cultural desde los 70 hasta el presente, cito solo un ejemplo: el episodio, informado en los diarios italianos, de la madre prostituta que ataba a su hijo de 9 años de edad a la cama cuando tenía que salir a trabajar a la noche. Una situación que, al menos en la prensa liberal, hubiera sido descripta algunos años atrás como un problema de pobreza, abandono, carencia..... de una inadecuada intervención asistencial, además de ser un síntoma de una sociedad generalmente injusta, hoy es retratada por estos mismos medios como un episodio de brutalidad salvaje, en el que hay una sola persona claramente responsable y

Es esta “...llamada al derecho penal.”³⁴¹, lo que según Albrecht puede observarse como tendencia generalizada en la política para la discusión y resolución de los problemas sociales en la actualidad. El derecho penal no es visto como parte integrante de una política criminal más amplia, se lo ve como la única política posible.

Esta forma de operar trae aparejada como consecuencia que esta rama del derecho asuma funciones de protección que no esta capacitado para realizar “...es más que cuestionable que el derecho penal pueda solucionar éstos y otros problemas sociales tan complejos, si puede constatarse que sin lugar a dudas el derecho penal posee actualmente el carácter de arma política.”³⁴².

No es que debamos olvidarnos de los principios inspiradores del derecho penal clásico donde el recurso al derecho penal era tan solo un medio para evitar la arbitrariedad del leviatán estatal³⁴³. Pero es necesario tomar razón de que los cambios que se produjeron tanto por influencia del positivismo como del funcionalismo afectaron dichos principios inspiradores. Quizás deberíamos entonces aceptar que el derecho penal no es más que lo que sea la sociedad de la cual ese derecho emana, y reconocer que las modernas demandas que sobre la seguridad se plantean en el derecho penal del riesgo, no sea más que el reflejo de las modernas sociedades industriales que “...generan riesgos que comprometen la continuidad de la propia sociedad.”³⁴⁴.

culpable: la madre. Este relato presupone y refuerza algunas de las características de la respuesta criminalizante.”, Pitch, Tamar, ob. cit., página 144 y 145.

³⁴¹ Albrecht, Peter-Alexis, en “El derecho penal en la intervención de la política populista”, página 471.

³⁴² Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 472.

³⁴³ Así para Albrecht el derecho penal clásico tenía por misión “...asegurar la libertad ciudadana contra la arbitrariedad de la justicia feudal. En la construcción ideológica, el derecho penal era un mecanismo de defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del estado.”, Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 472.

³⁴⁴ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 473.

En el derecho de estas modernas sociedades el rasgo común desde el punto de vista político es la demanda por la seguridad. Existen grandes riesgos vinculados estructuralmente al desarrollo de estas sociedades, el peligro nuclear, derrames de petróleo que aparentan ser difícilmente controlables, y es por ello que *“La prohibición, la limitación o la redistribución de semejantes riesgos, antes de que traspasen la frontera de lo económica, ecológica y políticamente razonables, pasa ser materia de la política de seguridad nacional e internacional.”*³⁴⁵.

El derecho pasa a ser una política de control de los límites del riesgo, es un derecho preventivo que trata de anticiparse a la producción de estos peligros *“...la seguridad se ha independizado como necesidad, hasta el punto de que incluso se habla de ella en la opinión pública. La seguridad se convierte en un concepto simbólico.”*³⁴⁶.

Las condiciones sociales van cambiando, y estos cambios van alterando la noción del derecho penal simbólico. En su gestación se refiere a una forma de reivindicación política por grupos que antes no tenían poder, contiene un claro sesgo moral que le imprime la finalidad educativa que para estos grupos es primordial.

Hoy en Europa donde estos grupos ya están consolidados en el poder, la noción es diferente. En su contenido se produce un tránsito desde la reivindicación política hacia la configuración de la seguridad como un derecho que le es exigible al estado. La finalidad paternalista que solían atribuirle al derecho penal es reemplazada (desde el punto de vista del respeto a la dignidad humana, principio que las constituciones suelen reconocer como límite para la actuación del estado³⁴⁷, esta finalidad es inadmisibles ya que trataría el hombre como un objeto, como

³⁴⁵ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 474.

³⁴⁶ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 474.

³⁴⁷ En efecto la Constitución Política de la República de Chile establece en su artículo 1º *“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.”*

una cosa, como un perro al que se amenaza con un palo no si no hace lo que su amo ordena en palabras de Hegel, al menos como finalidad principal del derecho penal.)

Esta nueva tendencia social en búsqueda de la seguridad ha sido llamada por Peter Alexis Albrecht como la era de la contra ilustración, la era de la construcción de nuevos mitos *“El programa de la ilustración consistió en la supresión de mitos y en la liberación de las personas de su minoría de edad arrastrada por la tradición y aprovechada por el estado y por la iglesia. Fue la invitación a las personas a tomar las riendas de su destino y de su sociedad.....El programa de la actual contra ilustración penal pasa de nuevo por la construcción de mitos.”*³⁴⁸.

Si bien el mundo en el cual se desenvuelve el derecho penal ha cambiado el individuo sigue ocupando un punto central en la construcción del delito, este es el principio de la responsabilidad individual. El modelo de imputación personal busca en la aplicación práctica del derecho la acción individual típica, antijurídica y culpable. Este proceso que comienza con la determinación de las normas infringidas por parte de la persona en concreto, trae a este tiempo serios problemas *“La aplicación de esta sencilla lógica de la imputación a complejos entramados de interacciones sociales provoca en el nivel del sistema de justicia penal colisiones con el principio de justicia propio del estado de derecho. No se puede esperar que los individuos condenados comprendan la imputación de los problemas del sistema que se sustraen a la sencillez de la relación causa-efecto en lugar de probar la irrenunciable causalidad jurídica.”*³⁴⁹, se crea con ello la falsa ilusión, el falso mito de que la respuesta penal es la adecuada.

El sistema de imputación en el plano jurídico resuelve los problemas a nivel de justicia penal, pero el mismo modelo en la medida que imputa un déficit sistémico a

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

³⁴⁸ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 476.

³⁴⁹ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 477.

la realización de un delito por parte una persona individual, conlleva injusticias en el nivel de justicia que fundamenta al estado de derecho que difícilmente se pueden justificar.

El plano político no queda al margen de estos nuevos problemas, en este nivel la “...intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política.” ³⁵⁰.

Se esquiva a través de la creación legislativa las soluciones de tipo político-estructural, de esta manera “...la intervención política en el derecho penal traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la aplicación individual del derecho penal.” ³⁵¹, *de esta manera la “...la actividad legislativa conduce rápidamente a resultados concretos y a producir efectos políticos inmediatos que pueden parecer intervenciones político-estructurales innecesarias. Tales intervenciones se elevan por encima del horizonte de la relevancia política cuando el triunfo electoral está en duda.”* ³⁵².

El uso político del derecho penal se transforma en un instrumento de comunicación en el que se trasladan los conflictos sociales al análisis específico de los conceptos y herramientas del derecho penal ³⁵³. *Por eso mismo no debe dejarse de lado la poderosa influencia de los medios de comunicación. En efecto hoy la criminalidad es objeto “...de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable.”* ³⁵⁴.

Quizás siempre ha existido una cierta fascinación por los hechos sangrientos ³⁵⁵ *y quizás es esta fascinación atávica de la que se aprovechan los mass media para alimentar los nuevos mitos en la era de la contra ilustración.*

³⁵⁰ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 477 y 478.

³⁵¹ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 478.

³⁵² Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 478.

³⁵³ Albrecht no hace la vista gorda a los gestores de la hipertrofia del sistema penal, en un sentido similar a Pitch considera que las demandas actuales de criminalización no sólo provienen de los sectores conservadores de la población “*Las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el estado y en la ley figuran hoy entre los propagandistas del derecho penal y entre los productores activos de leyes.*”, Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 479.

³⁵⁴ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 480.

³⁵⁵ Esta fascinación por los delitos y su relato dramático puede verse claramente en los diarios de las diferentes épocas, así “*Un pliego de 1852 impreso en Barcelona dice: “Horroroso parricidio cometido por Mauricio Beltrán, el cual hizo asesinar a su padre por manos de unos asesinos, dándole doscientas libras catalanas y algunas cuarteras de trigo por el asesinato. Los malvados ahorcaron y quemaron vivo a aquel infortunado padre el día 27 de julio de aqueste presente año,*

Es posible que el paso hacia el uso político del derecho penal haya sido la culminación de un proceso que ha existido desde siempre. Pero hoy ya no hablamos solamente de política, sino de populismo penal. Si sumamos el hecho de que en esta sociedad de la información donde las decisiones políticas pueden ser medidas con una rapidez sin precedentes en lo que se refiere al apoyo electoral, al hecho de que esto ocurre en un modelo penal orientado a las consecuencias, es claro que el populismo del derecho penal es una consecuencia casi inevitable de los tiempos modernos. Pero no por que sea inevitable vamos a callar los argumentos críticos que se pueden construir en contra de esta tendencia.

Uno de los nuevos mitos creados es el de la explosión de la criminalidad violenta “La dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa. La tesis de que cada tres minutos se registra un delito violento se difunde abiertamente. La estadística criminal de la policía computó en 1992 aproximadamente 150.000 casos de la denominada criminalidad violenta (Fundamentalmente, asesinato, homicidio, violación, robo y lesiones; incluyendo los delitos intentados). Calculando que el año tiene cerca de 500.000 minutos se deduce que cada tres minutos en Alemania se comete un hecho violento.”³⁵⁶.

Con estas cifras se difunde la errada posibilidad de poder ser cada 3 minutos objeto de un delito violento, sin embargo se pasa por alto que esa cifra se distribuye entre 80.000.000 millones de personas. Lo cual incluso tomando en cuenta la cifra negra de la justicia “...el riesgo del ciudadano particular reside en el 0.5625%; lo que significa que el riesgo pasa a ser de 177 años al 100% ”³⁵⁷. Entonces una persona en Alemania debería alcanzar estadísticamente 177 años de edad antes de que le tocara ser víctima de un delito violento.

con lo demás que verá el lector...” Archivo de la Biblioteca de Catalunya, Rol/ 1568, citado por Barata, Francesco, en “Los mass media y el pensamiento criminológico”, página 489.

³⁵⁶ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 480.

³⁵⁷ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 481.

De acuerdo a un índice otorgado por el instituto libertad, cuyas fuentes corresponden a las estadísticas del ministerio del interior del año 2003 (visto el día miércoles/26/octubre/2005 en http://www.institutolibertad.cl/op_266.htm), se constata que en Chile se produjeron ese año un total de 400.000 delitos (este número se aumentó para efectos de facilitar el cálculo, es por ello que esta cifra excede de las estimaciones obtenidas tanto por estudios del ministerio del interior como por las de las agencias privadas, por ejemplo por paz ciudadana, la cual estima que para el año 2005 las cifras de los delitos de mayor connotación social bordearán los 400.000 al año, visto el día miércoles/26/octubre/2005 en <http://www.lyd.com/biblioteca/pdf/595delincuencia.pdf>, además se debe necesariamente considerar que las estadísticas se obtienen de gendarmería y nadie sabe a ciencia cierta de que forma esta institución lleva registro de los delitos cometidos, no se olvide además que se cuentan, en un porcentaje desconocido, como delitos efectivamente acaecidos aquellos que solo fueron denunciados).

Es decir que es posible que para el año 2005 cada 1.25 minutos se cometa un delito de mayor connotación social. Si consideramos la proporción en Alemania de que la cifra negra aumenta los delitos en 3 veces tenemos que es posible que se cometan en Chile aproximadamente 1.200.000 delitos al año, es decir que cada 0.4 minutos se realizará un delito de mayor connotación social. Lo que nos lleva a la conclusión de que una persona en Chile puede vivir aproximadamente 68 años sin que sea víctima de un delito de aquellos caracterizados como de mayor connotación social, dentro de los cuales se incluye al hurto (sin distinguir el monto de lo hurtado, un robo de un lápiz bic sería considerado un delito de mayor connotación social), robo por sorpresa y robo con fuerza en lugar no habitado (visto el día miércoles/26/octubre/2005 en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/34.pdf>).

Existe un uso específico de la información para ³⁵⁸ lograr una determinada imagen de la realidad social tanto por organismos privados como públicos, de esta manera se legitiman comunicacionalmente las campañas de criminalización. En efecto, según Albrecht “La formación de esta imagen sobre la criminalidad obedece de manera evidente a otros fines que a la explicación de las circunstancias sociales. Sirve, más bien, a los intereses económicos de los que ofertan productos de medios de comunicación o a los intereses (electorales) de uso político...” ³⁵⁹.

³⁵⁸ Si el delito produce efectos sociales dañinos piénsese entonces sobre el costo económico de los delitos de cuello blanco “Los delitos violentos y los delitos contra la propiedad tradicionales son los que ocupan un lugar mas destacado en los medios de comunicación, lo que es coherente con la creencia popular acerca de que las transgresiones que cometen las personas de mala vida son las que constituyen el problema del delito. Sin embargo estos delitos representan solo el 8.6 % del costo del delito.”, E. H. Johnson, citado por John Lea y Jock Young, en “¿Que hacer con la ley y el orden?”, página 98. Esto nos lleva a preguntarnos que importancia social puede tener un hurto o un robo con fuerza en lugar habitado comparado con los miles de millones de dólares que pierde el estado por evasión de impuestos, sin embargo a nadie le preguntan si fue objeto de un delito

En este modelo “...se sirve de un arma terminológica prodigiosa para no sucumbir ante el reproche de la inactividad: el derecho penal preventivo. El derecho penal preventivo es un medio ideal de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe actividad política. Ya que ninguna política prescinde de él en su arsenal de recursos.”³⁶⁰. Sin embargo esta arma preventiva es tremendamente peligrosa “Un pensamiento centrado exclusivamente en la eficacia de la persecución penal quiebra cualquier barrera constitucional frente a la intervención estatal en la esfera de libertad del ciudadano.....La metáfora político criminal de la criminalidad de masas y de la criminalidad organizada son los caballos de Troya con los que se impulsa intensamente la erosión del derecho penal del estado de derecho.”³⁶¹.

Para Hassemer el derecho penal de la actualidad está pasando “...de la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político...”³⁶². Esto se refleja en los cambios que se están produciendo en el derecho penal material, en el cual se observa un creciente interés por “...combatir con toda celeridad y urgencia los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas...”³⁶³.

Hassemer se refiere a este fenómeno como la “dialéctica de lo moderno” haciendo referencia al fenómeno denominado por Adorno y Horkheimer como “dialéctica de la ilustración”. Por moderno entiende un derecho que “...prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica; se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias; es más favorable, por tanto, a una concepción teórica preventiva que retributiva; intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.”

³⁶⁴

cuando estafan al erario público del cual se supone todos somos parte. Ni Paz Ciudadana ni el Ministerio del interior incluye estos delitos que realmente significan un costo para el estado entre aquellos que tienen mayor connotación social, como la víctima no es palpable el uso político de estas cifras es escaso, luego no hay un interés relevante del cual sacar provecho político, no interesa saber que piensa la gente al respecto.

³⁵⁹ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 482.

³⁶⁰ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 483.

³⁶¹ Albrecht, Peter-Alexis, ob. cit., página 485 y 486.

³⁶² Hassemer, Winfried, en “Persona, mundo y responsabilidad”, página 9.

³⁶³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 9.

³⁶⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 16.

Sin embargo afirma que estas tendencias están agotadas y que la modernización que representaron en su momento hoy amenazan con invertirse. Las fuentes históricas de esta modernización tienden un puente hacia el derecho penal clásico, derecho que surge de la muerte del derecho natural y que se fundamenta sobre bases contractualistas. En el marco de este estado "...el derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y, por tanto, pretende evitar las lesiones de la libertad....Paradójicamente el moderno derecho penal rompe con esta tradición, en la medida que la consume. Las tendencias que caracterizaron el derecho penal clásico son las mismas que caracterizaron el derecho penal de hoy; pero, el desvincularse del contexto en que surgieron y trasladarse a otro diferente, han hecho que el moderno derecho penal de hoy apenas guarde relación con el viejo derecho penal clásico.” ³⁶⁵

La evolución de la que estamos hablando no sólo se produce en Alemania, sino también en los demás países europeo-continetales, y también en un algún grado los países llamados "en vías desarrollo". Algo así ocurrió con la dictación del Código Penal español el año 1995.

Para Sanz el panorama era claro, en un primer momento el proyecto "...se desarrolló en un ambiente de liberalismo de corte acentuadamente social, de preocupación por el trato que el sistema daba al delincuente; se exigía que la sociedad asumiera su cuota de responsabilidad en la delincuencia..." ³⁶⁶. *Sin embargo estas condiciones tropezaron con otras "...los tiempos cambian....Cuando el Código Penal de 1995 es elaborado definitivamente, la sociedad pide mano dura para los delitos tradicionales y exige la protección penal de una serie de intereses y valores emergentes, fenómeno que se ve alentado por la complacencia de los poderes públicos que encuentran en el Derecho Penal el instrumento idóneo, por barato y popular, para aparentar la gestión de los asuntos públicos. De este modo, una Política Criminal que casi no merece este nombre desplaza la verdadera política social en muchos ámbitos en los que ésta sería respuesta oportuna y deseable.”* ³⁶⁷

Poco a poco el derecho penal va a expandiéndose, asumiendo nuevas y excéntricas funciones que podrían caracterizarse más como funciones encubiertas que como declaradas, sobre todo si tenemos en consideración las voces que desde hace tiempo alertan sobre la empíricamente indemostrada

³⁶⁵ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 18 y 19.

³⁶⁶ Sanz Barquin, Jesús, en "El Código Penal de 1995, cinco años después"

³⁶⁷ Sanz Barquin, Jesús, ob. cit.

*prevención. En palabras de Sanz “La insuficiencia del Código Penal para responder por sí mismo a los retos incluso de la propia Política Criminal, si es que alguna vez ha existido en España (quitando la época de Jiménez de Asúa) algo que merezca este nombre, contrasta con la cada vez más acentuada tendencia a hacer responsable al Derecho Penal de todo lo que sucede y de lo que deja de suceder. En cierto modo, hay un retorno social generalizado a la creencia en fórmulas mágicas para enfrentarse a la realidad, en ídolos reales o inventados en los que se confía para resolver los problemas. Pues bien, una de estas supersticiones, y de las más conspicuas, es la que hace referencia al Derecho Penal.”*³⁶⁸. *Cuando se descubre una violación del padre a su hija, del compañero de clases que en un colegio trafica drogas, la reacción más instintiva es pedir la modificación del Código Penal, lo mismo cuando hay accidentes de buses.*

Todos creen en la panacea del instrumento penal “Claro está que nadie habitualmente afirma de modo expreso que mediante las reformas penales se pueda resolver ninguna clase de problema social, sino que más bien se trata de un mensaje subliminal que parece asumido por muchos de los que opinan en los medios de comunicación, sobre todo por los políticos. Por eso no cabe hablar de Política Criminal, al menos conscientemente diseñada como tal, en estos casos. En cambio, lo que existe es la colocación del Código Penal en un lugar de referencia, como una especie de faro hacia el que todos miran y en todo caso hacia el que a los poderes públicos les interesa que todos miren cuando un problema da la cara.”

³⁶⁹

*Allí donde surge un conflicto los políticos se esfuerzan mediante decisiones micro sistémicas solucionar problemas que de esa manera no es posible de resolver, sin embargo la actividad legislativa pareciera satisfacerse en su propia actividad “Se pone en marcha una nueva reforma del CP y la ciudadanía respira satisfecha al comprobar que los responsables políticos verdaderamente se preocupan por los problemas.”*³⁷⁰

³⁶⁸ Sanz Barquin, Jesús, ob. cit.

³⁶⁹ Sanz Barquin, Jesús, ob. cit.

³⁷⁰ Sanz Barquin, Jesús, ob. cit.

c) Conceptos en la doctrina

Este es el contexto histórico del fenómeno, y las condiciones socio-políticas que favorecen su expansión y evolución. Ahora es necesario determinar que entiende la doctrina por derecho penal simbólico.

Para el profesor Terradillos Basoco es opinión unánime en la doctrina que el derecho penal debe orientarse a la prevención. Sin embargo el hecho de que las investigaciones en el plano empírico hayan demostrado su relativo fracaso, nos empuja ineludiblemente y respecto del sistema penal a la *“...reflexión sobre sus fines latentes u ocultos, a la reflexión sobre sus funciones materiales y no ideológicas.....Debemos analizar, en consecuencia, en que medida la criminalización responde a la finalidad de tutelar bienes jurídicos, como*

continuamente proclama el poder, o si, por el contrario, busca objetivos distintos...”

371

Estos objetivos podrían ser la catalogación como desviación de comportamientos meramente inmorales, o el reforzamiento de las posiciones de poder de ciertos grupos al interior de la sociedad, o el ocultamiento de los problemas estructurales que existen al interior de un sistema social *“Si esto fuese así, la proclamada tutela penal serviría como pretexto para no recurrir a otros medios de protección más eficaces, con lo que la situación de hecho sería la desprotección programada.”* ³⁷².

Para el profesor español no es objeto de controversia el concepto del bien jurídico en el plano del deber ser, pues se trata de un principio que se reclama por cualquier estado de derecho que se quiera llamar democrático. Pero en el plano del ser si es problemático la constatación de la eficacia de su protección, pues este dato es el que justifica la legitimidad de la utilización del derecho penal. Frente al fracaso parcial del sistema penal (esto es, el fracaso parcial de la prevención, debido a la escasez de estudios empíricos que avalen sus resultados) se pregunta entonces que es lo que de verdad se está protegiendo bajo el velo de la argumentación al amparo del bien jurídico.

La respuesta parte por dilucidar las distintas funciones que realiza el sistema penal. Todo derecho cumple ciertas funciones instrumentales y ciertas funciones simbólicas, la eficacia desde el primer punto de vista reside en la aptitud del sistema penal para prevenir comportamientos. En cambio desde el segundo la eficacia *“...simbólica residiría en su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes.”* ³⁷³. Si seguimos a Levi-Strauss ³⁷⁴ y afirmamos que todas las acciones humanas en

³⁷¹ Terradillos Basoco, Juan, en “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, página 9.

³⁷² Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 9.

³⁷³ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 10.

³⁷⁴ *“La sociedad de nuestros días se caracteriza por ser una sociedad de organizaciones. El fenómeno organizacional se ha extendido a todas las formas de actividad humana; convirtiendo a*

contextos sociales están diseñadas para comunicar significados a los demás, tenemos que “....La función simbólica es, así, inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento. La eficacia protectora de bienes jurídicos reforzada cuando las escalas axiológicas en base a las cuales se desvaloró la conducta, hasta elevarla a la categoría de delito, se transmiten y refuerzan mediante la conminación de pena.”³⁷⁵. Con esto se corre el riesgo de la ineficacia, pues cuando la instrumentalidad deja de ser consistente solo queda la función simbólica, y la

la organización en la institución social dominante. La evolución de la sociedad ha situado a la organización como una parte integrante y fundamental, hasta el grado de llegar a depender de ella para su propia existencia. Las organizaciones se han transformado en el mecanismo a través del cual la sociedad crece, se mantiene y se reproduce. Esta tendencia que aparece después de la revolución industrial se encumbra como la fuerza medular de las sociedades de fin de siglo y parece enmarcar los designios del próximo milenio.....Consideradas como la manifestación de una sociedad que cada día se vuelve más interdependiente y especializada, las organizaciones se han convertido en la forma más eficiente y racional de agrupamiento social. Por otra parte, la racionalidad, la eficiencia y la competencia se han transformado en valores fundamentales de las sociedades industrializadas. Una sociedad sólo podrá reunir estas características en la medida en que las organizaciones que la conforman traduzcan estos principios en acciones diarias encaminadas al logro de sus objetivos.....Las organizaciones formales, consideradas como una unidad social compleja deliberadamente construida y reconstruida para la realización de objetivos específicos, crean un conjunto de relaciones sociales en donde los individuos orientan su actividad al logro de metas colectivas (Stinchcombe, 1965). Caracterizadas por el establecimiento de una estructura jerárquica de normas y reglamentos que regulan las relaciones entre sus miembros, se convierten en una institución única digna de un estudio especial (Mouzelis, 1968)”. La cultura es el marco donde se procede a la organización. La cultura se refiere a los esquemas de significado de valores, normas, creencias, conocimientos, que comparten los miembros de una comunidad. El sistema cultural y el social interactúan de múltiples formas, en este sentido se vincula organización y cultura como forma de dirección de las acciones humanas “Estudiosos como Etzioni (1967) ya vislumbraron la importancia de las organizaciones, él señala lo siguiente: “La organización crea un poderoso instrumento social, a través de la coordinación de un gran número de acciones humanas. Combina personal y recursos al unir líderes, especialistas, obreros, máquinas y materias primas. Al mismo tiempo, evalúa continuamente sus realizaciones y busca adecuarse, con el fin de alcanzar sus objetivos.”.....La cultura como sistema de ideas se encuentra conformada por cuatro posiciones teóricas: la escuela cognitiva, la estructuralista, la de equivalencia mutua y la simbólica. Las tres primeras parten del supuesto de que la cultura se sitúa en el espíritu de los portadores de la misma; la simbólica, la enmarca en los productos de los espíritus de los portadores de la cultura (significados y símbolos compartidos). Desde estos enfoques teóricos se considera que la cultura está formada por concepciones del mundo y de productos simbólicos. La cultura se convierte en un contexto dinámico cargado de símbolos (Geertz), un conjunto de cogniciones funcionales (Wallace; Goodenough), o una estructura mental profunda e inconsciente (Levi-Strauss). (Allaire y Firsirotu, 1988:16.)Para el estructuralismo, cuyo principal representante es Levi-Strauss, la cultura es producto de los procesos mentales inconscientes y está compuesta por una serie de sistemas simbólicos colectivos. Levi-Strauss (1958) sostiene que las culturas poseen características comunes -estructurales- que se manifiestan de diferentes maneras.”, Cordova Villegas, Alejandro O - Font Playan, Isabel - Gudiño Pérez, Patricia - Hernández Mendoza, Erik R. - Sánchez Martínez, Arturo, en “Un enfoque del estudio de la cultura organizacional”.

³⁷⁵ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 10.

apariencia de efectividad en condiciones de ineficacia puede llevar a la ruina al derecho penal.

Sin embargo Terradillos va más lejos, pues considera que esta apariencia de efectividad está “...destinada a acallar una demanda social, y exonera al estado, que recurrió a fáciles medidas de política criminal, de acometer programas más amplios de política social.”³⁷⁶. Se exonera a los políticos de su responsabilidad como representantes de aquellos que los eligieron, para la búsqueda de soluciones para la satisfacción de sus necesidades.

Para el profesor español la función simbólica no se agota en el mero reforzamiento de valores, esta unida también a una función de carácter ideológico, pero sobre ello volveremos después.

Según García-Pablos el derecho penal simbólico consiste en “...el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de los electores (autocomplacencia y satisfacción, en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), y nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos.”³⁷⁷. Se produce en la opinión pública la impresión de un legislador atento, aunque no exista en verdad un efecto preventivo demostrable.

Que el derecho penal trabaje con símbolos y significados es una obviedad, el problema reside cuando se le utiliza deliberadamente para producir un determinado efecto en la opinión pública, un impacto psico-social, y no para proteger eficazmente los bienes jurídicos que pretende tutelar “Por que entonces se pervierte la función genuina del derecho Penal, que, es siempre una función instrumental.”³⁷⁸.

³⁷⁶ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 11.

³⁷⁷ García-Pablos de Molina, Antonio, en “Introducción al derecho penal”, página 120.

³⁷⁸ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 129.

Advierte que es en épocas de crisis ³⁷⁹ sociales donde existe especialmente el peligro de que se utilice al derecho penal para tranquilizar a la sociedad, desvirtuándose la función instrumental mediante la acentuación del carácter simbólico de las normas.

La política criminal se suplanta por una política penal inútil y desproporcionada. Así las normas dejan de reflejar el consenso social cuya tutela legitima su uso, para acabar configurándose como mecanismo de control de riesgos *“En un derecho penal simbólico, priman, pues, las funciones latentes sobre las manifiestas: existe una clara contradicción de fines que el legislador dice perseguir y los que efectivamente consigue.”* ³⁸⁰ .

Este tipo de derecho es una manifestación patológica de las finalidades que legitiman la aplicación de las normas penales, pues se desentiende de la protección de bienes jurídicos en la búsqueda de la concreción de finalidades que le son ajenas *“No mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes, para tranquilizarle, a la opinión pública. Un derecho penal de estas características carece de legitimidad: manipula el miedo al delito y la inseguridad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente de ciertos delitos e infractores. Introduce un sinnúmero de disposiciones excepcionales, a sabiendas de su inútil o imposible cumplimiento, y a medio plazo, desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones.”* ³⁸¹ .

En la doctrina alemana Hassemer afirma que los aspectos simbólicos del derecho penal son susceptibles de ser buscados históricamente *“Cuando se*

³⁷⁹ Para García-Pablos la función simbólica se expresa de manera especialmente llamativa *“...en momentos de crisis económica, social y política; y suele incidir, sobre todo, en la denominada criminalidad expresiva, (narcotráfico, terrorismo, etc.) traduciéndose en la creación de nuevos tipos penales o mecanismos de agravación innecesarios y en la derogación de los principios serenos a propósito de tales parcelas de la delincuencia.”*, García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 129.

³⁸⁰ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 129.

³⁸¹ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 129.

analiza el fenómeno norteamericano de la prohibición encontramos aspectos como los empresarios morales y cruzadas simbólicas; ello significa que la prohibición estatal sólo tiene como una de sus funciones evitar o minimizar el comportamiento prohibido: tras este existen valores culturales o morales que simbolizan un determinado estilo de vida, y que son colonizados por medio de la prohibición penal.” ³⁸². Es por ello que las teorías del labelling approach, inspiradas en el interaccionismo simbólico de Mead, sostenían que la criminalidad no era un objeto preexistente “...sino el resultado de una determinada interacción en la cual el legislador ocupa un rol activo y en la cual el proceso es fundamentalmente simbólico, de adscripción de etiquetas y estigmas al ofensor.” ³⁸³.

Para él profesor alemán no se discute que el derecho penal tiene un carácter simbólico, por eso mismo según él, las leyes son susceptibles de ser clasificadas simbólicamente: Leyes de declaración de valores ³⁸⁴ (por ejemplo las normas penales que sancionan el aborto, que confirman la prohibición de matar y la limitación de la mujer en cuanto a su autodeterminación sexual); Leyes con carácter de apelación (moral) ³⁸⁵ (por ejemplo una ley penal medioambiental, que en todo caso y entre nosotros no existe aún); Respuestas sustitutorias del legislador ³⁸⁶ (leyes que le sirven de coartada, como las que regulan los estados de excepción constitucional); Leyes de compromiso ³⁸⁷ (leyes que tienen un núcleo central sobre la necesidad de actuar, como por ejemplo sería la concreción de una norma que aplique el “Three strikes and out”, lo que en todo caso en Chile es objeto de discusión actual).

Estos no son casos aislados, en el trasfondo alcanza a la teoría de la pena “*Lo que es válido para el principio de defensa del ordenamiento jurídico es válido para todos los fines de la pena orientados de forma preventiva, especialmente para la teoría de*

³⁸² Hassemer, Winfried, en “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, página 24.

³⁸³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 24.

³⁸⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 26.

³⁸⁵ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 26.

³⁸⁶ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 26.

³⁸⁷ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 26.

*la prevención general positiva.”*³⁸⁸. Esta función implica más que un crudo adiestramiento, esta sujeta a la realización de una intervención simbólica sobre los destinatarios de la norma *“Debe implantar una determinada visión del derecho penal en las mentes de la gente el cual enfatice la invulnerabilidad, la igualdad y la libertad, ya que de otra forma no se puede esperar una aceptación de las partes.”*

389

Desde este punto de vista mientras más exigente se formulen los fines preventivos de la pena más claramente aparecerán sus contenidos simbólicos *“Persiguen con la ayuda de una intervención instrumental del derecho penal (en cierto modo acorde con esa práctica) transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al derecho.....Transmisión de una vida fiel al derecho por medio de una utilización instrumental del derecho penal; esta es la característica de un derecho penal contemporáneo desde que se utilizó -si alguna vez hubo inicio- una fundamentación absoluta de la pena.”*³⁹⁰.

Con respecto a la nomenclatura, afirma que el término no ha sido estudiado por la doctrina. Sin bien hay un cierto acuerdo en que se trata de una oposición entre la realidad y la apariencia, entre manifiesto y latente se trata siempre sobre los efectos reales de las leyes penales.

Existen una serie de presupuestos para poder hablar de un derecho penal simbólico. Se requiere en primer lugar que el derecho penal este orientado a las consecuencias *“Quien utilice el concepto de Derecho Penal orientado exclusivamente hacia el interior (input)*³⁹¹, *como concreción de las normas*

³⁸⁸ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 27.

³⁸⁹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 27.

³⁹⁰ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 27.

³⁹¹ Esta nomenclatura relativa al input y al output la toma Hassemer de Niklas Luhmann. Para el sociólogo alemán existe un problema práctico referente a determinar si *“...en los sistemas existen centros de gravedad de orientación a la frontera del input o a la frontera del output y que consecuencias tiene tal elección de un tal centro de gravedad.....Un centro de gravedad en la frontera del input significaría que el sistema cumple su función sobre todo mediante la cuidadosa recepción y elaboración de las informaciones, con relativa indiferencia hacia las consecuencias que origina con ello.....Un centro de gravedad en la frontera del output significaría que el sistema ve un*

*generales en los casos concretos no puede entender la gracia del derecho penal simbólico: la oposición entre efectos manifiestos y latentes...”*³⁹².

En segundo lugar no debe apoyarse en las intenciones que el legislador tuvo al momento de dictar las leyes *“Debiera por tanto fundamentarse el concepto objetivamente: en vez de expectativas en la previsibilidad.....existencias de unas condiciones previas objetivas y probabilidad de un efecto, en definitiva: no se trata de estudiar fines sino funciones.”*³⁹³.

En tercer lugar se trata de un concepto comparativo, no opera disyuntivamente sino con la lógica de un más o un menos *“Incluso una norma tan concreta como la del homicidio....lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la vida humana...”*³⁹⁴. Este resultado no se pretende alcanzar en un 100% de las veces aunque si en la mayoría de los casos, luego no se trata se lograr un resultado preciso y absoluto, sino que es una cuestión de criterio.

Finalmente y en cuarto lugar la noción *“...Derecho penal simbólico no es sólo un concepto analítico inocuo sino también una designación normativa combativa, expresa no sólo descripción sino también crítica.”*³⁹⁵.

Para Baratta las leyes de carácter simbólico están inextricablemente unidas a una determinada teoría de la pena, la prevención general positiva, la que tiende a motivar a los ciudadanos a comportarse de una manera fiel al derecho. Concluye que *“La teoría de la prevención general positiva es entonces una teoría de las función simbólica del derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica*

problema principal en la producción de determinados efectos en el contorno y se procura informaciones como medio para es fin, es decir, conforme un específico interés por producir efectos.”, Luhmann, Niklas, en “Sistema jurídico y Dogmática jurídica”, página 48.

³⁹² Hassemer, Winfried, ob. cit., página 28.

³⁹³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 29.

³⁹⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 29.

³⁹⁵ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 29.

*y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción.”*³⁹⁶.

La protección de los bienes jurídicos no sería la finalidad primordial de las normas penales inspiradas bajo el prisma de la teoría de la prevención general positiva, el derecho penal consistiría entonces no tanto “...*un instrumento de imposición de la moral dominante, sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta.*”³⁹⁷.

Según Melossi y siguiendo a la doctrina dominante el derecho penal realiza dos funciones sociales, una función instrumental, y una función simbólica. Por la primera entiende “...*el conjunto de fines manifiestos y por así decir tradicionales de la pena: la prevención especial y general de delitos futuros (deterrence) y la defensa de la sociedad mediante la incapacitación de los criminales más peligrosos.*”³⁹⁸.

Por la segunda entiende “...*los mensajes simbólicos que lanzan mediante el instrumento penal, más o menos voluntariamente, quienes controlan las esferas altas del proceso de criminalización.*”³⁹⁹. La función simbólica es claramente diferenciable de la función instrumental, respecto de la cual empíricamente se ha demostrado que existen grandes dudas acerca de su eficacia preventiva.

De acuerdo al profesor italiano, hay buenas razones para pensar que el sistema penal tiene por finalidad más que reducir la criminalidad producirla y estabilizarla “*Lo cual, por otra parte, es consecuente con lo dicho respecto del carácter simbólico del derecho penal, ya que -razonando por absurdo- si la represión fuera verdaderamente victoriosa sobre la criminalidad se eliminaría asimismo la función*

³⁹⁶ Baratta, Alessandro, en “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, página 52.

³⁹⁷ Baratta, Alessandro, ob. cit., página 52.

³⁹⁸ Melossi, Dario, en “Ideología y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, página 57.

³⁹⁹ Melossi, Dario, ob. cit., página 57.

*de delimitación del área de valores que integran la sociedad, a la que Durkheim se refería.”*⁴⁰⁰.

Siguiendo al sociólogo francés, Melossi afirma que la victoria en la lucha contra la criminalidad, la victoria del bien sobre el mal, sólo traerá nuevas formas de mal “...debidas a un proceso de criminalización que encontraría pecados, y delitos, incluso en una sociedad de santos.”⁴⁰¹.

Bustos también considera que el derecho penal realiza ambas funciones, sin embargo, a diferencia de la doctrina dominante y (coincidiendo en algunos aspectos José Luís Diez Ripollez), ve en la función simbólica un efecto positivo además de uno negativo.

Para el profesor chileno la función simbólica consiste en “...la reafirmación del estado en sus valores, esto es, la protección de bienes jurídicos.”⁴⁰², función que a su juicio “...puede tener un efecto puramente negativo, o bien también presentar algún efecto positivo. Esto es, puede servir exclusivamente para encubrir la falta de la capacidad del estado para la resolución de un problema, dando la sensación al ciudadano que existe preocupación por él, no obstante que la realidad es otra, con lo cual subsiste el problema y más aún se profundiza.”⁴⁰³.

Para Bustos el efecto positivo se produciría “...cuando permite dar una determinada sensación de igualdad entre los ciudadanos, esto es, que también aquellos que sustentan el poder pueden ser sometidos a la justicia. En otras palabras que los débiles no quedan abandonados a su suerte en el sistema (justamente es esto lo que hoy, entre otras cosas, ha hecho recobrar validez al estudio de la víctima).”⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Melossi, Dario, ob. cit., página 58.

⁴⁰¹ Melossi, Dario, ob. cit., página 58.

⁴⁰² Bustos Ramírez, Juan, en “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, página 101.

⁴⁰³ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit., página 101.

⁴⁰⁴ Bustos Ramírez, Juan, ob. cit., página 101.

Para Cancio Meliá *“Particular relevancia corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos”. Como ha señalado Hassemer desde el principio de esta discusión, quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado, es decir, la idea de que se inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos.”*⁴⁰⁵.

La discusión sobre el tema reviste demasiada relevancia como para que se malentienda el hecho de que la aplicación de la pena si tiene efectos reales sobre la persona que es objeto de persecución penal.

El autor español acepta que la legislación penal tiene en cierta medida un contenido simbólico que es inevitable ⁴⁰⁶, y que en todo caso puede ser visto parcialmente como algo positivo. Sostiene que aunque se considere simbólica la consagración de los delitos de Genocidio, detrás está la idea no tan reprobable de que la república federal alemana condena este tipo de actos más allá de una sentencia en concreto. Es decir, simbólicamente afirma su repulsión frente a este tipo de actos *“...en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho penal simbólico” como fenómeno extraño al Derecho penal. En efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la “criminología crítica” - y, en particular, desde el así llamado enfoque del Labeling Approach-, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría “delito”, hasta la teoría de la prevención general*

⁴⁰⁵ Cancio Meliá, Manuel, en “¿Derecho penal del enemigo?”

⁴⁰⁶ *“... para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por los participantes en el discurso político-criminal. Sin embargo, a pesar de ese postulado (de que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea –en el caso de las teorías retributivas-- la realización de la justicia), los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que de manera que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho penal simbólico” como fenómeno extraño al Derecho penal.”*, Cancio Meliá, Manuel, ob. cit.

*positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal.”*⁴⁰⁷.

Por ende si se va a ocupar la noción de derecho penal simbólico en un sentido crítico hay que evitar estas confusiones *“Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta.”*⁴⁰⁸.

El derecho penal simbólico hunde sus raíces en un problema político criminal, por ello dogmáticamente el problema se puede percibir tanto en la parte general como en la parte especial, sin embargo a juicio de Cancio es en la parte especial donde este *“... Derecho penal simbólico corresponde especial relevancia -por mencionar sólo este ejemplo-, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos.”*⁴⁰⁹.

De acuerdo a José Luís Diez Ripollez el denominador común *“...a todas las concepciones sobre lo que sea el derecho penal simbólico.....residiría en el predominio que se produce en éste de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales. Pero más allá de esta coincidencia, es fácil apreciar dos enfoques distintos, que en ocasiones se entrecruzan, los cuales enfatizan aspectos distintos.”*

⁴¹⁰. Para unos lo relevante es *“...el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales,*

⁴⁰⁷ Cancio Meliá, Manuel, ob. cit.

⁴⁰⁸ Cancio Meliá, Manuel, ob. cit.

⁴⁰⁹ Cancio Meliá, Manuel, ob. cit.

⁴¹⁰ Ripollez Diez, José Luís, en “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”.

*pero se simula o se parte de la ilusión de que si lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos.”*⁴¹¹, pasa de esta manera a primer plano el elemento de engaño consistente en que se aparenta perseguir unos fines determinados pero cuando en verdad los fines efectivamente perseguidos son otros.

Para otros lo relevante es “...la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos. De ahí que centre la atención el protagonismo de tales efectos simbólicos en la correspondiente intervención penal.”⁴¹².

La problemática de la legislación simbólica no pasa por comparar entre fines aparentes y reales “Pues el cuestionamiento del derecho penal simbólico no nace de la pretensión de garantizar la coherencia entre los programas de decisión, por lo general legislativos, y los resultados logrados, sino de las dudas sobre la legitimidad de la producción de ciertos efectos socio-personales.”⁴¹³.

En la medida que se prevengan comportamientos lesivos de bienes jurídicos no se calificará (peyorativamente) una legislación como simbólica, independientemente de que los efectos producidos no se hubieren previsto. El énfasis en el engaño es fijarse en lo adjetivo y no en lo sustantivo “Es mas acertado, por ello, verlo como un problema de deslegitimación de la intervención penal por carecer de tal legitimidad una buena parte de los efectos producidos, o los más significativos de entre ellos.”

⁴¹⁴.

⁴¹¹ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁴¹² Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁴¹³ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁴¹⁴ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

Ya tenemos suficientes definiciones como para poder operar el término, lo que nos permite un acercamiento suficiente para poder comprender de que se trata el derecho penal simbólico, ahora resta contextualizarlo en el marco de esta tesis.

Desde el punto de vista criminológico se vio que este tema se relaciona con el auge de las demandas de criminalización. Que a mediados de los 80 comienza una era de propuestas criminalizadoras que no tenían por finalidad primordial intervenir en la realidad social, sino lograr la reivindicación o fortalecimiento de ciertos valores correspondientes a ciertos grupos que hasta ese entonces no habían tenido una voz en el mundo político.

Se vio asimismo las características de la era de la contra ilustración, la creación de mitos y la influencia de los medios de comunicación en el intento por mostrar una visión sesgada de la realidad, y como el derecho ha ido cambiado hasta configurarse hoy como una manifestación propia de esta era.

Si bien Chile está lejos aún de configurarse como un estado plenamente desarrollado, al estilo de los estados europeos, es cierto también que la evolución legislativa y social demuestra un acercamiento a lo que allá sucede respecto del problema de la saturación del sistema penal.

Las características de los modernos estados europeo-occidentales están cada vez más presentes Chile y en Latinoamérica, esto significa que las condiciones para una legislación simbólica están dadas. Sin perjuicio de lo anterior, considero que ya existen algunas de leyes de este tipo.

Ahora desde el punto de vista estrictamente penal, es necesario exhibir como las teorías reaccionan frente a este tipo de fenómenos político-criminales, específicamente tanto desde el punto de vista de la teoría del bien jurídico como de la teoría de los fines de la pena.

Estos temas se encuentran interconectados, la pregunta sobre cuales son los bienes jurídicos que un sistema penal protege pasa por responder cuales son los fines que éste persigue, por ello Salazar afirma que *“En este sentido, los problemas que giran en torno a la falta de consenso acerca del concepto y función del bien jurídico terminan remitiendo al investigador a nuevos exámenes globales acerca de los planteos fundamentales de las teorías del delito y de la pena.”*⁴¹⁵.

Luego desde este enfoque *“La premisa que he explicitado líneas atrás, que es considerar que el problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal, implica que las funciones que atribuyamos a este último, ya sea en el plano del ser -efectos comprobados empíricamente- o al nivel del deber ser -resultados que se pretende lograr con el derecho penal-, determinarán nuestra concepción acerca del bien jurídico.”*⁴¹⁶. Es decir que dependiendo de las finalidades que le atribuyamos al sistema penal dependerá el contenido de la noción de bien jurídico, lo cual nos permitirá determinar el grado de simbolismo de una legislación.

La criminología en este aspecto es altamente útil puesto que nos otorga elementos empíricos que demuestran lo que ocurre en la realidad, para con ellos poder justificar las decisiones político-criminales desde el punto de vista de los resultados que se propone alcanzar una sociedad. Esto es cierto siempre que, como ya lo dijimos, tomemos la perspectiva de una visión “hacia afuera”, como output en el sentido Luhmanniano del término. Ello nos obliga a dejar atrás los neoretribucionismos como el de Jakobs y sus seguidores, y adoptar los modelos trascendentalistas a que se refiere Hirsh, como los de Roxin, Hassemer, Bustos, Cury, Ferrajoli, e incluso los funcionalismos moderados como los de Ripollez y Mir Puig, así mismo las posiciones intermedias de Donna y Esser.

Respecto de la teoría de la pena un modelo hacia fuera es incompatible con las teorías absolutas, que como vimos, no tienen por finalidad la modificación de la

⁴¹⁵ Salazar, Pablo, en “El problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal”

⁴¹⁶ Salazar, Pablo, ob. cit.

realidad social. El hecho de que se agoten en sí mismas implica que se interesan exclusivamente en sus propios inputs, en lo que ocurra dentro de su propia coherencia sistemática, por ello deben ser descartadas también.

Si pueden corresponderse con el modelo hacia fuera las teorías relativas, tanto la prevención general, en sus variantes positivas y negativas, como la prevención especial, en sus variantes positivas y negativas. También los modelos eclécticos de Roxin y de Bottke, no así el de Jakobs.

Entonces, dada una determinada teoría relativa de la pena, y teniendo en consideración que es el discurso del bien jurídico el que se utiliza para justificar una decisión política criminal, en función de la determinación de su protección efectiva obtendremos los datos que nos permitirán dar respuesta a la pregunta si la ley penal está realizando su función instrumental, o bien, si la criminalización de un determinado comportamiento constituye una función simbólica.

Será la teoría del bien jurídico, de acuerdo a la concepción que se siga de los fines de la pena, la que nos demostrará si las razones que se tuvieron para criminalizar en verdad se satisfacen con lo que ocurre en el terreno de la realidad empírica. Esto es, si es real la solución que se está dando, o bien si tal solución sólo tiene por objeto la reivindicación política de ciertos actores, con lo cual, como sabemos, se entra de lleno en las funciones simbólicas.

En concreto, si se considera que el bien jurídico es un valor deberá precisarse si este se encuentra efectivamente reforzado y protegido mediante el instrumental penal, lo mismo si es un bien altamente personal, o si es una relación dialéctica social y concreta, sea que se defina sociológica o constitucionalmente, que se oriente a la protección de la víctima o a la protección de una función social.

El problema es diferente si ya no pensamos en bienes jurídicos sino en la erosión de la normas y en su estabilidad, por que aquí ya no sólo nos diferenciamos a nivel de bien jurídico y teoría de la pena, sino que entramos en el ámbito de las perspectivas “hacia dentro” donde solo interesa que ocurre en el nivel de los inputs. Esto es en el interior del sistema totalmente desligado de lo que se produce en su entorno, es decir en la realidad empírica.

En estas construcciones no es posible contrastar las funciones manifiestas con las latentes, no tiene sentido hablar de la función instrumental del derecho penal frente a una función simbólica puesto que no interesa que haya fuera del ordenamiento del sistema, que consecuencias se generan.

Al sistema no le interesan los efectos que una decisión en su interior produzca en su entorno, las decisiones se justifican procedimentalmente en función de las normas que prevén dichos procedimientos. Luego no se justifican empíricamente, es decir, su legitimación se logra de manera independiente a si la finalidad propuesta en una norma es alcanzada en la realidad, solo importa que se corresponda normativamente con el sistema jurídico.

La crítica en un pensamiento sistémico creo que es más completa en la medida que se refiera al modelo global, a como se ha configurado un determinado sistema jurídico. Esto sin embargo, excede con creces las pretensiones de este trabajo, que en todo caso son mucho más modestas. Consideran que dentro de este sistema existen argumentos más que suficientes para criticar una determinada configuración normativa, partiendo del supuesto que la legitimación de las normas se alcanza por sus resultados.

Por ello afirmo que para poder hablar de la función simbólica del derecho penal, deberemos considerar sólo aquellos modelos orientados hacia afuera, interesados en los outputs, en las consecuencias que se producen en el terreno empírico-social.

En todo caso aún desde las premisas teóricas de Jakobs y sus seguidores podría llegar a hablarse de algo semejante al derecho penal simbólico, pero esto no se relacionaría con las funciones o finalidades del derecho penal, sino con el problema sobre la realidad de las normas. Es decir se produciría algo semejante al fenómeno descrito en la medida que se criminalice una determinada conducta en condiciones que la norma no guía la comunicación. Sin embargo este sería un problema respecto al carácter de la comunicación y no relativo a la actividad política criminal. Tema que se sale del marco de la presente memoria.

El problema por último se relaciona con los principios del sistema jurídico. Si tenemos presente los principios inspiradores del derecho penal, su utilización viene condicionada por la idea de última ratio frente a los eventuales abusos del poder estatal *“Como se ha señalado, el derecho penal, en tanto tiene por función ser un límite al poder punitivo estatal, se erige en guardián de los bienes jurídicos del infractor. Sin perjuicio de ello, las normas jurídico-penales tienen paralelamente una función esencialmente preventivo general negativa. En definitiva, la finalidad del derecho penal no es otra que la seguridad jurídica, entendida como la misión protectoria de los bienes vitales en una sociedad.”*⁴¹⁷.

Para Salazar, si bien es imposible evitar la finalidad preventiva ⁴¹⁸, se debe controlar la excesiva criminalización.

No obstante pueda verse algo de positivo en estas nuevas orientaciones ⁴¹⁹, es claro que a la teoría del bien jurídico se la está utilizando con nuevos fines, ya no

⁴¹⁷ Salazar, Pablo, ob. cit.

⁴¹⁸ *“...debemos reconocer que la existencia de normas -penales o no- que tutelan determinados entes, evitan que el mismo quede a merced de ataques constantes de los cuales el derecho se desinteresaría, cual si de una sociedad sin conflictos se tratara. Las normas tienen siempre el propósito de disuadir a potenciales ofensores -llegando incluso a lograrlo en muchos casos-, y allí -siempre y cuando la ley penal sea una herramienta apropiada y no meramente simbólica- ya se habrán resguardado los entes que el derecho considera vitales.”*, Salazar, Pablo, ob. cit.

⁴¹⁹ Esto por combatirse el carácter selectivo del sistema penal, restableciéndose parcialmente el principio de igualdad ante la ley *“Esta tendencia pretendidamente proclive a la criminalización a la que se refiere HASSEMER se ha ido propagando fundamentalmente alrededor de la denominada “delincuencia de cuello blanco”, como un intento de combatir el carácter clasista, selectivo y*

como justificación para nuevas criminalizaciones, sino directamente como argumento para una legislación simbólica.

En consonancia con ello, el profesor argentino citando a Zaffaroni explica que *“...no se puede pasar por alto lo que dice ZAFFARONI en su último tratado: todas las normas penales tienen una cierta dosis de derecho penal simbólico, pero en algunos casos extremos, la finalidad perseguida por la norma penal es incluso reconocida como inalcanzable. “A través de la simbolización del derecho penal, los bienes jurídicos colectivos son explotados no para neutralizar los riesgos, sino para hacer creer a la gente que dichos riesgos ya no existen”. Éste no resulta un escollo fácil de superar para quienes aprueban la protección de bienes jurídicos colectivos, aun cuando de antemano ya se vislumbra la importancia de tutelar -o intentarlo, al menos- estos entes colectivos. Es irracional llenar los boletines oficiales con amenazas de sanciones penales para disfrutar de tranquilidad, pensando que ya con eso es suficiente, y hemos logrado el objetivo que nos proponíamos con la prohibición.”*⁴²⁰.

Para Salazar el recurso a este tipo de técnicas no dista mucho del recurso a los bienes jurídicos supraindividuales, recurso que adicionalmente conlleva problemas en el nivel de la culpabilidad *“La apelación a soluciones simbólicas dentro del sistema penal es una técnica de legislación que debe ser evitada, pero que en realidad no guarda más relación con los bienes jurídicos colectivos que con los clásicos bienes jurídicos individuales. La simbolización se torna evidente en los casos de delitos que se dirigen contra víctimas individuales, cuando sus causas son condicionadas por situaciones socio-económicas estructurales, que impiden que el derecho pueda ejercer cualquier tipo de influencia sobre el comportamiento de sujetos limitados por su carencia de posibilidades de autodeterminación. Esta falta*

arbitrario del sistema penal, especialmente mediante la apelación a la protección de intereses difusos o colectivos.”, Salazar, Pablo, ob. cit.

⁴²⁰ Salazar, Pablo, ob. cit.

de aptitud del derecho para lograr los fines que se propone conduce a una disminución en el nivel de culpabilidad.”⁴²¹.

Salazar coincide con Zaffaroni en que la culpabilidad debería disminuirse en ciertos casos, debido a la mayor vulnerabilidad que tienen algunos al momento en que el sistema decide seleccionarlo como objeto de persecución por parte del arsenal jurídico-penal, aunque sin embargo esto son otros temas ajenos al objeto de esta tesis, por lo cual no ahondare más.

d) Funciones del derecho penal

La teoría de la pena como vimos en el capítulo precedente, responde a la pregunta de que es lo que protege el derecho penal. Asume una posición normativo-axiológica tratando de discernir cual es la finalidad que éste debe tener para que la actividad del Estado sea susceptible de ser calificada como legítima.

De manera paralela a los fines que debe cumplir el derecho penal, orientación eminentemente axiológica y normativa, se encuentran sus funciones. Las funciones describen al derecho penal desde el punto de vista del ser, esto es, cuales son los efectos que efectivamente se producen al interior de un sistema social mediante su aplicación.

La pregunta acerca de cuales son las funciones nos remiten al plano del ser, y que en modelos orientados hacia fuera, vinculan las finalidades de las normas con los efectos que se pretenden lograr mediante su aplicación. En estos modelos y mediante el análisis de las funciones del derecho penal, es posible medir la distancia empíricamente verificando que ocurre en la realidad social, entre lo que se pretende que se produzca en la sociedad, y lo que efectivamente ocurre.

⁴²¹ Salazar, Pablo, ob. cit.

La respuesta en parte puede conducir a considerar que algunas disposiciones son ilegítimas y que por ello deben ser valoradas negativamente, por el contrario, otras serán consideradas legítimas o al menos susceptibles de serlo en el contexto presente.

1. - Función ético-social y promocional del derecho penal

Si bien esta no constituye el objeto principal de este trabajo, es necesario revisar brevemente en que consiste para poder delimitar bien las funciones que se le atribuyen al derecho penal.

Las normas penales realizan por el sólo hecho de su promulgación y publicación una labor informativa, pues dan cuenta a la sociedad de los bienes que se consideran fundamentales y por ello necesitados de protección. Paralelamente a esta labor informativa se encuentra una formativa *“Si hay algo que no parece posible negar, esto es que, en el plano de la realidad (fáctico), ejerce sobre la sociedad una función ético-social, que también se ha dado en llamar.”*⁴²².

Puede afirmarse que una determinada criminalización tiene su origen, al menos parcialmente, en la estrecha relación entre el objeto de una regulación concreta y los valores éticos fundamentales que se encuentra en los cimientos de una sociedad. Es decir *“...en la ubicación desde antiguo en el derecho penal de un mínimo de la comunidad, integrado por las convicciones más profundas y generalmente compartidas en el seno de la misma.”*⁴²³. Sin embargo, esta función adquirió un nuevo sentido desde el distanciamiento entre moral y derecho, desde

⁴²² Sánchez Silva, Jesús María, en “Aproximación al derecho penal contemporáneo”, página 112.

⁴²³ Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit, página 112.

que se reconoce que hoy, en las bases sociales existe un amplio pluralismo moral e ideológico.

Lo que se cuestiona a propósito de la función ético-social es si las normas penales además de incidir en el comportamiento externo de los ciudadanos (a través de la prevención de los delitos), legítimamente puede configurar su conciencia interna, produciendo un fenómeno psicológico de fidelidad al derecho. No se cuestiona su existencia (lo que en todo caso parece difícilmente constatable) sino la legitimidad de tal influencia.

Silva Sánchez distingue tres cuestiones al respecto “...la tesis que estima (de modo expreso o no) que el derecho penal deba cumplir tal función y lo orienta a ello; asimismo, por otro lado, la praxis estatal que, sin afirmar expresamente que el derecho penal deba cumplir esa función, se sirve del hecho de que el derecho penal despliega efectos en ese sentido.....; finalmente, merece la pena discutir si es posible, necesario e incluso obligado por parte del estado de quien emana el derecho penal adoptar medidas para neutralizar esos posibles efectos educativos...”⁴²⁴.

Respecto de la primera se ha sostenido que el derecho penal debe cumplir esta función, que las normas penales deben fomentar los valores ético-sociales en la acción de los ciudadanos.

Esta postura la sostuvo expresamente en su tiempo Hans Welzel, quien “...atribuyó una doble función al derecho penal: una de protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales, dirigida a ciudadanos capaces de vínculos permanentes con la comunidad, es decir, aptos para una relación ético-social, y una función preventiva referida a hombre

⁴²⁴ Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit, página 113.

*refractarios en un amplio margen de vinculación a normas ético-sociales, como son los delincuentes por estado.”*⁴²⁵.

A juicio del autor español esta función es ilegítima, aún a pesar del argumento de que sin ella no sería posible lograr una protección efectiva de los bienes jurídicos, pues “...con tal proceder se justifica la injerencia del derecho penal en la esfera interna (en la estructura de los valores) del individuo, tratando de sustituir el orden de valores preexistente en ella por uno conforme a los valores que se plasman en el ordenamiento jurídico.”⁴²⁶.

Respecto de la segunda afirma que la práctica legislativa de signo educativo es una constante en el tiempo⁴²⁷. El legislador siente a menudo la necesidad de reforzar determinados bienes o valores que aún no han sido asumidos por la gente como fundamentales⁴²⁸. La criminalización de una determinada conducta portadora de una significación contraria a la valoración hecha por el legislador, en orden a formar pedagógicamente a una persona, desborda el tradicional principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que marca y debe definir (dentro de un derecho penal liberal) al ius puniendi estatal. Pasa a desarrollar funciones de promoción⁴²⁹.

⁴²⁵ Morrillas Cueva, Lorenzo, en “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”.

⁴²⁶ Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit, página 113.

⁴²⁷ Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit.

⁴²⁸ Al respecto recuérdese el fenómeno de la dictación de las leyes relativas al mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y sobre el derecho de sindicalización. En Chile específicamente estas leyes, como la ley de seguro obrero, la ley de accidentes del trabajo, de reducción de la jornada laboral y de afiliación sindical y otras, fueron demasiado avanzadas en relación al estado evolutivo de los movimientos obreros de la época, y por ello mismo, los mecanismos que establecieron no fueron aplicados. No fueron respetados por los empresarios, ni fueron utilizados por los trabajadores prácticamente desde 1925 hasta 1932. Sólo una vez que estos movimientos obreros se fortalecieron, y que los operadores jurídicos y los empresarios, y más en general la sociedad entera, les reconoció cierta medida de legitimidad, los instrumentos normativos comenzaron a ser utilizados. Al respecto véase “Historia del siglo XX Chileno”, de Sofía Correa y otros autores, Editorial Sudamericana, año 2001, también véase “Chile y su historia”, de Sergio Villalobos, Editorial Universitaria, año 1993.

⁴²⁹ “...No creo hallarme demasiado lejos de lo correcto al afirmar que la tipificación, en la forma en que se ha producido en España, de delitos como el delito fiscal o medioambiental ha respondido, en no poca medida, a la voluntad de generar en la colectividad, o en determinados ámbitos de la misma, uno o una hasta entonces inexistente. Se trata, pues, de la teóricamente denostada, pero

Respecto de la tercera sostiene que la despenalización de ciertas conductas en nada afectaría a la valoración éticamente negativa de tales hechos, sin embargo cree que de acuerdo al estado actual de cosas existe el riesgo de que esto ocurra.

El derecho penal debe conformarse con proteger los bienes jurídicos mediante un respeto neutro a ellos, sin tratar de fomentar una adhesión personal, y sin tratar de desincentivar la repulsión frente a otros.

Es inconciliable con el carácter democrático de los estados de derecho modernos, el intentar conseguir una adhesión a determinados valores que se consideran dignos de estimación. El estado alberga y permite en su interior una pluralidad de valores respecto de los cuales no puede exigir una internalización voluntaria, sólo puede exigir que las personas adecuen su comportamiento a ciertas normas, pero no su manera de valorar el mundo *“Lo que si es posible, seguramente, es que el estado y el derecho penal adopten una postura relativista frente a los propios contenidos de sus normas. Que se exprese con claridad que la estimación de ciertos bienes como merecedores de protección jurídico-penal en una determinada medida (y de otros, en cambio, como no merecedores, o merecedores en medida diferente) responde a consideraciones de política criminal, utilitaristas y garantísticas, asentadas, por tanto, en bases no exactamente coincidentes con la ética. Que, en consecuencia, se señale que lo único pretendido por las normas penales es la adecuación de la conducta externa del ciudadano a su directrices, y no la asunción personal de los valores que expresan.”*⁴³⁰.

De acuerdo a García-Pablos los partidarios de esta tesis, a diferencia de los partidarios de la función instrumental, orientada a la protección de bienes jurídicos, estiman que es considerablemente más eficaz. La función instrumental siempre llega tarde, en cambio la función ético social mediante la influencia sobre la

prácticamente bien recibida desde el poder judicial, función del derecho penal. No obstante, el estado carece de legitimación para promover a través del derecho penal, reforzando procesos educativos ya existentes o dándoles comienzo el mismo.”, Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit., página 114.

⁴³⁰ Sánchez Silva, Jesús María, ob. cit, página 115.

conciencia, implicaría que en el momento de la toma de decisión las personas obrarían conforme al valor internalizado y por ende no se comportarían en contrariedad a la ley.

Los defensores de esta función *“...apelan al desvalor de la acción o del acto -por oposición al desvalor de resultado-, a la cualidad interna de la acción misma y a la lesión de deberes jurídicos; o contraponen los conceptos de bien jurídico y modalidad de ataque al mismo.”*⁴³¹.

Como ya vimos para Welzel la misión fundamental del derecho penal consiste en la tutela de los valores fundamentales de la sociedad *“Welzel fundamenta su tesis, ontológicamente, en la conexión del derecho penal con los valores elementales y básicos de la ética-social; sistemáticamente, en la distinción entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, con clara primacía del primero...”*⁴³².

Lo que se debe castigar primordialmente es el desvalor de la conducta dirigida a la lesión de los valores fundamentales, como única forma de asegurar su vigencia positivizada *“Estos valores conectan, según Welzel, con la ética social, por que constituyen el trasfondo positivo de las normas penales. Misión del derecho penal será, precisamente, garantizar la vigencia inquebrantable de estos valores del acto a través de la conminación y efectivo castigo de la inobservancia -comprobada en la realidad- de los valores elementales del actuar jurídico.”*⁴³³.

No se sancionan meras intenciones, sino sólo una vez que quede constatada la existencia en el mundo exterior de un comportamiento antijurídico. Se protegen bienes jurídicos pero de manera mediata. Si solo se protegieran estos el derecho penal siempre llegaría tarde. En cambio si se protege la vigencia real de los valores de la sociedad, se está protegiendo el fundamento más sólido que puede tener el orden social *“...la mera y simple protección de bienes jurídicos tiene un carácter*

⁴³¹ García-Pablos de Molina, Antonio, en “Introducción al derecho penal”, página 123.

⁴³² García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 123.

⁴³³ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 124.

*negativo, preventivo, policial; mientras la misión más profunda del derecho penal es positiva, y de naturaleza ético-social.”*⁴³⁴.

Considera, en suma, que la única forma eficaz de asegurar los bienes jurídicos, es asegurando los valores fundamentales de la sociedad. En un sentido similar argumenta Jeschek, Maurach, Stratenwerth y Mayer en Alemania, Cerezo Mir en España y entre nosotros Cury.

Si bien es cierto que el derecho penal despliega una incuestionable fuerza creadora de costumbres “...no parece corresponda al derecho penal dicha función. Ni desde luego, cabe legitimar la intervención penal con la sola llamada a la ética social. Al derecho penal incumbe exclusivamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos ni la mejora ética de la sociedad, que interesa a otras instancias.”⁴³⁵. Carece en definitiva de legitimidad, cuando se pone únicamente al servicio de la ética-social.

En una sociedad plural y democrática no puede ser finalidad legítima del Estado el incidir en la esfera interna del individuo⁴³⁶, no sólo por que las cartas fundamentales por lo general plasman derechos relativos a la libertad de conciencia, a la libertad de autodeterminación y más genéricamente a la dignidad humana (con la cual la prohibición del estado de incidir en la interioridad del individuo, viene normativamente proscrita), sino por que la actividad estatal encaminada a la modificación de las actitudes anímicas de las personas, implica ir mucho más allá de lo que legítimamente le está permitido al Estado en virtud de los principios de ultima ratio, subsidiariedad y lesividad.

De otro lado y en relación al adecuado espacio que le corresponden a los grupos intermedios, se perjudica el surgimiento autónomo de una ética civil libre de

⁴³⁴ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 124

⁴³⁵ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 125.

⁴³⁶ A propósito de lo anterior García-Pablos advierte “¡Nada más peligroso, por otra parte, que confundir las fronteras del derecho y la moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad.”, García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 125.

confusiones. En efecto “...existe el peligro de que la sociedad malinterprete los procesos de despenalización, o la no tipificación de ciertas conductas, considerando éstas ético-socialmente correctas sólo por que no se castigan con pena.”⁴³⁷.

Por último García-Pablos considera que esta función ético-social, no es más que la especificación de otra rama de funciones, la función promocional del derecho.

La función promocional del derecho, en término relativamente sencillos “...consiste en la motivación de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de sanciones positivas (premios) y de otro tipo de medidas (como las ventajas económicas, las facilitaciones, y otros incentivos, etc.)”⁴³⁸.

Esta función se define en contraposición a las funciones represivas, esto es aquellas que requieren de la aplicación de sanciones negativas para cumplir sus cometidos. El derecho, desde esta perspectiva, estaría constituido solo por mandatos negativos.

El fin principal de los ordenamiento represivos “...es, a decir de Bobbio, impedir en todo lo posible la realización de los comportamientos sociales no deseados...”⁴³⁹, mientras que en los ordenamientos promocionales “...es provocar, incluso entre los sujetos quebrantadores de las normas, la realización de comportamientos sociales deseados.”⁴⁴⁰. Es decir, las medidas promocionales se aplican no sólo a quienes pueden son potencialmente infractores, sino preferentemente a quienes se comportan conforme a las normas.

Desde el punto de vista de sus funciones, las medidas de desalentamiento se establecen de manera predominante con el objeto de lograr la conservación de la

⁴³⁷ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 125.

⁴³⁸ Lara Chagoyán, Roberto, en “Sobre la función promocional del derecho”

⁴³⁹ Lara Chagoyán, Roberto, ob. cit.

⁴⁴⁰ Lara Chagoyán, Roberto, ob. cit.

sociedad, mientras que las medidas de alentamiento tienen por objeto predominante la idea de cambio social "...Si, por el contrario, el mismo ordenamiento juzga positivamente el hecho de que el agente se sirva lo más posible de su libertad, tratará de alentarlo a utilizarla para cambiar su situación existente: la técnica del alentamiento tiene una función modificadora o innovadora..."⁴⁴¹.

Sin embargo ni desde el punto de vista de sus funciones o de los sujetos a quienes se dirige, la función promocional puede ser si quiera considerada en materia penal. Como sabemos la pena se aplica a aquel que ha realizado el tipo, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se activa el derecho penal frente a quien no ha realizado ni ha tenido participación alguna en la acción típica.

Desde el punto de vista de sus finalidades tampoco es aceptable, pues implicaría una serie interminable de procesos de criminalización para lograr con ello que se adopten los valores dominantes de una determinada sociedad, lo que sociológicamente no solo es de casi imposible constatación, sino que normativamente contraria la consideración de la carta fundamental relativa al respeto de la vida privada⁴⁴² y a la libertad de conciencia⁴⁴³, y más en general, y como dijimos a propósito de la función ético social, la consideración de la persona como un sujeto digno. De otro lado contraria el carácter democrático que inspira a las estructuras jurídicas en el Estado de Chile.

Por último el derecho penal no puede asumir funciones de cambio social, no puede servir de motor que dinamice el orden social promoviendo determinados comportamientos y valores "*No parece, sin embargo, corresponda al derecho penal*

⁴⁴¹ Bobbio, Norberto, citado por Lara Chagoyán, Roberto, ob. cit.

⁴⁴² En el artículo 19 la Constitución Política de la República asegura a todas las personas: 4º. "*El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.*"

⁴⁴³ En el artículo 19 la Constitución Política de la República asegura a todas las personas: 6º. "*La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.*"

resolver la tensión que toda sociedad viva experimenta entre las fuerzas que pretenden conservar el status quo y las que intentan o promueven el cambio social. El poder de decisión y la iniciativa necesaria pertenece a las instancias sociales, no al derecho penal.”⁴⁴⁴.

No obstante y como se verá a continuación, hay rasgos en el derecho penal de la función promocional desde el punto de vista de sus finalidades, esto es, normas que pretenden lograr un cambio social, así como de la función represiva, que intenta conservar el status quo correspondiente a una determinada sociedad.

Estas funciones promocionales tienen su ámbito específico de acción, como en materias tributarias y materias civiles, incluso en materias administrativas, pero en ningún caso en la órbita penal.

2. - Función ideológica del derecho penal

Puede sostenerse tanto desde un punto de vista histórico-político como histórico-sociológico, que el derecho siempre ha tenido en alguna medida un determinado carácter ideológico.

Varios son los factores que influyen en una decisión político criminal acerca de que es lo que debe ser protegido. Independientemente de que lo que se proteja pueda ser subsumido en las categorías “bienes” o “expectativas”, y que esta decisión política pueda tener un determinado sesgo de “compromiso” (como en Chile donde la mayoría de las leyes son producto de acuerdos políticos de las grandes alianzas que se supone representan al país), ésta supone dentro de los límites impuestos por una Constitución la identificación de una situación valorada que esta siendo

⁴⁴⁴ García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., página 130.

afectada o que es susceptible de serlo, y de las herramientas para intentar controlar el problema.

Si bien es cierto la Constitución implica un límite aún así “...se dispone de un cierto nivel de discrecionalidad para determinar qué conflictos son considerados delitos, cuáles contravenciones y cuáles otros son relegados a las ramas civiles del derecho.”⁴⁴⁵, o a las ramas administrativas o laborales.

En estas selecciones que hace el legislador acerca de cuales son las conductas que serán objeto de persecución es siempre posible detectar “La presencia de una carga ideológica-política.....ha estado presente desde siempre en los sistemas penales de los países capitalistas, donde criterios políticos privilegiaron la propiedad sobre bienes que deberían ser considerados de mayor rango, como la libertad. El discurso político fomenta la “dificultad de criminalizar policial, fiscal y judicialmente ciertos hechos delictivos funcionales para el sistema de producción y distribución de riquezas y poder, por contraste con la fácil criminalización, en esos mismos ámbitos, de los hechos disfuncionales para el propio sistema”.⁴⁴⁶.

La vinculación del derecho penal a la ideología no es nueva, según Morrillas “...el derecho de castigar expresa, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad.....el derecho penal se presenta como un instrumento al servicio de la política criminal y ésta es una parte de la política general del estado, lo que convierte a aquél en un instrumento político.”⁴⁴⁷.

El derecho penal moderno se remonta al siglo de las luces “...con un acentuado planteamiento liberal y asentado en la ideología de los más sobresalientes ilustrados y reformadores, supone un intento de frenar los vicios que las leyes

⁴⁴⁵ Salazar, Pablo, ob. cit.

⁴⁴⁶ Salazar, Pablo, ob. cit.

⁴⁴⁷ Morrillas Cueva, Lorenzo, en “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”

penales presentaban en el siglo XVIII.”⁴⁴⁸. A partir de ese momento las cosas cambian “Toda la evolución posterior desemboca en un mayoritario convencimiento de que la sociedad tiene la facultad de reprimir ciertas conductas atentatorias contra su propia estabilidad e incluso su existencia. Desde semejante perspectiva, los medios de reacción del derecho penal se proyectan como una necesidad de defensa social sin la que no sería posible mantener el orden público, tal y como la sumen estas sociedades.”⁴⁴⁹.

Este enfoque fue durante muchos años objeto de fuertes sacudidas científicas y también ideológicas. Las manifestaciones más relevantes después del ataque del positivismo

probablemente fueron el Derecho Nazi, el Derecho Fascista y el Derecho Estalinista “...expresiones de un derecho penal autoritario cercenador de las mínimas garantías ciudadanas y que hacen de la represión penal -de la pena- un instrumento político, en manos del estado, al servicio de su régimen y de sus intereses, generalmente bastardos, de clase o de raza. Ciertamente existen y han existido otras dictaduras, otras formas de violencia colectiva, otras maneras de genocidios físicos, biológicos o culturales.....pero no es necesario profundizar en ellas por que carecen de originalidad y no son sino continuidad de viejos métodos de engaños prepotentes y de violencia.”⁴⁵⁰.

Para precisar la función ideológica en un momento específico del derecho, se debe determinar primero cuales son los elementos principales que respecto del funcionamiento de la economía y más en general de la sociedad, son recepcionados fundamentalmente por una legislación. Considerando que los sistemas sociales actuales se basan fundamentalmente en las ideas de libre

⁴⁴⁸ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

⁴⁴⁹ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

⁴⁵⁰ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

mercado, se puede afirmar, que la ideología económica que hoy prima es la ideología neoliberal.

Teniendo presente lo anterior y desde una perspectiva marxista podríamos afirmar que hoy el derecho es una herramienta de clase *“Esta afirmación de que el derecho es tan solo un instrumento de clase se encuentra desde el principio de los fundadores del marxismo científico. A la luz de estos principios, el crimen es el producto de las condiciones económicas competitivas y/o de la explotación económica, que llegará gradualmente a desaparecer en una estructura socialista de la sociedad.”*⁴⁵¹ .

Ya vimos anteriormente que las preguntas que se hacen en un modelo como este se responden en su mayoría de manera insuficiente, ya sea normativamente

desconociendo el valor de los atentados o fácticamente ignorando que ciertas causas para los delitos son independientes del modelo social en el que se producen. Por ejemplo la explicación de los delitos de violación como productos de la estructura social, o la valoración de los delitos comunes como mero epifenómeno. Lo importante no son estos problemas concretos si no las superestructuras.

Sin embargo, creo que aunque *“...el socialismo no estimule muchas de nuestras perversas inclinaciones, y aunque impida por la ley de adaptación al medio el desarrollo de cualidades egoístas, contrarias al bienestar general, no podrá convertir al mundo, por arte mágico, en una especie de paraíso terrenal.”*⁴⁵². Ya Ferri lo había dicho *“Decir que con el socialismo desaparecerán todas las formas del delito, es una afirmación que deriva de una generosa idealidad sentimental, pero que no se funda en la rigurosa afirmación crítica.”*⁴⁵³ .

⁴⁵¹ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

⁴⁵² Zerboglio, Adolfo, citado por Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

⁴⁵³ Ferri, Enrico, citado por Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

Los autores ligados al pensamiento marxista tanto desde perspectivas dogmáticas como criminológicas, han afirmado que mientras no se supere el estado de organización capitalista y los tipos de contacto sociales que se producen al interior de un sistema estructurado así, el delito seguirá siendo un problema sin solución. Sin embargo estas versiones van variando hasta postular que tal cambio macro social sólo producirá teóricamente una considerable disminución en ciertos tipos de delitos, pero no de todos como afirman Lea y Young.

No menos importante, es el reconocimiento de que al menos en el mundo europeo y americano los sistemas sociales no pueden ser caracterizados como absolutamente capitalistas o absolutamente comunistas. La valoración actual del derecho penal no está

“...en la dicotomía estado capitalista-burgués estado-socialista, sino en la dinámica del estado social y democrático de derecho que acepta como derivación electoral las ideas y premisas de las diferentes ideologías conservadoras o socialistas pero sobre la base y sustento de los principios básicos de dicho estado, democráticamente aceptado.”⁴⁵⁴.

Lo mismo sucede a juicio de Morrillas con el derecho penal. Este no se adscribe únicamente a una u otra ideología, sino que está asentado sobre una serie de principios que en todo caso representa a más de una ideología, son los nuevos gobiernos que se basan en el consenso político.

En este contexto *“Entonces lo importante en los planteamientos doctrinales no es....la propia existencia del derecho penal, sino su configuración, su estructura, su contenido, su función, su forma de ser estudiado.”⁴⁵⁵.*

⁴⁵⁴ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

⁴⁵⁵ Morrillas Cueva, Lorenzo, ob. cit.

Existen entonces al interior del derecho penal una serie de ideologías diferentes y que influyen no sólo en los modelos dogmáticos sino también en las metodologías usadas por los científicos del derecho. Se produce una fusión entre ideología y metodología ⁴⁵⁶, lo que nos recuerda las palabras de Foucault, en el sentido de que el poder crea sus propias herramientas, su propio lenguaje y sus propias áreas de conocimiento. En particular *“El estado liberal propugnaba por la necesidad de respetar la libertad y la conciencia del ciudadano, e incidir sólo en los aspectos externos del comportamiento del individuo que afectasen a la convivencia social. Y al igual que se defiende una clara separación entre el poder político y poder religioso, se impone como criterio metodológico la necesidad de no confundir Derecho y Moral.”* ⁴⁵⁷.

Frente al criterio subjetivo de la dirección de la voluntad, comienza a primar la idea de que es tarea principal la protección de bienes jurídicos *“...resulta evidente que, bajo estos presupuestos, la teoría de la doble función de la norma penal debía ser la consecuencia lógica del nuevo planteamiento. Es posible, pues, que esta vez la tesis de la regla jurídica dependiese de las nuevas necesidades de estructuración del delito y del nuevo viento ideológico que soplaba en la teorización de los fines del derecho penal.”* ⁴⁵⁸.

Posteriormente y con la avanzada de la escuela de Kiel la función del derecho cambia. Desde el liberalismo de la escuela causalista que sólo estaba interesada

⁴⁵⁶ *“Así, en una difícil etapa histórica en Alemania.....caracterizada por un debilitamiento del ejercicio del poder público, hubo propuestas que consideraron las relaciones entre el individuo y el estado bajo criterios autoritarios de sujeción y sometimiento. Y es entonces cuando surge la teoría imperativa de la norma, que concibe el ordenamiento jurídico como un conjunto de preceptos que imponen una determinada directiva de conducta a la generalidad de los ciudadanos, todavía contemplados como súbditos. El delito es entendido como infracción, y su estructura se levanta en torno al momento de rebeldía, de desobediencia, de no acatamiento de voluntad del precepto, y, por ende, del legislador. Evidentemente, este modelo planteaba problemas de fundamentación y de carácter sistemático, como la dificultad procedente de la apenas distinción entre los ámbitos de la antijurudicidad y la culpabilidad.....Precisamente estos obstáculos facilitaron el abandono de estas tesis y la entrada en escena de la teoría de la doble función de la norma penal.”*, Borja Jiménez, Emiliano, en “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal”, página 240 y 241.

⁴⁵⁷ Borja Jiménez, Emiliano, ob. cit., página 241.

⁴⁵⁸ Borja Jiménez, Emiliano, ob. cit., página 241.

en la producción del resultado y que por ende desvaloraba el disvalor de resultado, comienza el tránsito a un intervencionismo preocupado de imponer los valores dominantes del nacionalsocialismo. Se intenta interferir en el ámbito de la conciencia del ciudadano, adquiere primacía el disvalor del acto.

De esta manera puede verse el radical subjetivismo de Welzel y su teoría de la acción final. Este énfasis en la voluntad y por ende en el desvalor de acto más allá de lo que sucede en el mundo exterior, no revela un interés por la constatación de una objetiva dañosidad social, sino una disidencia personal respecto del poder establecido *“El derecho penal autoritario se había caracterizado, entre otros, por perseguir fines de carácter ético o moral. Es comprensible, por tanto, que tras la Segunda Guerra Mundial se desarrollasen*

*en el panorama dogmático tendencias que intentan liberar de todo vestigio ético o moral a sus planteamientos metodológicos. Las propuestas funcionalistas representan un buen ejemplo de esa búsqueda del criterio científico en la elaboración del sistema penal, expulsando fuera de su seno cualquier vestigio eticista o moralista.”*⁴⁵⁹. Es la época del estado Keynesiano, el modelo del estado social e intervencionista.

Este nuevo modelo es susceptible de ser dividido en dos vertientes, algunos para quienes lo relevante es la motivación del sujeto y que en consonancia con ello abrazan la teoría de la motivación de la norma. Otros más radicales que hablan sobre la estabilidad de las expectativas contenidas en las normas.

Ambas vertientes se fundan en mayor o menor medida en elementos ideológicos. En tanto modelos explicativos *“La elaboración de una disciplina desde parámetros exclusivamente lógicos o materiales, recurriendo a la metodología técnica, viene*

⁴⁵⁹ Borja Jiménez, Emiliano, ob. cit., página 242 y 243.

*influenciada por otra ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón científica.”*⁴⁶⁰.

El profesor Terradillos Basoco relaciona lo anterior con la función simbólica, y considera que es posible que ésta “...se utilice para crear y reforzar representaciones ideológicas de ámbito mucho más amplio que el exigido por la función instrumental. La tutela de bienes jurídicos sería en estos casos el objeto de la protección instrumental, y el reforzamiento de valores, el de la función simbólica.”

⁴⁶¹. El estado no sólo se rehusaría a realizar políticas sociales como medidas sustitutivas de una política criminal más dura, sino que además la política criminal tendría por objeto el reforzamiento de ciertos valores más allá de los efectos instrumentales de la aplicación de la ley.

Con esto se corre el riesgo de que “...de que esos valores lleguen a identificarse con reglas de funcionamiento de los mecanismos sociales y de definición del rol que a cada individuo corresponde desempeñar en ellos, que es lo que en el fondo predica todo funcionalismo, hasta conformar una verdadera Weltanschauung, un proyecto ideológico de vida que, en el seno del sistema económico en que nos movemos, se identifica, como ha observado Steinert, con lo que él mismo ha bautizado como moral de trabajo.”⁴⁶².

Basoco afirma que en estos casos, la función instrumental va más allá del mero símbolo “Se despliegan otros efectos, conciente o inconcientemente buscados, que.....tienen el denominador común la falsa imagen de que el reforzamiento del poder represivo es la respuesta adecuada al delito, o, lo que es lo mismo, que el crimen no responde a factores sociales a los que hacer frente con los amplios programas de renovadora política social, sino a decisiones del criminal frente a la que no queda otra salida que la reacción social-institucional enérgica.”⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Borja Jiménez, Emiliano, ob. cit., página 243.

⁴⁶¹ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 11.

⁴⁶² Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 11.

⁴⁶³ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 11.

El verdadero problema se produce cuando los preceptos penales teóricamente orientados a la protección de los bienes jurídicos asumen otras funciones, específicamente la defensa del status quo, con lo cual se esta *“...sobrepasando la función simbólica stricto sensu, para acometer de lleno una mistificadora función ideológica. De ahí que parezca preferible utilizar esta terminología.”*⁴⁶⁴.

El término “ideología” es susceptible de utilizarse de variadas maneras asignándole un sentido arbitrario y variable. A pesar de ello afirma siguiendo a Marx, que si bien es cierto que la expresión “ideología” es en cuanto a su contenido un término dependiente de los elementos históricos, políticos y económicos, es decir una noción producida socialmente y por ello variable en tiempo y espacio, acepta que *“...su función es siempre la misma: estabilización de las relaciones determinantes de las relaciones políticas y económicas, y cerrazón frente a experiencias e ideas que pudieran romper esas relaciones, en favor de aquellos que están interesados en el mantenimiento del status quo.”*⁴⁶⁵.

Es claro, a su juicio, que si se somete a un detenido estudio a las instituciones más fundamentales del sistema penal, se puede constatar que su función es ante todo ideológica y no instrumental.

Sin embargo como decíamos anteriormente en las sociedades de hoy en día, gobernadas por coaliciones que representan a amplios sectores de la sociedad, las normas no reflejan directamente la defensa de ciertos sectores de la sociedad, al menos no de manera expresiva. Si así lo hiciera, los actos legislativos o administrativos atentarían directamente contra los pilares básicos de la constitución⁴⁶⁶, y serían susceptibles de anularse en conformidad a los artículos 4, 6 y 7 de la carta fundamental.

⁴⁶⁴ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 12.

⁴⁶⁵ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 12.

⁴⁶⁶ En efecto la Constitución Política de la república de Chile establece en su artículo 19º que: *“La Constitución asegura a todas las personas: 2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni*

Lo anterior, en todo caso, no evita que indirectamente a través del fomento y la protección de un determinado modelo económico, se termine al final de cuentas incentivando la mantención del status quo existente en la sociedad.

Manifestaciones de la protección del status quo hay muchas. En efecto, desde el punto de vista penal *“...las fórmulas ideológicas pueden.....manifestarse en los bienes jurídicos, encubriendo la verdadera naturaleza de las relaciones sociales concretas que se protegen por el derecho penal, con lo que el objetivo protegido corresponderá, aunque de formas encubierta, con los intereses de los grupos hegemónicos.”*⁴⁶⁷. Esto implica que una determinada cosmovisión del mundo, de la economía o de la sociedad se habrá objetivado a través de su consagración legal, lo que es inaceptable en un mundo democrático donde las decisiones se supone deben corresponder a la lógica de la mayoría.

Si tenemos que la finalidad de las teorías relativas es irreal teniendo a la vista la cifra negra de los delitos y su fracaso empírico, como ya denunciara Foucault respecto de la cárcel (en lo relativo a la readaptación social como a la evitación de la reincidencia), el control penal estaría operando como forma de encubrimiento y justificación (teniendo en consideración la justificación procedimental a que se refiere Tuori⁴⁶⁸).

Si lo anterior se tomara en serio como dato fenoménico, conclusión necesaria sería la abolición de la cárcel, pero como afirma el filósofo francés si ésta no ha desaparecido es por que realiza otras funciones diferentes a aquellas que se declaran *“El hecho de que el control jurídico-penal en la realidad empírica no funcione, radica en que la concepción teórica de un derecho penal orientado hacia fines parte de una ilusión, o sea de presupuestos idealistas, y olvida que....según las perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, este no es más que un*

grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. “

⁴⁶⁷ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 13.

⁴⁶⁸ Tuori, Kaarlo, ob. cit., página 148 y siguientes.

*derecho instrumental, aniquilatorio de los enemigos sociales.....que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirven exclusivamente para el uso legitimatorio.....”*⁴⁶⁹.

De este fenómeno ideológico también es conciente Bernd Schünemann, quien ha puesto el ojo en los delitos contra la criminalidad económica, contra el medio ambiente y contra la corrupción. Trasfondo donde se puede constatar que “...se trata básicamente, en parte exclusivamente, de la creación, extensión o extensión anticipada.....del tipo penal, donde se incluiría el comportamiento socialmente dañoso de la clase media alta o clase alta hasta llegar incluso más allá a la denominada macro criminalidad de los mismísimos dirigentes estatales.”⁴⁷⁰.

Sin embargo surge la pregunta de si de verdad nos encontramos ante un verdadero cambio de paradigma o bien ante una nueva expresión del derecho penal simbólico. Para el profesor alemán “*El derecho penal estatal se originó.....como un instrumento específico contra la criminalidad de los aventureros y los pobres; y tampoco cambió lo más mínimo en la época de la Ilustración, ya que entonces, aunque fueron eliminadas ciertamente la quema de brujas y herejes, así como la tortura y, con ello, las peores bestialidades, tuvo un efecto tranquilizador incluso, crea un Derecho Penal nocivo y puramente simbólico.*”⁴⁷¹.

Los teóricos de la escuela de Frankfurt están contestes en que la sociedad de hoy es tremendamente compleja, y que resultan absolutamente inútiles los

esfuerzos del legislador por intentar hacer frente a estos problemas con los recursos del derecho penal, puesto que esto implicará a futuro una “...*aplicación puramente simbólica del Derecho Penal basado en contextos de imputación individuales en el ámbito de contextos de causación sociales complejos; aunque no*

⁴⁶⁹ Paul, W., citado Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 13.

⁴⁷⁰ Schünemann, Bernd, en “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, página 51.

⁴⁷¹ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 51 y 52.

se pueden imputar al individuo los problemas del sistema ya que estos problemas escapan a una simple conexión causa-efecto, del mismo modo que tampoco se dejan solucionar las contradicciones del sistema social en la sala jurisdiccional.....el Derecho Penal se funcionaliza de esta manera desde la política.....y a través de esa funcionalización e instrumentalización se le exige permanentemente demasiado.”

472 .

Si lo anterior es verdad entonces el derecho penal de la clase alta podría convertirse en un verdadero caballo de Troya, donde a través de la ejecución de la ley se trataría de encubrir la impotencia del poder político para resolver los problemas sociales, destruyendo desde dentro las formalidades de corte liberal que tanto enorgullecieron a los penalistas de antaño.

De acuerdo a Schünemann la crítica acérrima que la escuela de Frankfurt efectúa a la modernización del derecho penal, mediante la exigencia de rígidas condiciones de legitimidad tiene un carácter clasista “...este comportamiento del Estado de Derecho en una cuestión, que es típicamente relevante en procesos penales contra la clase media o incluso alta, contrasta con la relajación habitual, por lo demás, de las peticiones de prueba, por ejemplo en la evaluación de la credibilidad de los testigos, que representa el pan de cada día de los procesos contra la clase baja y la clase media baja.”⁴⁷³ .

Esta agudización de los rígidos postulados del estado constitucional clásico de derecho, que es lo que se encuentra detrás de las pretensiones de la escuela de Frankfurt, implica una diferenciación de clases a la hora de criticar el derecho penal. Ejemplo de ello es lo que ocurre respecto a las intervenciones telefónicas “...el autor de clase media alta o de la alta goza de protección (discreción) a través de su chalet, donde maquina el plan del delito; pero los pertenecientes a las clases

⁴⁷² Schünemann, Bernd, ob.cit., pagina 52.

⁴⁷³ Schünemann, Bernd, ob.cit., pagina 53 y 54.

*bajas, cuya actividad criminal se trata mayormente en tabernas atestadas de agentes secretos, carecen de esa protección...”*⁴⁷⁴.

A pesar de todo esto, no plantea la derogación del derecho penal y la atribución de la resolución de los conflictos al derecho civil, pues a su juicio en la sociedad postmoderna de hoy tal elección no está justificada.

El derecho penal frente al derecho civil tiene desde la perspectiva de su eficacia, la gran ventaja que introduce en el autor la amenaza de costes superiores a los beneficios obtenidos por el delito, mecanismo del que carecen tanto el derecho público como el derecho civil. En estos ámbitos la confianza en que las personas no vulneren los bienes jurídicos reposa en última instancia en la moral de cada persona, sin embargo esta forma de protección resulta ilusoria teniendo en cuenta como es el hombre de la post-modernidad que *“...no se rige por la religión ni por imperativos categóricos, tampoco está de acuerdo con el utilitarismo de reglas, ni es partidario del depurado utilitarismo de acción, sino que es un egoísta racional y, por eso finalmente, un puro hedonista, al que no le interesa más la impregnación de la parte superior de la clase baja, de la clase alta, y, con ello de gran parte de la sociedad, que caracterizó por ejemplo al siglo XIX, a través de una moralidad por un lado clerical de la pequeña burguesía y por otro de la burguesía cultivada.”*⁴⁷⁵.

Postula que lo que se debe perseguir es la búsqueda de la igualdad, el término del clasismo al interior del derecho penal, por ello se deben perseguir y de manera dura *“...los estragos verificados al medio ambiente por la producción ilimitada de pequeñeces inútiles de nuestra sociedad de consumo que la apropiación ilegal según el derecho civil de esas pequeñeces esparcidas; o más duramente todavía la lesión de los derechos humanos por la aplicación de los medios de poder del estado que al navajazo o la cuchillada en un bar; o, la corrupción del funcionario que la quiebra del comerciante...”*⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Schünemann, Bernd, ob.cit., pagina 54.

⁴⁷⁵ Schünemann, Bernd, ob.cit., pagina 63.

⁴⁷⁶ Schünemann, Bernd, ob.cit., página 68.

Por último quisiera referirme en términos concretos sobre las diversas manifestaciones de esta función ideológica desde la perspectiva del bien jurídico. Ya que este principio cristaliza los objetos penalmente protegidos será en este ámbito, en la parte especial, donde se podrá percibir la expresión de la función que estamos analizando, esto es el bien jurídico utilizado como medio para la defensa del status quo. O lo que es lo mismo, el bien jurídico usado para la “...estabilización de las relaciones determinantes de las relaciones políticas y económicas...”⁴⁷⁷.

La hipótesis de Terradillos Basoco es que “...la función real del proceso legiferante de definición de bienes a proteger jurídico-penalmente, es la de consolidación de un determinado modelo de relaciones de producción, mientras que la función proclamada es de tutela de esenciales bienes y derechos, normalmente avalados por la Constitución, que sólo se protegen en tanto en cuanto consolidan aquel modo de producción.”⁴⁷⁸. Esta función es susceptible de seccionarse normativamente en diversas fases.

La primera fase se refiere a la definición de los bienes jurídicos que reforzarán los mecanismos de reproducción de la estructura material de la sociedad. En ella se produce la consagración legal o constitucional de ciertos bienes que se protegen sin necesidad de enmascaramiento como la vida y la libertad. Otros son necesarios no para la reproducción material sino ideológica de la sociedad, como la libertad sexual, la seguridad interior del estado, la salubridad pública, orden público, etc. Pero es en la segunda fase, esto es, durante el proceso de selección de los medios de tutela y de sus límites, donde yace la clarificación del problema Terradillos pone la atención sobre los delitos contra la propiedad, ya que en esta área el problema se presenta de manera más evidente. Luego de observar la gran cifra negra de los delitos contra la propiedad, afirma que la persecución penal se aleja progresivamente de la efectiva protección del bien jurídico. En la práctica, en éstos ámbitos el estado ha abandonado la gestión de los conflictos entregándoselos a las

⁴⁷⁷ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 12.

⁴⁷⁸ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 18.

compañías de seguros, al mercado de bienes y a los servicios de seguridad ⁴⁷⁹, con lo cual concluye que *“La defensa penal de la propiedad no es, pues, sino la función ideológica de la punición de los delitos patrimoniales. La real es lograr que todos asuman los códigos de comportamiento del propietario aún no siéndolo.”* ⁴⁸⁰.

El problema reside en la funcionalización del individuo a través de la aceptación de su rol como ciudadano, pero también en sus roles particulares, como padre, como juez. Más polémico pareciera el rol en cuanto agente económico. Aquí el conflicto se sitúa en las reglas que definen el comportamiento correcto en el tráfico económico, no en cuanto a su contenido, sino en cuanto a una determinada forma que presupone una diferente filiación ideológica.

Un comerciante espera que otro comerciante se comporte de acuerdo a las reglas que lo definen como tal, ¿pero que ocurre con aquellos que se encuentran al margen de estas reglas, que no alcanzan a ser definidos como tales?, ¿que ocurre cuando tanto el comerciante como el no comerciante se relacionan económicamente, bajo que reglas se rigen?, seguramente por las que definen al comerciante pero el problema está en que: primero, una parte no es considerada como comerciante; segundo, existe un problema de igualdad puesto que bajo las reglas comerciales se van a considerar a las partes como diferentes; tercero, que la filiación ideológica no es esperable de aquellos que no conocen las reglas. Luego a partir de estas diferencia de roles, de procesos de definición, y frente a un mismo resultado, esto es, la lesión o puesta en peligro de la propiedad, el legislador valora a quienes materialmente hacen lo mismo pero que formalmente se comportan distinto, de manera diferenciada ⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit.

⁴⁸⁰ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 19.

⁴⁸¹ *“El ladrón distinguido reconoce la propiedad en el momento en que la viola para constituirse la suya propia; la apropiación indebida es un asunto entre burgueses, nada al margen de poder de la sociedad. El falsificador de documentos no arrastra consigo al banquillo de los acusados de la sociedad, como si éste fuera algo opuesto, ya que él forma parte de ella, si bien en la forma de fracaso. Demanda para el documento falsificado la misma fe pública que él socava en sus límites con la falsificación; se halla, en suma, de acuerdo con el mundo al que el engaña.”*, Bloch, Ernst, citado por Terradillos Basoco, Juan, ob. cit.

En la medida que se respeten los códigos ideológicos expresados en el comportamiento, la conformidad tendrá un correlato en la medida del reproche efectuado por el sistema social hacia al autor *“La respuesta penal, en consecuencia, es frente a él menos enérgica, y con razón, ya que al no protegerse el derecho particular, sino el sistema, y al no ser puesto éste en cuestión por el delincuente, no es necesario gastar energías en el objetivo de prevención general integradora. No hay nada que integrar.”*⁴⁸².

Lo anterior puede verse claramente en nuestro Código Penal. Parecería en principio absurdo y falso, si quiera considerar que un sistema penal pueda equiparar un atentado contra la vida con un atentado contra la propiedad y la libertad, en nuestro país esos absurdos son reales.

Para el legislador chileno la propiedad privada es un elemento central en la estructura del estado moderno⁴⁸³. Existen por eso mismo múltiples mecanismos en los sub-sistemas institucionales para protegerla, esto exhibe el interés por tratar de

⁴⁸² Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 19.

⁴⁸³ A nivel constitucional si bien es cierto que nuestro poder constituyente no estableció expresamente un determinado modelo económico, también es cierto que éste es deducible de ciertas garantías constitucionales e instituciones del mismo rango o legales, que prevé nuestro sistema jurídico fundamental. Así que aunque dicha mención no sea expresa, nadie discute que el modelo adoptado sea un modelo basado en las ideas de libre mercado, de propiedad privada y libre competencia, esto es un modelo económico capitalista. Este sistema adoptado, es en todo caso, lo suficientemente dinámico como para ser caracterizado de acuerdo a las nuevas tendencias, neoliberalismo, neocorporativismo o tercera vía. Las bases constitucionales de este modelo son: artículo 19; 21°: *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*; 22°: *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”*; 23°: *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”*; 24°: *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y*

garantizar la estabilidad de la estructura estatal. Estos mecanismos van desde las comisiones antimonopolios hasta el instrumento penal.

Esta especial relevancia estructural permite explicar (por cierto que también hay justificaciones históricas para ello) por que los atentados contra la propiedad tienen en general una penalidad más elevada que los demás tipos. Solo a título ejemplar véanse las penas que establece el artículo 391⁴⁸⁴ que sanciona el homicidio, que son considerablemente menores a las que establece el artículo 436 inciso 1º que sanciona el robo con violencia o intimidación⁴⁸⁵.

El objeto de la presente tesis, si bien está conectado con esta característica de la propiedad, en tanto poseedora de una especial relevancia estructural para nuestro sistema social, difiere en su aplicación concreta. Aquel toma un punto de vista relativo a la orientación de nuestro modelo, por el contrario, éste, se refiere a las manifestaciones específicas de esa orientación. En particular, a los roles que las personas asumen dentro del tráfico económico, dado por supuesto, las bases estructurales precedentemente apuntadas.

Desde este ángulo particular nos interesa demostrar como la divergencia formal del comportamiento en función de la reglas del “buen comerciante”, tiene un correlato específico de agravación o disminución de la pena en el sistema penal. Usaremos para estos efectos al delito de estafa y al robo por sorpresa.

Frente a un objeto del mismo valor por ejemplo una cadena de oro de 30.000 pesos, si esta es robada por sorpresa la pena es de presidio menor en su grado

⁴⁸⁴ Artículo 391 del Código Penal Chileno: *“El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 2. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso.”*

⁴⁸⁵ Artículo 436 inciso 1º del Código Penal Chileno *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas.”*

mínimo a máximo ⁴⁸⁶, en cambio si la misma cadena es estafada la pena es presidio menor en su grado mínimo ⁴⁸⁷. Este fenómeno no es aislado, por el contrario, es susceptible de verse en muchos otros artículos del Código Penal.

Para Terradillos *“...la atenuación de conductas que constituyen extralimitación en el empleo de mecanismos habituales de la economía concurrencial, aunque sean gravemente lesivas de derechos patrimoniales individuales, se debe a que recalcan folológicamente mecanismos estructurales. La dureza será, por el contrario, la nota característica frente a los violadores de la regla que exige proporción entre consumo y trabajo retribuido...”* ⁴⁸⁸.

Se puede explicar ideológicamente las diferencias entre el nivel de la punibilidad de ambos tipos. En el tipo de la estafa se trata de casos en que se respeta formalmente (de algún modo) las reglas del buen comerciante, se trata de personas que se encuentran dentro del tráfico comercial. En consecuencia con ello la penalidad es más baja aunque implique un daño de mayor relevancia a la propiedad individual. Esta persona, la que estafa, por estar dentro del mundo comercial no necesita de rehabilitación en un sentido preventivo general integrador, a lo menos no en el mismo nivel que aquel que está fuera de éste.

Desde una perspectiva dogmática podríamos afirmar que si bien subjetivamente ambos actúan con dolo, es evidente que para el legislador lo importante consiste en la congruencia que existe entre el propósito del autor de la estafa con el legítimo funcionamiento del sistema jurídico-comercial, lo cual lo diferencia del autor del robo por sorpresa.

⁴⁸⁶ Artículo 436 inciso 2º del Código Penal Chileno: *“Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.”*

⁴⁸⁷ Artículo 467 del Código Penal Chileno: *“El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado: 3. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.”*

⁴⁸⁸ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 20.

Desde un punto de vista objetivo el aparente acatamiento por parte del autor del delito de estafa de las reglas que guían el tráfico comercial, justificarían un trato más benigno frente al autor del delito de robo por sorpresa. Al igual que en el caso anterior se produciría respecto del delito de estafa aquella correspondencia entre el funcionamiento del sistema jurídico-comercial y la morfología del comportamiento del autor.

Otro ejemplo similar al anterior se ve claramente en el artículo 445 del Código Penal Chileno⁴⁸⁹, en que se castiga, en defensa del derecho de propiedad, una conducta que en nada la amenaza. Criminalizar la tenencia de ganzúas u otros instrumentos para el robo es, en la época de los delitos computarizados un absurdo. Puede decirse que la razón de su tipificación responde más los orígenes de la propiedad y al sistema de reglas comerciales que se refieren a su uso y transacción.

En el artículo 445 no hay riesgo alguno de lesión de bienes jurídicos, pero su estructura no se corresponde morfológicamente con las reglas de conducta de los comerciantes⁴⁹⁰. No se castiga sólo por existir un peligro de lesión de un bien jurídico sino por la desviación en lo que se refiere a las reglas establecidas para el tráfico comercial, se castiga por haberse vulnerado una cierta manera de hacer las cosas.

⁴⁸⁹ Artículo 445 del Código Penal Chileno: *“El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.”*

⁴⁹⁰ La razón de la tipificación es explicable de acuerdo a Terradillos por que este tipo de conducta *“...en las antípodas del contrato -símbolo de la satisfacción propietaria de las necesidades individuales, que constituye el signo de respeto a los cánones de vida burgueses- y su autor es la figura opuesta a la del comerciante que, traspasando la moral de frontera -y más víctima que criminal en el juicio de sus iguales-, abusa ilegalmente de los mecanismos mercantiles ilícitos.”*, Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 20, las frases entre los símbolos corresponden a Sgubbi, F., citado por Terradillos Basoco.

Si el peligro no existe se crea la falsa apariencia de que es real, por que sin esta característica el tipo carecería de legitimidad. Sin embargo a nuestro juicio ese engaño es decisivo, la norma es ilegítima.

Se puede afirmar que las normas que protegen la propiedad están en una doble relación de tensión con las normas constitucionales. De un lado y desde un punto de vista específico, algunos tipos penales están en un estrecho margen de inconstitucionalidad por presumir la responsabilidad penal de pleno derecho en aquellos casos que las conductas no son ex-ante peligrosas, entre ellos el artículo 445 del Código Penal.

De otro lado y ahora desde un ángulo global, se puede constatar una tensión producida debido a la acentuada elevación de las penas que sancionan la lesión o la puesta en peligro de la propiedad, en relación a los demás tipos que protegen bienes jurídicos de mayor envergadura.

En un contexto normativo en que las reglas y principios constitucionales establecen y caracterizan a nuestra sociedad como un estado democrático de derecho (artículo 4⁴⁹¹ de nuestra Carta Fundamental en relación al artículo 19^o número 2⁴⁹²), se puede sostener (sin dejar de lado el carácter siempre selectivo del sistema penal, lo que incluso podría pensarse como una tercera forma de tensión) que esta sobreprotección se justifica por razones ideológicas y no por razones de eficiencia preventiva, lo constituye un fundamento ilegítimo para la elevada penalidad presente en los tipos que protegen el derecho de propiedad.

En efecto, lo anterior no es admisible en un estado donde la autoridad se encuentra obligada a otorgar un trato igualitario para todas las personas *“Esta persecución acentuada del robo, como delito violento contra la propiedad, censura duramente el*

⁴⁹¹ Artículo 4 de la Constitución Política de la República: *“Chile es una república democrática.”*

⁴⁹² Artículo 19^o número 2 de la Constitución Política de la República: *La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

*recurso a un particular medio de fuerza que, de hecho, es probablemente lo último que les queda a los que nada tienen, los socialmente inhábiles, los que no disponen de relaciones ni medios coactivos consentidos.”*⁴⁹³. La respuesta penal es frente a ellos enérgica ya que no sólo se protege la propiedad individual de la persona afectada, sino el sistema comercial considerado en su conjunto, al ser su estabilidad puesta en duda por las conductas ilícitas.

Puede afirmarse en definitiva que la pervivencia en un Código Penal del siglo XXI de preceptos como los que analizamos con anterioridad no pueden “...*explicarse por referencia al bien jurídico presuntamente protegido, sino por la fuerza expansiva del mensaje penal, que difunde el modelo ideológico de honesto ciudadano respetuoso con la propiedad ajena. Se castiga la peligrosidad para el sistema económico y la desviación respecto a las reglas de actuación de los honrados comerciantes.*”⁴⁹⁴.

Con esto concluimos el examen de la función ideológica del derecho penal.

Si bien solidarizo con el análisis hecho por Terradillos Basoco lo hago eso sí, sólo parcialmente. Primero por que no puede afirmarse que sea tan sólo una única ideología la que inspira el total del sistema constitucional, un examen más detallado nos revela que en todo caso coexisten otras ideologías funcionales o no a la ideología del liberalismo económico. Puede verse también la tremenda influencia del conservadurismo católico, debido al cual hasta hace muy poco tiempo no era posible terminar una relación matrimonial con disolución de vínculo. También ideologías conservadoras pueden verse en los tipos que consagran la tipificación del aborto o que sancionan los actos contra la moralidad pública.

Pero también pueden verse algunas consagraciones de tipo izquierdista o de un socialismo renovado, quizás no específicamente en los tipos penales pero sí dentro de las garantías constitucionales, como el derecho a sindicalizarse. Recordemos

⁴⁹³ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 20.

⁴⁹⁴ Terradillos Basoco, Juan, ob. cit., página 20.

que el derecho penal esta gobernado una base muy amplia principios, entre ellos el de fragmentariedad y ultima ratio, en virtud de los cuales sólo deberá utilizarse la herramienta penal cuando las demás ramas de la política social hayan fracasado. En este sentido la inspección del trabajo y los derechos que se les reconocen a los trabajadores pueden encontrarse eficazmente protegidos por otras áreas del derecho. Puede verse como una manifestación de lo anterior la ley 20.005 que sanciona el acoso sexual, remitiendo la regulación y solución del problema al derecho laboral y al derecho administrativo.

Punto distinto en todo caso es que se ocupe políticamente al derecho penal como herramienta ideológica. De todas maneras, más allá de cualquier manifestación concreta del carácter ideológico del derecho penal, es claro que *“Con la posterior evolución de las formas adoptadas por este Estado moderno, aunque también ya con los procesos revolucionarios de fines del s. XIX que le otorgaron a la burguesía la posición de clase dominante, quedó establecida una clara vinculación entre un tipo de derecho y unas formas-Estado a consecuencia de la cual el monopolio de la producción del primero subsistió definitivamente atribuida al segundo.”*⁴⁹⁵, se produjo así una forma específica de regulación jurídica unida a una determinada forma de producción⁴⁹⁶.

El derecho moderno entonces se configuró como una determinada forma de organización social, pero su relación y pertinencia con las formas de control político, de distribución del poder y de la riqueza, poca relevancia tuvo para los juristas.

⁴⁹⁵ Bergalli, Roberto, en “¿De cuál derecho y de qué control social se habla? “.

⁴⁹⁶ En efecto, y siguiendo a Bergalli afirmamos que *“De ahí en más, la cultura jurídica de Occidente, ya en el campo del derecho civil como en el del Common Law, se desarrolló y afianzó como vehículo de una forma específica de organización social, cual fue la surgida del nuevo modo de producción, como de distribución y de acumulación de la riqueza. Es importante destacar aquí que, para que ese afianzamiento fuera posible, las formas de expresión de lo jurídico tuvieron que respetar una rigidez que impidiera cualquier posibilidad de interpretaciones de los enunciados normativos, ajenas a la gnoseología del método jurídico, a la teoría y a la lógica del derecho, nacidas al socaire de una cultura específica elaborada por los especialistas que la impusieron como propia a un conocimiento científico.”*, Bergalli, Roberto, ob. cit.

En los sistemas sociales occidentales si bien coexisten varias ideologías, sólo una puede primar en el ámbito económico, la selección de una excluye la posibilidad de otra. El hecho de que se establezcan ciertas atenuaciones a los sistemas no es suficiente como para caracterizarlos como sistemas mixtos. El sistema económico cubano es socialista aunque permita parcialmente la participación del sector privado. El sistema económico alemán es neoliberal, aunque posibilite la existencia de instituciones que logren eficazmente una redistribución del ingreso.

Es en consecuencia, innegable el carácter marcadamente ideológico⁴⁹⁷ que existe en el ámbito del derecho penal respecto de la protección de la propiedad. Se manifiesta allí con claridad no obstante que en otras áreas no hallan si quiera rastros de éste.

Sin embargo, debido al modelo adoptado se corre el riesgo de que este carácter se imprima en otras normas. En efecto *“...no hace falta insistir mucho en que la organización de la familia, de la transmisión hereditaria, del nombre y el estado de las personas, de la propiedad privada, etc. en el plano del derecho civil; de la producción, del comercio, de la circulación de los bienes, en el del derecho mercantil; del trabajo humano, de sus organizaciones y tratativas con el capital, en el del derecho laboral y social; del movimiento del capital, en general y en todas las expresiones de regulación del llamado ámbito privado, a través de las fronteras, en el del derecho internacional privado; de las relaciones de los ciudadanos, como tales, con el Estado nacional, en el del derecho administrativo; de los Estados naciones, en el del derecho internacional público; han sido expresiones, todas ellas, pertinentes a una forma específica de organización social. Todo lo cual, ha constituido una auténtica superestructura ideológica -en el sentido marxiano- que*

⁴⁹⁷ *“...el Estado moderno europeo ha estado siempre ocupado por clases sociales configuradas sobre la base del desarrollo capitalista. Esto quiere decir que la dominación ejercida por tales clases requirió y elaboró unas formas jurídicas mediante las cuales fuera posible legitimar la acumulación e impedir cualquier conato destinado a subvertir el orden social regulado por ese derecho específico.”*, Bergalli, Roberto, ob. cit.

legitimó la implantación de un sistema social sobre el cual, desde el Estado, se ha ejercido un control implícito y explícito.”⁴⁹⁸.

En segundo lugar por que considero que la función simbólica es deslindable de la función ideológica, ambas funciones son susceptibles de ser separadas. Para el profesor Terradillos la función simbólica es absorbida por la función ideológica, cuando en verdad para nosotros, cada función tiene su respectivo ámbito de aplicación. Concordamos con el, eso si, en que ciertos artículos del Código Penal si tienen un marcado acento ideológico. A Continuación veremos en detalle la función simbólica del derecho penal.

3. - Función simbólica del derecho penal

Para Baratta como vimos la función simbólica está unida a una determinada concepción de la pena, la prevención general positiva. Concepción que se inscribe dentro de un fenómeno más amplio caracterizado por la integración penal dentro la política, donde ha asumido y en medida creciente funciones sobre el control social de los riesgos. Esto ha implicado un acercamiento hacia el derecho administrativo, por ello algunos han llamado este proceso “la administrativización” del derecho penal.

Este proceso se manifiesta en dos hechos distintos pero complementarios. Por un lado el hecho de que sean “...*las normas penales accesorias a las normas generales y a la actividad administrativa del estado y de los entes públicos; o sea, normas que sostienen funciones, interviniendo de manera subrogativa.*”⁴⁹⁹, es el fenómeno creciente de los bienes jurídicos colectivos.

⁴⁹⁸ Bergalli, Roberto, ob. cit.

⁴⁹⁹ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 43.

El otro hecho es aquel *“...por el cual tales tipos penales nuevos se parecen cada vez más en su forma, a las normas de intervención de la administración pública, alejándose de los requisitos clásicos de la ley (abstracción y generalidad). Las normas penales se transforman de esta manera en un instrumento de administración de situaciones particulares, de riesgos excepcionales; en otras palabras, en un instrumento de respuesta contingente y puntual a emergencias concretas. Al mismo tiempo.....se expande la esfera de competencia decisional y discrecional de la magistratura; las decisiones judiciales tienden a asumir un carácter pragmático y político similar al de las leyes.”*⁵⁰⁰.

Poco a poco la magistratura asume funciones legislativas, pero no las asume por si misma sino que le son delegadas mediante la dictación de leyes que emplean conceptos indeterminados y cláusulas generales *“Esta técnica es el instrumento por el cual el legislador, como sucede en no pocas ocasiones a causa de los inciertos equilibrios de las mayorías parlamentarias y de los gobiernos de coalición, procura transferir a las decisiones judiciales la responsabilidad política que él no puede o no quiere asumir con las decisiones programáticas que a él le corresponderían.”*⁵⁰¹.

Esta asunción de funciones legislativas tiene que ver también por el cambio en la estructura de la magistratura, se produce una expansión de su discrecionalidad y de su ámbito de competencia generándose un compromiso en la gestión política de los conflictos, aparece el llamado así “juez disfrazado de activista”.

No nos olvidemos que fueron estas mismas técnicas legislativas las que se utilizaron con anterioridad a la segunda guerra mundial. Los conceptos jurídicos indeterminados posibilitaron la interpretación de las normas de acuerdo al sano sentimiento del pueblo alemán.

⁵⁰⁰ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 44.

⁵⁰¹ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 44.

Esta administrativización del derecho penal surge en un contexto más amplio que puede ser caracterizado como el estado de la prevención. Esto significa *“...que la seguridad de los bienes jurídicos tiende a prevalecer (se podría agregar: por lo menos desde el punto de vista de las funciones declaradas) sobre la seguridad o certeza del derecho. El estado preventivo es entonces el estado de la seguridad...”*

502

Es el estado a que se refiere Ulrich Beck, un sistema que en el plano de la producción legislativa se reorganiza y produce normas en respuesta a situaciones de emergencia, lo cual a juicio de Baratta explica la delegación de competencias decisionales por parte del legislador a la administración y a la justicia ⁵⁰³.

En relación a este nuevo modelo el análisis del derecho penal simbólico representa un manera avanzada de ver de forma anticipada el desarrollo real del sistema punitivo. La eficacia de este es estudiada *“...considerándola no tanto como un sistema de producción de seguridad real de los bienes jurídicos sino más bien, como instrumento de respuesta simbólico (y precisamente, en este sentido, tecnocrático) a la demanda de pena y seguridad por parte del público de la política, pero eso corresponde a lo que sucede en la realidad de la política criminal y de la política en general, cuando en ésta la comunicación política de base se presenta entre ciudadanos y entre ciudadanos y sus representantes.”*⁵⁰⁴.

La democracia es sustituida por la comunicación entre los políticos y su electorado, por la tecnocracia. Cuando esto se produce la política pierde su naturaleza y se transforma en un espectáculo público *“...en la política como espectáculo las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a*

⁵⁰² Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 45.

⁵⁰³ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 45.

⁵⁰⁴ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 53.

satisfacer las necesidades reales y al voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública.”⁵⁰⁵.

De esta manera la relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas pasa a un primer plano tanto político como penal, puesto que en la medida que estas últimas primen sobre las primeras la política como conducto de la voz popular decae en ilegítima. Su razón de ser ya no es más que una excusa aparente, irreal, que sólo sirve para mantener a la “audiencia” tranquila, como única manera de permanecer en el poder al que han llegado, no lo olvidemos, mediante promesas de cambios sociales, de soluciones reales a los problemas que enfrentamos diariamente.

La realización de elecciones en las que todos creemos en circunstancias de promesas falsas desgastan al sistema político, y comienza el letárgico avance hacia ilegitimidad *“El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto las normas continúan siendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho...”⁵⁰⁶.*

Existe siempre el peligro de que se pierda el equilibrio entre las funciones instrumentales y funciones simbólicas cuando la política opera de este modo, esta pérdida del equilibrio significa que *“...las funciones simbólicas perseguidas con la ley penal se vuelven cada vez más independientes de la naturaleza real de los conflictos y de los problemas en relación a los cuales los símbolos son producidos.”*

⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 53.

⁵⁰⁶ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 53.

⁵⁰⁷ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 54.

La crisis de la prevención, luego la crisis de la función instrumental de la justicia penal, implica no sólo la vulneración del principio de ultima ratio, sino también del principio de igualdad, pues sólo cuando determinados conflictos tienen un nivel políticamente rentable los operadores legislativos actúan.

Cuando el conflicto produce un cierto nivel de alarma social en el público se convierte en *“...la oportunidad de una acción política dirigida, antes que las funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general, la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada opinión pública.”*⁵⁰⁸.

El derecho penal funciona de manera cada vez más autónoma al tratar de responder a problemas sociales que no puede solucionar, el problema se enmascara con ese místico halo de que “todo lo puede”.

Para Baratta los esfuerzos de la escuela clásica del derecho penal, presuponían una fe casi ciega en la posibilidad de poder limitar el ius puniendo estatal mediante su reducción a tareas instrumentales. A su juicio han sido precisamente éstas el medio mediante el cual el ius puniendi se ha ido extendiendo de manera excesiva. Este incremento ha tenido por objeto *“...ocultar las funciones simbólicas y políticas de la acción punitiva....mitificar la realidad de la pena como violencia institucional y su función latente, o sea, la de reproducir el subsistema de la justicia penal (correspondida su propia clientela) y servir a la producción ideológica y material de las relaciones de desigualdad en la sociedad.”*⁵⁰⁹.

En este contexto propone como salida para las nuevas sociedades el camino del derecho penal garantista, como única forma coherente con el carácter democrático que los modernos estados de derecho ostentan. Esta salida presupone un uso instrumental del derecho penal propiamente tal, desinfectado de las funciones simbólicas que lo deslegitiman.

⁵⁰⁸ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 54.

⁵⁰⁹ Baratta, Alessandro, en ob. cit., página 54.

Con anterioridad vimos los presupuestos que a juicio de Hassemer eran necesarios para poder hablar del derecho penal simbólico, ahora nos referiremos al elemento central para basar la crítica, el engaño.

Este no es de fácil precisión *“No es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio) ya que como se ha mostrado, esta discrepancia es un rasgo de todo derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el derecho penal simbólico sea visto como algo negativo o peligroso....Esta cualidad crítica se basa -y esta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas- en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad.”*⁵¹⁰.

No se entiende engaño como una determinada disposición subjetiva del legislador, sino como una cualidad objetiva de la norma. Ésta no se mide como una forma disyuntiva y/o, sino con un modelo que funciona según un más y un menos.

Función simbólica es aquella en la que predominan funciones latentes por sobre las manifiestas, es aquella de la cual puede con seguridad esperarse que se cumplan otros objetivos diversos a aquellos descritos expresamente como fines.

Por funciones manifiestas se entiende aquellas *“...condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma.”*

⁵¹¹.

⁵¹⁰ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 29 y 30.

⁵¹¹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 30.

Las funciones latentes a diferencia de la anteriores ⁵¹² son múltiples “...se *sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una necesidad de actuar a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte.*”⁵¹³.

Como ya se expuso anteriormente, Hassemer afirma que sólo las sociedades que ponen el acento en los inputs pueden interesarse por la función simbólica del derecho penal “*Solo el que se compromete en un derecho penal orientado hacia las consecuencias y quiere y puede medir sus efectos tiene acceso al concepto de Derecho penal simbólico; para un derecho penal internamente orientado el carácter simbólico del Derecho penal no constituye tema alguno. Esta perspectiva permite comprender el surgimiento y desarrollo del Derecho penal simbólico y al propio tiempo situarlo en su contexto político criminal más amplio.*”⁵¹⁴.

Desde el punto de vista histórico, el derecho penal simbólico es la manifestación de la crisis del derecho penal orientado a las consecuencias, derecho en el que pareciera que la intención por producir efectos reales es solo un slogan para obtener más votos.

En todo caso, la función simbólica del derecho penal, no es reducible a un problema político “*La orientación hacia las consecuencias varía y acentúa el problema de legitimación del derecho penal. En tanto que una regulación orientada hacia el interior sólo debe demostrar, a efectos de justificación, su sometimiento a*

⁵¹² Para Hassemer “*La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino <<engaño>> o <<apariencia>>: Los fines descritos en la regulación de la norma son – comparativamente-- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como esta se presenta. Finalmente en esta concreción de <<simbólico>> no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas.....apenas se espera aplicación alguna.*”, Hassemer, Winfried, ob. cit., página 30.

⁵¹³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 30.

⁵¹⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 30 y 31.

*la jerarquía normativa (Constitución, Leyes), las disposiciones orientadas al exterior -tanto en su promulgación como en su ejecución- no solo deben ser correctas, deben ser también eficaces, ya sea en la consecución de un objetivo (resocialización, reintegración), ya en la de todos (prevención general, control de la criminalidad. La prevención es un concepto aceptable solo si es eficaz.”*⁵¹⁵.

La efectividad, en el sentido de Bergalli, constituye un presupuesto para poder afirmar que el derecho penal está realmente orientado a las consecuencias⁵¹⁶.

La respuesta más simple a la pregunta de cuando cumple el derecho penal su función preventiva sería cuando realmente protege los bienes jurídicos que de acuerdo a su finalidad pretende proteger. Sin embargo esa aparente facilidad se difunde rápidamente en la consideración de que no es claro en que medida o en que momento podemos afirmar que estos bienes están siendo protegidos efectivamente.

De acuerdo al derecho penal clásico y como sabemos la función primordial de la teoría del bien jurídico, consistía en que sólo las conductas que lo lesionaban o ponían en peligro de una manera típicamente relevante podían ser objeto del control penal. Los actos que atentaban únicamente contra la moral o contra los valores sociales no podían ser objeto de persecución estatal.

Históricamente se puede constatar que la noción del bien jurídico fue deficitaria en dos sentidos. No pudo satisfacer “...los intereses político-criminales de conseguir una criminalización global y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de

⁵¹⁵ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 31.

⁵¹⁶ Para Hassemer “Sólo con una concreción histórica de esta relación bastante trivial pueden verse los problemas políticos de un Derecho penal orientado a las consecuencias y del Derecho penal simbólico, esto es, cuando uno se pregunta qué es verdaderamente una prevención eficaz. Esta pregunta es de difícil respuesta. Las condiciones para una prevención efectiva (y con ello los presupuestos de justificación de una regulación penal) son complejas, son históricamente variables y actualmente son difusas.” Hassemer, Winfried, ob. cit., página 31.

oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico."⁵¹⁷, y esto se supo desde el principio.

Feuerbach hablaba de los delitos en sentido amplio donde no había bien jurídico protegido, Birnbaum buscó la concreción de los bienes jurídicos en los valores morales de la sociedad. Actualmente esta estrechez de la teoría desemboca en la creación doctrinaria de los bienes jurídicos universales "*Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el Derecho penal económico, los impuestos, medio ambiente, acumulación de datos, terrorismo, drogas, exportación de sustancias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer.*"⁵¹⁸.

Con esta estrategia político criminal se anticipa la protección a un estadio muy anterior a la lesión del objeto a proteger⁵¹⁹.

Lo que se persigue hoy en día es el intento por controlar el riesgo, lo que aparece como característico de la sociedad que Ulrich Beck describió, una sociedad incapaz de aceptar "*...sus riesgos de modernización, sino que necesita de un vínculo causal y con ello al mismo tiempo de una responsabilidad jurídica y social.*"⁵²⁰.

Para Hassemer el derecho penal en su forma liberal no es apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar áreas de problemas y prevenir situaciones generales de peligro⁵²¹. Bajo la presión preventiva el legislador busca alivio a la

⁵¹⁷ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 32.

⁵¹⁸ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 32.

⁵¹⁹ Se trata a juicio de Hassemer de "*...la protección del bienestar de los hombres en un sentido puramente somático en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; de la salud pública; del funcionamiento del mercado; de la protección estatal empresarial o de la acumulación de datos comerciales o administrativos.*" Hassemer, Winfried, ob. cit., página 33.

⁵²⁰ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 33.

⁵²¹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 34, para Hassemer el derecho penal es un instrumento "*...más bien prudente, dirigido al pasado dotado de un arsenal de medios fragmentarios: le son vedados los casos de perturbaciones generales, de objetivos flexibles o abiertos al futuro, de medios de resolución de conflictos....su utilización está sólo autorizada (para una prevención eficaz demasiado tarde) cuando se ha realizado un injusto relevante (<<hecho típico>>); incluso complejas situaciones de riesgo sólo son abarcables penalmente cuando pueden ser atribuidas a*

hoya de presión del derecho penal mediante el recurso a los delitos de peligro abstracto y al función simbólica del derecho penal. Los primeros *“Encubren la ausencia de fuerza del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión del bien jurídico. El injusto no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador a criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es sólo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma. En segundo lugar, los delitos de peligro abstracto facilitan la cuestión a efectos preventivos, siempre molesta, de la atribución.”*⁵²², dispensan de la prueba del daño y la causalidad del comportamiento, facilitándole por ello al juez los problemas de la atribución.

Por otro lado que esto efectivamente alivie la presión preventiva, como se pretende con la dictación de delitos de este tipo, esta menos claro, pues justo allí es donde el derecho penal exhibe importantes déficits de realización.

Esos déficits son en parte ocultados por la función simbólica que aparenta eficacia y efectividad allí donde no la hay *“Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni si quiera se plantee.”*⁵²³.

Un derecho penal que ceda sus funciones reales en favor de las aparentes *“...traiciona los principios de un derecho penal liberal, especialmente el principio de*

un individuo concreto (<<culpabilidad personal>>); también en los casos de dificultad de prueba de la causalidad está prohibida la utilización del Derecho Penal (<<in dubio pro reo>>); las consecuencias penales, sean en interés de la mayoría o terminen por ser irrazonables, finalizan en la frontera de la culpabilidad y la proporcionalidad...”, Hassemer, Winfried, ob. cit., página 34.

⁵²² Hassemer, Winfried, ob. cit., página 35.

⁵²³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 35.

*protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia.....Queda por ver, en tanto el carácter de apariencia acompañe al derecho penal y a la política criminal, como éste puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas. Precisamente es un período en el cual predominan las tendencias preventivas y las necesidades sociales globales, el Derecho Penal podría tener la misión de reanimar la tradición de orientarse hacia las acciones concretas de lesión de un bien jurídico.”*⁵²⁴.

Silva Sánchez distingue en las funciones del derecho penal: la función ético social, la simbólica y la referente a la satisfacción de necesidades de psicología social.

Respecto de la función simbólica afirma que esta tiene lugar en la mente de los políticos y de los electores *“En los primeros produciría la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control. Sin embargo, como se verá más adelante, la propia distinción entre lo simbólico y lo instrumental es, en buen número de casos, bastante discutible.”*⁵²⁵.

La función simbólica más que estar dirigida a la resolución directa del problema jurídico-penal, tiene por objeto tranquilizar a la opinión pública con la imagen de un legislador atento y decidido.

Expresión de lo anterior sería trasladar al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial, la creación de nuevos tipos o el incremento de la pena de los ya existentes, cuando se constate que tal remedio en verdad no ofrezca ninguna garantía de que los bienes jurídicos serán efectivamente protegidos.

Lo problemático no es que tal o cual ley tenga este carácter, sino la absolutización de este elemento en normas que frente a la declarada incapacidad de cumplir sus

⁵²⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 36.

⁵²⁵ Sánchez Silva, Jesús María, ob.cit., página 115.

finalidades, se limitan a desplegar este efecto de producción de la seguridad. Estas normas a juicio de Silva Sánchez son ilegítimas y deben ser desterradas de los Códigos penales.

Sin embargo, al igual que Bustos, observa que ésta no se opone directamente a la consecución de la función instrumental en aquellos casos en que no opera de manera absoluta *“Téngase en cuenta que, dada la gran importancia de los signos, de los símbolos, en las comunidades humanas, un precepto penal de carácter simbólico no carece de efectos sociales, sino que tiene efectos muy significativos en las conciencias de los ciudadanos (siendo en esa medida, instrumental).”*⁵²⁶.

Es más, considera que puede tener efectos positivos en la comunidad, efectos de integración social *“En concreto, si bien no puede desarrollar efectos preventivos intimidatorios de ningún género, sí cabe, en cambio, que en principio cumpla funciones de integración social general, o de algunos grupos en particular; con ello entra sin demasiadas dificultades en el universo de funciones que la doctrina de la prevención general positiva atribuye al derecho penal.”*⁵²⁷.

Para José Luís Diez Ripollez la potenciación del derecho penal simbólico como herramienta político criminal esta en relación con los cambios sociales a los cuales no se puede cerrar los ojos *“Entre ellas cabe citar el creciente protagonismo de los medios de comunicación social en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto foro en el que desde un principio se desenvuelve la discusión pública sobre los problemas sociales más relevantes, sin que tal discusión llegue mediada por un previo debate entre los especialistas, que por lo general se produce de modo*

⁵²⁶ Sánchez Silva, Jesús María, ob.cit., página 116

⁵²⁷ Sánchez Silva, Jesús María, ob.cit., página 116, afirma así mismo que por ejemplo las *“...agravaciones de una determinada pena en cinco años, que, desde la perspectiva intimidatoria -y tras lo mostrado en los análisis empíricos-, deben estimarse por completo irracionales, pueden tranquilizar a la sociedad en general, o a ciertos grupos afectados o especialmente concienciados del problema, y contribuir a restablecer su confianza en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la promulgación de un nuevo precepto penal, por meramente simbólico que éste sea, puede despertar en la ciudadanía la conciencia acerca de la importancia del bien jurídico protegido, produciendo una suerte de asunción del mismo, esto es, una integración. Ahora bien, es lo cierto que, por mucha que sea la trascendencia de lo simbólico en nuestro entorno social, a la larga lo simbólico no es suficiente.”*, Sánchez Silva, Jesús María, ob.cit., página 116 y 117.

simultáneo. En segundo lugar, por la progresiva conformación de los medios como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas, al haber demostrado sobradamente su capacidad para generalizar la asunción de puntos de vista y de actitudes.”⁵²⁸.

Si se quiere negar esta capacidad de los medios de comunicación recuérdese como en Chile se gestó la reforma procesal penal. Agustín Edwards luego de que su hijo fuera secuestrado, se dio cuenta de las dificultades y problemas que tenía el antiguo sistema de procedimiento penal. Luego de haber fundado Paz Ciudadana, lo que sólo fue posible debido a su poder e influencia, comenzó a aparecer de manera masiva el problema de la “delincuencia” en todos los medios de comunicación. Paralelamente algunos profesores estaban discutiendo y proyectando reformas para el Código de Procedimiento Penal. Paz Ciudadana financia el proyecto y con posterioridad este fue apoyado por el gobierno.

El resultado es que hoy tenemos un nuevo sistema de procedimiento penal, que debió haberse reformado hace tiempo, pero que sólo fue posible debido a las especiales condiciones en que se gestó la reforma.

El sistema procedimental inquisitivo fue duramente criticado por muchos años por la unanimidad de la doctrina, sin embargo no sucedió nada. Sólo después de la fundación de Paz Ciudadana y su propaganda anti-delincuencia, que en su búsqueda por un nuevo modelo que fuera mas eficaz y rápido en la persecución penal se interesó en el proyecto se estaba construyendo. Sólo después que el problema se hizo comunicacionalmente relevante, la reforma se hizo posible ⁵²⁹.

⁵²⁸ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵²⁹ De acuerdo a Ripollez en estos nuevos cambios sociales no hay que dejar de lado el “...grave riesgo de que el protagonismo de los medios en la discusión de problemas relacionados con graves conflictos sociales o con la delincuencia de lugar a un falseamiento, por intereses mercadotécnicos o de otra naturaleza, de los términos reales de la cuestión, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes. O el abandono de los esfuerzos para consolidar una moral civil, cuya función de difusión de pautas morales de comportamiento resulta imprescindible en una sociedad pluralista, y que, sin embargo, registra un alarmante proceso de empobrecimiento al identificarse sus contenidos con los del derecho, necesariamente mucho más limitados.”, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

El proceso que interesa a Ripollez deriva de la combinación del hecho del creciente poder que van obteniendo los medios de comunicación y de la circunstancia que los diversos temas valorativo-sociales comienzan a ser discutidos en el plano jurídico (los sectores del derecho que se están utilizando para ello son los terrenos del derecho constitucional y el derecho penal, es lo que sucede en Chile a propósito de la masiva utilización del recursos de protección y en materia penal los nuevos tipos que sancionan la pornografía infantil y el uso de drogas), y que consiste en la continua presión que se ejerce sobre los poderes públicos para que emprendan reformas legislativas que permitan al derecho penal “...reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes. A su vez los poderes públicos, conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.”⁵³⁰.

Entramos así en una era de política legislativa populista, cuyo móvil fundamental es la de plasmar de manera fiel el estado actual de las opiniones colectivas sobre un determinado conflicto de carácter social.

Debemos aclarar eso si que para Ripollez la función simbólica no es del todo negativa, menciona que la función simbólica es susceptible de ser diferenciada de acuerdo a los efectos que produce. Algunos de estos efectos, que él llama “expresivo-integradores”⁵³¹, son positivos, ya que a su juicio “...no solo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además, resultan imprescindibles para lograr tales efectos.”⁵³².

⁵³⁰ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³¹ “...consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes.” Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³² Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

Los efectos expresivo-integradores son necesarios para lograr la finalidad preventiva de la pena. Constituyen uno de los pilares fundamentales de su utilización legítima ya que corresponden al núcleo de la prevención general y especial, teorías que persiguen, como sabemos, confirmar la vigencia de los contenidos normativos de un determinado orden social. La función instrumental no es toda la fuerza de la que dispone la prevención.

Como punto de partida prefiere llamar a estas consecuencias de la función simbólica “efectos materiales”.

Para Ripollez no se trata tanto de comparar entre funciones reales y aparentes, sino que de precisar el nivel de legitimidad del derecho penal en la prevención de comportamientos.

Para determinar lo anterior es necesario primero preguntarse por los fundamentos de la pena *“Al fundamento de la reacción penal le sirven de presupuesto dos realidades sociales: Por un lado, la efectiva producción en nuestra sociedad de graves lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia; por otro, la existencia de ciudadanos a los que en alguna medida se les puede hacer responsables de tales daños sociales.”*⁵³³.

El fundamento de la pena se va estructurando como un conjunto piramidal de decisiones político-criminales, que pretenden legitimarse por razones utilitarias. Lo que se busca es la evitación de los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos esenciales para la convivencia, lo cual se legitima por la necesidad de mantener el orden básico⁵³⁴.

⁵³³ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³⁴ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit., *“La configuración del objetivo y su legitimación hacen que la búsqueda de su consecución deba acomodarse a la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, esto es, al catálogo de bienes jurídico-penales y a la identificación de las lesiones o puestas en peligro a ellos más significativas (principio de fragmentariedad). De ahí que una planificación de la obtención del objetivo desconocedora de tal ordenación valorativa difuminaría éste y crearía desorden social, por lo que la citada ordenación resulta determinante en la delimitación del objetivo.”*, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

Ripollez considera que el modelo de intervención social escogido por los sistemas estatales actualmente es el del “...control social, en su vertiente sancionatoria, lo que se justifica por su eficacia en la neutralización de las conductas socialmente perturbadoras.”⁵³⁵.

Respecto de la legitimación, el profesor español distingue entre legitimación de los efectos de la pena de los efectos legítimos de ésta. Respecto de los primeros considera que “Ciertamente a la conminación, imposición y ejecución de las sanciones penales se les viene atribuyendo la virtualidad para producir muy diversas consecuencias sociales. La legitimidad para producir unas u otras derivará de su correspondencia con las decisiones fundamentadoras de la utilización de sanciones penales.....Tal correspondencia se asegura mediante el respeto de los principios que podemos denominar de la sanción penal.”⁵³⁶.

Los principios que su juicio deben gobernar a la sanción penal para efectos de su legitimación son: proporcionalidad, teoría de la prevención en lo que se refiere a los fines de la pena o bien principio teleológico de la sanción penal; humanidad de las penas.

Respecto del segundo principio afirma que un análisis de los efectos socio-personales de la pena, desde el punto de vista de la prevención de los delitos, permite legitimar instrumentalmente ciertos fines a perseguir: la inocuización del delincuente⁵³⁷; la resocialización del delincuente⁵³⁸; la intimidación del delincuente

⁵³⁵ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³⁶ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³⁷ “Con este efecto se consigue de manera directa prevenir la comisión de delitos, incidiendo sobre delincuentes reales, acreditados por la previa comisión de un delito, y escogiendo la vía de impedir comportamientos futuros de la misma o semejante naturaleza que el ha realizado. El efecto se logra a través de la ejecución de determinadas penas; desde luego la de prisión, pero también mediante inhabilitaciones y suspensiones, las privaciones de derechos, y las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, entre otras. En todo caso son males que sufre el delincuente.”; Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³⁸ “Se mantendrá dentro del objetivo legitimado si se limita a prevenir de manera directa la comisión de delitos, lo que hará incidiendo en delincuentes reales, caracterizados como tales por la previa comisión de un delito, y mediante la alteración de pautas de comportamiento ligadas a las causas socio-personales que se estiman relevantes para la realización futura de delitos de la misma naturaleza o incluso de delitos en general. El efecto se consigue con motivo de la ejecución de determinadas penas, como puede ser, señaladamente, durante el régimen de cumplimiento de las penas de prisión, la de trabajos en beneficio de la comunidad o de la suspensión de la

⁵³⁹; la socialización de posibles delincuentes ⁵⁴⁰; la confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva ⁵⁴¹.

El establecimiento de bienes jurídicos esenciales para la convivencia requieren del soporte de las convicciones generales de la población. Los fines a obtenerse con la pena han de estructurarse en atención a las demandas sociales y contando con las posibles reacciones psicológico-sociales que la intervención penal va a provocar en

ejecución de la pena privativa de libertad.....En cualquier caso se trata de cargas personales que el delincuente soporta.”, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵³⁹ “Se puede seguir afirmando que se obtiene una prevención directa de la comisión de delitos, al incidir sobre ciudadanos que se están planteando delinquir, esto es, sobre delincuentes potenciales próximos, y que, si bien no son objeto de una identificación concreta, su existencia se puede afirmar a partir de resultados fiables de la investigación social. Se incide sobre ellos mediante la producción de representaciones mentales que pueden jugar un papel significativo en procesos motivacionales ya en marcha o futuros, de manera que son susceptibles de frenar la adopción de decisiones delictivas, de la misma naturaleza que la ya tomada y ejecutada por un delincuente real o cualquiera otras. El efecto se manifiesta en la conminación, imposición y ejecución de la pena...”, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴⁰ “Con ella se previene la comisión de delitos de manera indirecta, es decir, mediante la prevención de socializaciones defectuosas que pueden llevar fácilmente a la comisión de delitos, y ello se hace sobre ciudadanos de los que puede decirse que tienen una lejana potencialidad delictiva, en la medida en que no se trata de personas que se estén planteando delinquir pero si de ciudadanos que, a diferencia de la mayoría social, tienen dificultades para identificar correctamente determinados presupuestos esenciales para la convivencia (bien es jurídicos), cuya existencia consta a partir de conclusiones fiables de la investigación social. Se incide sobre ellos mediante la producción de representaciones mentales, que en este caso refuerzan o consolidan la interiorización de pautas de comportamiento acordes con el respeto de bienes jurídico-penalmente protegidos, por la vía de reducir los déficits cognitivos y comportamentales relativos a ciertas conductas socialmente inaceptables para la convivencia social básica. El efecto se desenvuelve de una manera equivalente en las tres fases de la sanción penal, la conminación, la imposición y la ejecución.”, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴¹ “También en este último efecto legítimable de la pena estamos ante la prevención frente a la comisión de delitos, pero mediada por la prevención de la desorganización social, es decir, la pérdida de las pautas sociales básicas de referencia comportamental.....Con ello no puede alegarse que ya se ha perdido el objetivo legitimador de la utilización de la pena, constituido por la protección de bienes jurídicos, pues la protección del consenso social en general, lo que ciertamente supondría utilizar la pena para fines que no le corresponden, sino que se centra en los elementos primarios del orden social, como compete al ámbito de protección propio del control social penal.....Con este efecto se incide sobre ciudadanos con capacidad para ser delincuentes, es decir, sobre quienes poseen las condiciones personales para crear daños o riesgos a los bienes jurídico-penales y para ser responsables por ello; se trata de ciudadanos sin potencialidad delictiva, ya que no muestran un riesgo apreciable de realizar conductas delictivas mientras las consideren como tales; sin embargo, la ausencia de las reacciones propias del control social penal podría suscitar en ellos, bien la decisión de realizar cualesquiera conductas objetivamente delictivas, en la medida en que ya no las sentirían así por estimar que ya no regían los límites a la libertad personal derivados de los deberes de autocontrol asumidos en el contrato social primario, bien la decisión de realizar ciertas conductas delictivas, o conductas delictivas en general en determinadas condiciones, ya no consideradas delictivas por haber sacado la errónea conclusión de que han variado algunas concepciones culturales básicas integrantes del contrato social.”, Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

la población, sin que ninguna de estas y aquellas deban ser descalificadas como epifenómenos irracionales e inconcientes.

La pena no es sólo un mal para el delincuente, en la medida que lo instrumentaliza por supuestos objetivos sociales *“...la pena tiene unos efectos negativos directos sobre los delincuentes potenciales próximos o lejanos, e incluso sobre los ciudadanos caracterizados simplemente por su capacidad para ser delincuentes, como hemos tenido ocasión de analizar. De ahí que no se pueda decir que la pena es un mal sólo para el delincuente, sino que lo es, en diferente medida según los casos, para toda la sociedad.”*⁵⁴².

Ya veíamos con anterioridad que de acuerdo al profesor español caracterizar a la función simbólica del derecho penal mediante la comparación entre funciones latentes y reales era insuficiente, pues el cuestionamiento sobre esta función no nacía de la pretensión de garantizar una determinada coherencia entre los programas políticos de decisión y los resultados que se pretendían lograr mediante estos. Que a su juicio, era más apropiado ver el asunto como un problema de legitimación del derecho penal, de determinar hasta que punto los efectos socio-personales producidos por la aplicación del derecho penal son o no legítimos. No deben entonces descalificarse aceleradamente estos efectos expresivo-integradores pues *“...de este modo se ignora el importante y deseable papel que esos efectos desempeñan en el marco de la reacción penal.”*⁵⁴³.

Ripollez considera la función simbólica desde una óptica más subjetiva relativizándose por ello su determinación, ya que como se sabe, la demostración empírica de la socialización es algo casi imposible, lo mismo respecto de su eficacia preventiva *“El denominado derecho penal simbólico constituye un caso de superación de los límites que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general por que se producen a través*

⁵⁴² Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴³ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

de la pena efectos socio-personales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino por que no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena.”⁵⁴⁴.

Esta superación se producirá si estos efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para la mantención del orden social básico, esto es “...*si centran su incidencia sobre objetos personales que no son decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal.*”⁵⁴⁵.

Éste es, en todo caso, un concepto gradual, es decir, que se constata a partir de un sustancial desplazamiento hacia los efectos expresivo-integradores con las carencias apuntadas.

El problema de legitimación o deslegitimación de una norma según sus efectos socio-personales debe ser analizado desde un plano utilitarista, esto es, la determinación del carácter simbólico de una ley debe girar en atención al momento en que los efectos socio-personales sean innecesarios de acuerdo al principio teleológico de la sanción penal.

Por ello en el fondo discrepa de las demás posiciones al respecto, no por que no las considere, sino por que a su juicio son cuestiones adjetivas “*Secundaria es la pérdida de la coherencia entre lo querido o previsto y lo realmente buscado u obtenido, y a otro lugar pertenece la cuestión de que los efectos socio-personales implicados resultan inaceptables desde el punto de vista de los restantes principios, no utilitarios, legitimadores de la pena, como el de proporcionalidad y el de humanidad de las penas.*”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴⁵ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴⁶ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

En suma la función simbólica del derecho penal constituye un abuso patológico de los efectos expresivo-integradores acordes al principio teleológico de la sanción penal.

Considera, por ello, insostenible la acérrima crítica que se efectúa, ya que muchos de estos efectos *“En primer lugar.....se ajustan estrictamente al objetivo de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, así como al resto de decisiones político-criminales que fundamentan la utilización de la pena.....En segundo lugar, por que renunciar a todos aquellos que van más allá de la intimidación del delincuente real o potencial supone prescindir de algunos de los medios más eficaces, en la actual sociedad de masas, para lograr de una manera legítima el objetivo de mantener el orden social primario. En la actual sociedad comunicacional, con la proliferación de mecanismos de transmisión de los mensajes normativos y su influencia sobre los comportamientos, parece poco realista sostener que el control social penal debe limitarse al uso de aquellos efectos que hemos llamado materiales, solo reforzados por un efecto-expresivo integrador, el intimidatorio.”*⁵⁴⁷.

Es necesario recalcar la importancia de determinar los criterios con arreglo a los cuales se pueden diferenciar unos efectos expresivo-integradores de otros. En este punto los argumentos político-criminales que fundamentan el uso de la pena deben ser puntos de referencia necesarios.

Si ha de tener un predominio el objetivo de proteger bienes jurídicos (esto es los elementos esenciales para la convivencia) a través de la prevención de comportamientos que los lesionan o ponen en peligro, debe quedar fuera toda pretensión de usar el derecho penal para reforzar el consenso social en general.

Especialmente sospechosas son en este sentido las intervenciones penales que fomenten una imagen positiva del legislador o del resto de los operadores penales

⁵⁴⁷ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

*“Si las intervenciones penales se han de concentrar en quienes presentan mayor riesgo de lesionar bienes jurídicos, han de ser los delincuentes reales o potenciales próximos el objeto primordial de desenvolvimiento de los efectos de la pena, sin que sean admisibles intervenciones legislativas focalizadas en quienes no se están planteando delinquir.”*⁵⁴⁸, por ello deberán estar sujetas a especial control aquellas intervenciones en que primen los mecanismos penales frente a otros instrumentos de política social a la hora de hacer frente a un problema, o que sean especialmente ambiciosas en sus objetivos o ámbito de aplicación, o que descuiden abiertamente los exigencias de la técnica.

Por último existe un problema no menor, relativo a los instrumentos técnicos para la verificación empírica de los resultados que una determinada intervención penal pretende, en este punto las carencias son relevantes. Las más llamativas se dan en el campo de las decisiones legislativas donde *“...surge un problema que nos pone de manifiesto la necesidad de consolidar un procedimiento material, y no sólo jurídico-formal, de elaboración de las decisiones legislativas penales que permita deslegitimarlas, con su correspondiente declaración de invalidez, si no cumplen determinadas exigencias relativas a su correspondencia con las realidades o necesidades sociales tal como éstas son accesibles a la investigación social. En nuestro caso ello sucedería si se incumplieran los precedentes criterios de justificación de la producción de efectos expresivo-integradores.”*⁵⁴⁹.

Tampoco se deben descuidar las insuficiencias en el ámbito de aplicación del derecho, esto es en la órbita de las decisiones judiciales relativas a la imposición de una pena y las decisiones administrativas relativas a su ejecución.

El fenómeno, por último, ha sido enfocado por otros autores aunque quizás no con la misma terminología. Jesús Antonio Muñoz lo trata a partir de la siguiente

⁵⁴⁸ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

⁵⁴⁹ Ripollez Diez, José Luís, ob. cit.

afirmación *“El derecho es una creación humana, elaborada en un contexto social. Es decir, es una construcción social.”*⁵⁵⁰.

Si consideramos la realidad como algo construido socialmente se podría establecer el primer enunciado para abordar el problema central que designa como impunidad.

El derecho trabaja sobre una realidad que ya ha sido construida, el derecho sería una construcción de segundo orden que *“...construye, redefine las situaciones y conflictos sociales que son sometidos a su intervención. El derecho, y en*

*especial el penal, redefine el conflicto y lo presenta a su manera. Es decir, en las formas en que sus categorías son capaces de aprehenderlos y sistematizarlos. Por supuesto que en este proceso el problema original se distorsiona y aparece como un nuevo conflicto, desligado de su origen y significación social.”*⁵⁵¹. El lenguaje y las categorías jurídico-formales adquieren una vida autónoma, se mueven por su propia inercia.

Estas categorías actúan como molde para los datos sociales, adecuan el conflicto dentro de sus propios códigos. Tomemos un ejemplo *“...cuando creamos los tipos penales que atentan contra la propiedad -hurto, extorsión, estafa, etc.- el conflicto social preexistente que esos ilícitos recogen no es otro que la distribución de los bienes. Pero cuando surgen las conductas ilícitas -hurtos, estafas, extorsiones, etc.- el problema central -distribución de los bienes- se oculta, pasa a ocupar un plano muy secundario y emerge como problema central un nuevo conflicto.”*⁵⁵².

Este nuevo problema reemplaza al original y puede ser definido como la violación de la norma penal, la realización del tipo. En otras palabras *“...se nos convierte como por arte de magia en la IMPUNIDAD. Si el conflicto no es recogido por el Derecho Penal sino por cualquier otra área del Derecho, hablaremos entonces de*

⁵⁵⁰ Muñoz, Jesús Antonio, en “Derecho e impunidad”, página 68.

⁵⁵¹ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 68.

⁵⁵² Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 68.

*la falta de aplicación de ciertas normas.”*⁵⁵³, de esta forma se podría hablar de todo una serie de conflictos y de los tipos penales que lo recogen parcialmente, y que al recogerlo de esta forma lo desnaturalizan, llegando a la impunidad a la que se refiere Muñoz.

En los conflictos sobre los atentados a la propiedad el hecho jurídico se transforma en la falta de eficacia y efectividad del sistema penal para punir tales comportamientos ilegales, pero el problema central, la distribución de los bienes, queda ajeno a los ojos de la justicia.

El asunto se percibe en una faz más conflictiva si extrapolamos esta situación al resto del derecho penal. Tenemos para efectos de la solución las herramientas erróneas, pero son las únicas herramientas de que dispone el subsistema penal. Con el conflicto mal planteado desde el comienzo nunca le podremos encontrar solución *“...cuando nos planteamos los problemas de la justicia en términos de IMPUNIDAD, hacemos referencia a los regulados por el sistema penal, y a su imposibilidad de imponer las sanciones a los transgresores. Por consiguiente dejamos por fuera todos aquellos conflictos que hemos considerado importantes y que no son regulados por el derecho penal, sino que son regulados por otras áreas del derecho o incluso algunos que se han mostrado refractarios a ser regulados jurídicamente.”*⁵⁵⁴.

Incluimos en lo que llamamos usualmente impunidad a conflictos de menor importancia, cuando lo que en verdad lo que hacemos, es distraernos de los problemas que son verdaderamente importantes. Desde este punto de vista el tema esencial no es la impunidad, sino los contenidos que están al interior de los tipos penales.

⁵⁵³ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 69.

⁵⁵⁴ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 70.

Otro aspecto que aflora por percibir las cosas en este sentido es la determinación de lo que es verdaderamente protegido por el derecho penal *“En verdad su función es meramente simbólica: da la impresión de que actúa y protege a los miembros de la comunidad cada vez que se produce un hecho delictivo. Sin embargo, nada más falso que esta impresión. Los estudios sobre la llamada cifra negra de la criminalidad nos indican que bajo las redes del Derecho penal solo caen unos pocos casos del total de infracciones que se cometen en una sociedad. Con estos pocos casos que sufren la intervención del Derecho penal se produce esta distorsión y falsa imagen que éste crea.”*⁵⁵⁵. En este contexto se presentan además dos circunstancias que agravan el problema.

La primera consiste en que el sistema penal para crear esa falsa imagen utiliza un criterio clasista para el desplazamiento del instrumental penal. Prácticamente es pacífico en la doctrina el reconocimiento del carácter selectivo del derecho penal, de ahí que no se pueda ignorar teniendo en cuenta lo dicho por Zaffaroni al respecto de la vulnerabilidad, que esa falsa imagen se lleva a cabo de acuerdo a criterios clasistas.

La segunda consiste en la consideración de que la cárcel lejos de combatir la criminalidad la reproduce *“Es un lugar común, incluso reconocido por los mismos agentes del estado, que las cárceles son verdaderas Universidades del crimen. Si esto es cierto, cabría preguntarse entonces si no será mejor que existiera impunidad, ya que esta generaría aún menos criminalidad de la que genera la principal forma de castigo.”*⁵⁵⁶.

Desde este punto de vista el profesor colombiano piensa que el sistema penal no está diseñado para combatir los delitos sino más bien para reorganizar la forma de la trasgresión de la ley, realizando presiones sólo sobre determinados ilícitos de

⁵⁵⁵ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 71.

⁵⁵⁶ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 71.

una manera dinámica para mantener en funcionamiento y de forma permanentemente estable al sistema social.

De la constatación que tratándose de ilícitos contra la propiedad son las capas menos favorecidas de la sociedad las que son objeto de la mayor parte del control penal, se deduce que son los delitos realizados por estas capas los más intolerados. Sin embargo *“Una reducción radical del margen de impunidad de estos delitos sería catastrófico. En primer lugar, para muchas capas del estrato social no tienen otra forma de subsistencia. Y en segundo término para el Estado, que ya no sabría en que cárceles albergar una población criminal tal elevada.”*⁵⁵⁷.

El énfasis que el autor colombiano coloca bajo estas afirmaciones tiene por objeto mostrar como los planteamientos que tienden a concretar esta disminución de la impunidad no tienen un fundamento real, obedecen más bien al deseo de mostrar al poder judicial como una especie de chivo expiatorio para finalidades de tipo político. Lo único que logran con este tipo de presiones es cercenar la independencia de los tribunales acercándola al ejecutivo o legislativo, impidiendo que los jueces se conviertan en una instancia crítica de la actuación de los otros poderes.

Las normas penales no desarrollarían otro papel más que el de una función simbólica, la que forzaría a la opinión pública a demandar una reforma a la justicia que *“...no tendría otro objetivo que evitar las reformas en lo económico, lo político y lo social. En efecto, una reforma de la justicia, sobre todo si ésta es estrictamente técnica, dejaría inalterados los demás frentes, y serviría como distractor. En este contexto se explicarían la gran cantidad de reformas de la justicia de los últimos 10 años, y la inexistencia de reformas en lo económico, político y social.”*⁵⁵⁸.

Parece exagerado decir que en esta sociedad donde la libertad va cediendo su preferencia a la propiedad privada, la valoración de la vida comienza a estructurarse en función de los bienes que poseen las personas y la capacidad que

⁵⁵⁷ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 72.

⁵⁵⁸ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 77.

se tiene para participar en la economía. En una sociedad basada más en el intercambio económico ⁵⁵⁹ que en otra cosa “...donde la vida se mide por los bienes.....la vida de los sujetos que carecen de estos bienes es asumida o tasada por otros bienes considerados subsidiarios como la libertad. Pero cuando este bien jurídico -libertad- vale cada día menos, en los mismos términos, la vida de tales sujetos pierde valor.....nos parece que el deterioro del valor de la vida humana influye necesariamente en ese proceso violento que sufre la sociedad colombiana y cuya manifestación más dramática es la pérdida de un número muy elevado de vidas.” ⁵⁶⁰.

En este contexto se entiende la eliminación masiva de marginales como pequeños ladrones o drogadictos, operaciones que bajo diversos nombres se pusieron de moda no solo en Colombia sino también en Brasil y en centro América.

⁵⁵⁹ En este sentido recordamos las palabras de Jakobs “Que hoy en día la economía genera deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien por que son incapaces de ello, bien por que la economía no los necesita. Cuando los desempleados se quejan de que se les ubica en una segunda clase, ello no sucede por una actitud quejumbrosa, sino por que han comprendido que una persona es alguien que es necesitado para cumplir un cometido....El carácter dominante de la economía queda demostrado de modo especial en el caso de los jóvenes desempleados, que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión: a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, si no se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales.....Aquel al que no se le necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad. En tal situación, puede que el individuo aún perciba que el ordenamiento jurídico es una organización útil, pero permanecerá la reserva secreta de que habrá que quebrantarlo siempre que tal comportamiento prometa mayores beneficios. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ellos sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas.” Jakobs, Gunther, en “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, páginas 27 y 28, en este sentido Jakobs quizás considera que a estos marginados económicamente, se les podría aplicar el derecho penal del enemigo, ya que al no ser persona no ofrecen garantía cognitiva suficiente para ser tratados como tales, en efecto quienes “...se han apartado probablemente de manera, al menos decidido, del Derecho, es decir, que no prestan garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza.....por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro.....Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no se puede esperar ser tratado aún como persona, ya que el estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado derecho penal del enemigo...”, Jakobs Gunther, en “Derecho Penal del enemigo”, página 40 y 47.

⁵⁶⁰ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 80.

En síntesis “...el hecho de que la impunidad sea un problema de segundo grado....., de que está en crisis la determinación de los contenidos mismos del derecho penal, de su función meramente simbólica y por último de su escasa capacidad para ventilar satisfactoriamente los conflictos sociales, nos lleva a rechazar la impunidad como el eje de los problemas de la justicia.”⁵⁶¹.

A manera de resumen le tomamos la palabra al profesor español Luzón Peña, para quien la noción de derecho penal simbólico puede ser entendida en diversos sentidos.

Para unos es una función positiva, que debe ser valorada y considerada como el último recurso de los que nada tienen (Lea y Young), (Bustos), para otros el simbolismo sería inherente al derecho penal en cuanto reforzaría su carácter ético-social, el derecho penal tiene entonces no sólo un función preventiva sino también educativa (Edwards).

Por último se puede concebir al derecho penal simbólico de manera más neutra optando por una clara separación entre derecho y moral “...entendiendo que la *incriminación de conductas y la correspondiente previsión de sanciones criminales en las normas penales, ya antes y con independencia de su efectiva y eficaz aplicación o no, tiene un*

muy relevante y amplio efecto de psicología social: pues la calificación de un comportamiento como criminal o delictivo supone -según los casos- establecer o confirmar frente a los ciudadanos el símbolo de la más grave reprobación

⁵⁶¹ Muñoz, Jesús Antonio, ob. cit., página 81.

*(desvaloración y prohibición) jurídica; con otros términos, se señala el merecimiento de pena de esa conducta.”*⁵⁶².

Semejante a Luzón Peña es el planteamiento de Cancio, para quien la pena supone reafirmar de manera contrafáctica frente a los ciudadanos el carácter válido de la norma como forma de orientación de la conducta, y quizás de manera secundaria reforzar la confianza de las personas en el ordenamiento jurídico.

Frente a estas posiciones existen corrientes más críticas para las que muchas de las leyes que se dictan no van a cumplir en verdad su función instrumental, sino que se limitan a una función puramente simbólica “...que sólo opera en la mente de los políticos y de los electores: en los políticos la creación de normas produce la satisfacción de haber hecho algo, y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema.”⁵⁶³.

Este sector (Hassemer, Melossi, Baratta, Silva Sánchez, parcialmente Bustos) se opone de manera contundente a la utilización de esta función simbólica, por que si bien es posible que a corto plazo logre algún efecto psico-social de integración o educación, a largo plazo bloquearía la función instrumental.

Posiciones intermedias asumen autores como Ripollez (y también Luzón Peña), quien critica el uso simbólica del derecho penal pero que sin embargo lo defiende en la medida que los efectos expresivo-integradores se acomoden a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena.

Para Luzón Peña “...debe rechazarse en efecto la utilización simbólica de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica por las mismas razones acabadas de apuntar: por que a la larga será ineficaz, incluso contraproducente, para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de

⁵⁶² Luzón Peña, Diego-Manuel, en “Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”, página 132.

⁵⁶³ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., página 133.

*delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del Derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); e igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución -para las concepciones que la aceptan junto con la prevención- a efectos de dar al delito una respuesta justa y de reestablecimiento del Derecho si en definitiva tales normas no se aplican o sólo lo hacen de un modo totalmente insuficiente.”*⁵⁶⁴, pues en estos casos no se van a cumplir las funciones que legitiman el recurso al derecho penal. En los casos que se crea fundadamente que la ley tendrá una aplicación simbólica quizás sería mejor hacer uso de medios extra-penales para intentar resolver los conflictos.

Ciertamente afirma que si va unida a una efectiva función instrumental, la función simbólica en el sentido de Ripollez no parece rechazable, siempre por supuesto que estas se encuentren permeadas del sesgo moralizante o ético-social que suelen tener *“El establecimiento del simbolismo de lo criminal de una conducta, es decir de su grave desvalor y reprobación, es el presupuesto lógico de su prohibición penal y constituye por tanto, a veces incluso con independencia de la dureza de su sanción, el primer paso para la prevención general de esa clase de conductas...”*⁵⁶⁵.

De otro lado debe considerarse el conocido hecho de que una determinada norma legal no sea aplicada en un comienzo por los tribunales, pero *“...que la función simbólica de su incriminación y prohibición penal sea el primer paso básico e indispensable no sólo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave probabilidad de esas conductas y disuadirles de su comisión, sino además para que poco a poco vaya calando también entre los jueces la convicción de que se deben imponer las correspondientes sanciones y, con las correspondientes medidas instrumentales co-adyudantes (de medios técnicos, procesales, etc.), se logre a medio plazo la aplicación de tales normas penales.”*⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., página 134.

⁵⁶⁵ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., página 134.

⁵⁶⁶ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., página 134 y 135.

Estas son las principales tendencias europeo-continenciales respecto del derecho penal simbólico. Y como se puede apreciar a simple vista la heterogeneidad es bastante grande. Sin embargo utilizándolas es posible resumirlas en un concepto unitario que consideramos se adapta más adecuadamente a las características de la moderna sociedad contemporánea, ya sea que se la considere como sociedad del riesgo o como post-industrial.

Dejaremos de lado las concepciones que encuentran rasgos positivos o expresivo-integradores, puesto que a la luz de los principios constitucionales modernos no es legítimo pretender promocionar ciertas conductas o cambios, u otorgarle un contenido ético-social a las normas, o reivindicar a ciertos grupos, o afectar a otras personas que de acuerdo a los principios de autoría y participación no han tenido relación alguna con el hecho punible, aunque a juicio de algunos sean efectos de los que no se puede prescindir si es se quiere lograr una prevención eficaz.

No se puede perseguir legítimamente alguna de estas finalidades con el recurso al derecho penal, aunque creemos que si es posible mediante otras ramas del derecho.

Considero que la noción que más se ajusta al sustrato del problema, es aquella que define a la función simbólica del derecho penal mediante la contraposición entre efectos declarados y latentes.

Esta concepción que estamos tratando de construir “...no ofrece sólo una explicación jurídico-sociológica alternativa al modelo objetivo que representa al common sense. Va unida también a una valoración crítica de la moderna evolución del Derecho Penal...”⁵⁶⁷, por ello aunque si bien la determinación del carácter simbólico de una ley, atiende a elementos objetivos, el criterio explicatorio se corresponde con un modelo crítico-subjetivo más que con el carácter objetivo-afirmativo del common sense.

⁵⁶⁷ Kuhlen, Lothar, en “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, página 234.

En el fondo, como ha quedado bastante claro, lo central consiste en el elemento de engaño, de la falsa apariencia de instrumentalidad de las leyes penales. Por ello coincido plenamente con lo afirmado por Hassemer, Melossi, y parcialmente con Basoco, Baratta, Bustos y Luzón Peña.

Basoco se refiere concretamente a la función ideológica, Melossi y Muñoz también, Baratta marginalmente pero esboza una especificación de la función simbólica que a nuestro juicio es la más problemática a propósito de la caracterización de la sociedad moderna como sociedad del riesgo. Lo mismo ocurre con las posturas de Silva Sánchez y de García-Pablos.

e) Manifestaciones del derecho penal simbólico

1. - Violencia contra las mujeres

Existe una tendencia que es posible rastrear desde fines de la década de los setenta, donde los movimientos feministas comienzan a demandar mayor intervención estatal y penas más altas para una categoría especial de infractores *“El violador, el marido abusón, el que realiza malos tratos físicos o sexuales a niños, el proxeneta, el alcahuete, el chulo, el distribuidor y vendedor de pornografía, y otros mucho más.....”*⁵⁶⁸.

No extraño pues, que se pensara entonces en una extraña simbiosis entre el movimiento feminista de izquierda y los movimientos “law and order” del conservadurismo de derecha.

Las agrupaciones feministas en las últimas décadas han exigido más leyes, más persecución, más intervención a través del derecho penal. Se ha llegado a considerarlo como una especie de arena política.

Si se estima a la política como el terreno apto para la discusión de problemas sociales, es claro que la búsqueda por la reivindicación política y el reconocimiento de las pretensiones de las diferentes agrupaciones que participan en esta arena, implican un tránsito natural hacia el derecho penal como forma de concreción de éstas.

Puede pensarse en este sentido que el fenómeno del feminismo legislativo ha sido una lucha simbólica en el sentido originario del término *“...en ausencia de ley, se crea un*

⁵⁶⁸ Edwards, Susan, en “Función simbólica del derecho penal: violencia doméstica”, página 83 y 84.

*clima cultural en el cual determinados comportamientos incluyendo la violencia en contra de las mujeres resultan tolerados. La ley cumple la función simbólica de apoyar un determinado clima cultural al tiempo que sienta las bases para que este clima se desarrolle.”*⁵⁶⁹.

Es claro entonces, que para Edwards lo que debe primar son los efectos expresivo-integradores de la norma penal, para que así cambie el clima cultural que tolera el maltrato a la mujer.

Para la autora norteamericana no existe una regulación legal del comportamiento de los hombres respecto de su interacción con mujeres y niños, tanto en el comportamiento al interior de las oficinas como en los hogares *“Existe una separación tajante entre la regulación legal del comportamiento de los hombres respecto de las mujeres y el comportamiento de los hombres en el seno de la institución legal del matrimonio.....Por ello no podemos desconocer los argumentos de las feministas que reivindican más intervención, más policía, mayor control del poder masculino y mayor regulación de la violencia masculina. Ya que esta propia área de ha caracterizado por una ausencia de ley.”*⁵⁷⁰.

La afirmación de que el derecho penal no puede cambiar actitudes no es totalmente cierta. Siguiendo en esto a Berger, afirma que el derecho puede alterar las circunstancias en que se forman las actitudes, llegando a áreas más privadas de la vida que con otros mecanismos menos intervencionistas no es posible llegar.

A su juicio el silencio que favorece la ausencia de una ley se traduce en un clima que influye poderosamente en las actitudes y políticas sociales. El derecho tiene valor simbólico en cuanto derecho. Existe el hecho innegable de que la mayor parte

⁵⁶⁹ Edwards, Susan, ob. cit., página 85.

⁵⁷⁰ Edwards, Susan, ob. cit., página 86.

de la gente obedecerá un mandato de la ley sólo por que está en la ley, lo cual tendrá efectos importantes a largo plazo desde el punto de vista de la conformidad.

Las sanciones penales entonces pueden ser utilizadas para modificar formas de interacción social, por ello considera que es necesario que el derecho penal asuma su papel educativo, este constituye una actividad legítima del estado en la efectiva protección de las mujeres.

El problema que existe de fondo es otro, la violencia es solo una manifestación de un problema mayor *“La función simbólica del derecho en áreas como la violencia en contra de las mujeres realizada por hombres conocidos no puede examinarse sin un análisis de la sociedad patriarcal la cual como ya observó Engels (1972) permite al hombre azotar y matar en ejercicio de su derecho legal.”*⁵⁷¹.

A juicio de Edwards se debe recalcar en todo caso, que el recurso a la ley como forma de hacer justicia social, para lograr una efectiva protección de las mujeres plantea otros conflictos que no son menores.

Estas demandas de más leyes y de mayor persecución para el violador, para el abusador, para el molestador de niños, tiene un cariz conservador si se realiza un análisis desde la perspectiva de las clases sociales *“Por ello un análisis basado en el género es crucial para entender cómo la ley ha definido un sexo respecto del otro en el contexto familiar.....Las feministas y las víctimas están hartas de ser maltratadas, están hartas de la ausencia de protección, nada hay más repugnante que un estado que permite los excesos de violencia machistas sin mover un sólo dedo.”*⁵⁷².

Sin embargo no toda la doctrina feminista considera el problema desde esta óptica, algunas han sido muy críticas respecto de estas vertientes a medio camino entre

⁵⁷¹ Edwards, Susan, ob. cit., página 88.

⁵⁷² Edwards, Susan, ob. cit., página 88.

izquierda y derecha, incluso para algunas que han asumido los mismos puntos de vista ⁵⁷³.

Encarna Bodelon González podría ser clasificada como dentro de este grupo. Para la autora española existe una alta victimización subjetiva de las mujeres, que generalmente se le atribuye a las inseguridades propias del género y a su mayor vulnerabilidad “...se relaciona la inseguridad de las mujeres con determinadas carencias (falta de agresividad ante el ataque) o determinadas características (supuesta mayor vulnerabilidad de las mujeres)....Es decir, la introducción de la variable estadística sexo conduce a reafirmar una serie de estereotipos sobre las mujeres y la seguridad, y a confirmar una imagen social de vulnerabilidad, dependencia, frente a la cual las iniciativas políticas que se adoptan son de tutela.”

⁵⁷⁴.

Las medidas y políticas que se adoptan tienen por objeto reducir esta vulnerabilidad. Sin embargo el partir de que las razones que explican dicha vulnerabilidad son de tipo biológico o psicológico, implican con la aplicación de las medidas la confirmación del estereotipo “...de que la inseguridad de las mujeres se debe a su supuesta debilidad, vulnerabilidad o falta de precaución. Las mujeres aparecemos así de nuevo como personas vulnerables, cuya protección depende de terceras personas o de que asumamos nosotras mismas dicha vulnerabilidad y adoptemos medidas de autoprotección, aumentemos nuestra capacidad física de defensa.”⁵⁷⁵.

⁵⁷³ En efecto, de acuerdo a algunos autores “Si las reformas se dirigen sólo a morigerar los excesos más obvios de la violencia masculina y a proteger a las mujeres que la policía designe como merecedoras de tal protección, entonces las demandas de las mujeres sólo reafirmarán las relaciones ya existentes entre hombres más que alcanzar el objetivo feminista de conseguir autonomía para todas las mujeres con independencia de su clase, raza o relación con la heterosexualidad.”, Hanmer J., Radford J., Stanko B., citado por Edwards, Susan, ob. cit., página 87.

⁵⁷⁴ Bodelon González, Encarna, en “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal.”, página 470

⁵⁷⁵ Bodelon González, Encarna, ob. cit., página 470.

Estos resultados paradójicos se producen debido a una legislación que en verdad no tiene por objeto lograr una determinada igualdad o el cese de la violencia en el hogar, sino dejar tranquilos a los electores y a los nuevos grupos de presión que constituyen las agrupaciones feministas, que como vimos precedentemente con la visión de Susan Edwards, se contentan con que exista una legislación independientemente de que se aplique de manera efectiva ⁵⁷⁶.

No obstante lo anterior y al menos en España han sido las organizaciones feministas las que han impulsado la creación de centros especializados para las mujeres maltratadas. Luego no siempre la presión que realizan desemboca en la creación de una nueva ley.

Lo importante para Encarna es enfocarse en el carácter estructural del problema subrayando la existencia de relaciones desiguales entre hombre y mujeres y las condiciones que lo posibilitan.

Esto es tremendamente relevante hoy en día en que existe una tendencia a reducir los ámbitos de imputación, atribuyendo como dice Prittwitz problemas sistémicos a personas individuales.

Eludir el problema de género de la violencia trae como consecuencia que las explicaciones sean individualizantes y se distorsione el problema de la violencia contra la mujer.

⁵⁷⁶ “El papel que el derecho penal puede tener en la resolución de problemas como la violencia de género es muy dudoso y frecuentemente se convierte en una nueva penalidad para la mujer y en una fuente de nuevas marginaciones. La respuesta penal sólo puede tener un limitado papel de denuncia y rechazo de la violencia contra las mujeres. Los estudios que tenemos hoy en día nos muestran que la violencia contra las mujeres es un problema estructural en nuestras sociedades (González/Duarte, 1996; Asociación por derechos humanos, 1999; Mooney, 2000). Por este motivo es necesario que las medidas que se adopten partan de la idea de que la violencia contra las mujeres no es únicamente un problema de agresiones interpersonales, sino que se producen como consecuencia de una desigualdad en las relaciones de género.”, Bodelon González, Encarna, ob. cit., página 472.

El enfoque estructural impide que la violencia patriarcal se atribuya a un problema de rasgos biológicos del hombre sino que considera *“...la existencia de una estructura cultural y social que condiciona nuestras relaciones de género. Esto significa que aunque obviamente sabemos que son los hombres biológicos los que agreden a las mujeres, su comportamiento no se atribuye a determinadas características físico-biológicas, sino a la existencia de una estructura social, económica, política y cultural, que el feminismo define con el nombre de patriarcado y que expresa la existencia de unas relaciones de poder entre los géneros....Permite abordar el problema en términos de relaciones de poder y no de conductas patológicas y perturbadas.”*⁵⁷⁷.

Luego lo esencial del discurso del movimiento feminista lo constituye la pretensión de cambiar las condiciones sociales que permiten la existencia de una estructura de género desigual⁵⁷⁸.

En suma el movimiento feminista se ha dividido tradicionalmente en dos vertientes: aquellas que confían en el aparato penal y ejercen presiones políticas para que se

⁵⁷⁷ Bodelon González, Encarna, ob. cit., página 479.

⁵⁷⁸ Para Encarna *“Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización del infractor. Dentro del procedimiento penal la agresión sexual es reconocida únicamente como la conducta concreta de un agresor contra una víctima. De esta manera el conflicto social que se encuentra bajo el problema de las agresiones sexuales se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando en realidad, tal como hemos visto, la cuestión de la violencia sexual ha de comprenderse desde una perspectiva más amplia....los análisis feministas han subrayado la necesidad de comprender el fenómeno de la violación en el contexto de los roles de conducta sexual masculina. La confirmación estadística de que la mayoría de las agresiones sexuales se producen en el entorno doméstico, laboral o social de las mujeres confirma la idea de que las agresiones sexuales no pueden ser explicadas como un comportamiento producto de perturbaciones mentales....sino que las causas de dicha conducta tiene que ver con cuestiones más complejas, que difícilmente puede abordar el derecho penal. Lo mismo puede afirmarse en relación a los malos tratos o al acoso sexual, puesto que aún siendo cierto que la agresión, el maltrato o el acoso va a producir daños a una mujer concreta, no podemos olvidar que esos daños tienen su razón de ser en cuestiones que superan el ámbito agresor víctima.”* Bodelon González, Encarna, ob. cit., página 483, esto es lo que se reconoce parcialmente por la ley 20.005 que sanciona el acoso sexual en Chile, tanto en el artículo 1º que modifica el artículo 2º, 153º, 154º y demás del Código del Trabajo, como también los artículos 2º y 3º que modifican la ley N° 18.834 sobre el Estatuto Administrativo. Chile optó por establecer un procedimiento no penal para solucionar los problemas que se ventilen relativos al acoso. Aunque probablemente sea un instrumento mucho más eficaz que el recurso al derecho penal, el tiempo dirá si efectivamente la ley producirá los resultados esperados o bien veremos que se tratará en nada más que una pura función simbólica.

formulen nuevas intervenciones penales; y aquellas que son concientes de las insuficiencias y contradicciones de la respuesta penal.

En relación a lo anterior, puede afirmarse que se ha producido una resurrección de la víctima que ya había sido anunciada por Albin Eser. No es que haya sido el enfoque sobre la mujer lo que haya determinado un reaparecimiento de la víctima, aunque sin duda haya influenciado tal desplazamiento, pero si puede ser visto como un resultado de un proceso más general, que es la atribución de problemas sistémicos a sujetos individuales. Esto, desde el punto de vista de la evolución de los proceso penales, abre el camino hacia la privatización del conflicto penal (véase en Chile los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal).

Podríamos decir en todo caso que no se trata propiamente de una manifestación de la función simbólica, pero si hay ciertos rasgos simbólicos en la utilización política del recurso a la víctima. Al reducirse un problema social a un conflicto autor-víctima, y solucionarse aparentemente a través de los cursos institucionales, se podría estar creando en ciertos ámbitos la falsa ilusión de que el problema social estaría resuelto.

La función simbólica se produce en el recurso a la víctima, sobre todo en conflictos hombre-mujer, en la medida que se considere que el problema de la desigualdad de género se está resolviendo.

Sin embargo, la resurrección de la víctima en el proceso penal puede implicar que la ley concrete efectivamente su finalidad, o al menos una restauración de su instrumentalidad.

Los planteamientos de Prittwitz coinciden con lo anterior. El profesor alemán afirma que lo que la persona necesita, pero que el sistema penal no provee, es un foro público donde pueda contar su historia.

Sigue en este tema a otro maestro de la escuela de Frankfurt, Klaus Günther, quien *“.....se pregunta si la víctima tiene una racional y legítima razón para insistir en la reacción pública contra el ofensor. Su respuesta.....es (un cuidadoso) “sí”. El elemento que, en la visión de Günther, justifica la reacción pública es la necesidad por “Genugtuung.” por satisfacción o compensación por la humillación de la víctima* lo que el llama *una crimen de integridad- necesita de una compensación, por que los crímenes de integridad siempre incluyen un acto simbólico-expresivo de humillación. La reacción pública hacia el ofensor es así igualmente una respuesta simbólico-expresiva a la cual la víctima tiene derecho. Günther pone el acento en que esta necesidad por satisfacción individual es inconsistente con la idea de una ley criminal pública ejecutada por el estado. En todo caso, el argumenta que la tensión entre los intereses de la víctima y los del estado no transforma las necesidades de la víctima en ilegítimos.”*⁵⁷⁹.

Para Klaus Günther el interés de la víctima por la satisfacción coincide con el del estado en aplicar la pena, por ello sus pretensiones por la compensación no son incongruentes con ésta. Los crímenes que el profesor alemán llama de “integridad” afectan las posibilidades de comunicación competente de la víctima con la sociedad. De esta manera no sólo se afecta la víctima sino también a la comunidad, pues esta es dependiente de la capacidad de comunicación competente de los miembros que la componen.

⁵⁷⁹ (“...Günther asks whether the victim has a rational and legitimate reason to insist on a public reaction to the offender. His answer.....is (a somewhat careful) “yes.” The element which, in Günther’s view, justifies public reaction is the need for “Genugtuung,” for “satisfaction” or “compensation” for the victim’s humiliation and the offender’s violation of his integrity. The victim - at least the victim of what he calls an integrity crime - needs satisfaction because integrity crimes always include a symbolic-expressive act of humiliation. The public reaction to the offender is thus an equally symbolic-expressive answer to which the victim has a right. Günther stresses that this need for individual satisfaction is inconsistent with the idea of public criminal law executed by the state. However, he argues that the tension between the victim’s interests and those of the state does not make the victim’s needs illegitimate.”), Prittwitz, Cornelius, en “Resurrection of the victim in penal theory” , traducido por José Manuel Fernández Ruiz.

Si el interés en que la auto-estima de la víctima sea restaurada va en interés de la comunidad, entonces la pretensión de la víctima a una compensación simbólica no es ilegítimas, sino necesaria para una resolución adecuada del conflicto.

Es más, mediante estas propuestas lo que se consigue es que el micro-conflicto autor-víctima, sea realmente solucionado ⁵⁸⁰, o lo que es lo mismo, en ciertos casos la participación de la víctima puede implicar una mayor instrumentalidad de la ley penal al promover que el conflicto penal (no nos olvidemos, que en muchos casos se reduce a un problema entre dos personas que no constituye una manifestación de un conflicto super-estructural, sobre todo aquellos que en la visión de Günther son llamados crímenes de integridad) sea realmente resuelto.

2. - Legislación medio ambiental

El Libro II Título VI (“De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”) párrafos 9 y 14 del Código Penal, establecen el régimen aplicable a las conductas que lesionen o pongan en peligro al medio ambiente.

⁵⁸⁰ Prittwitz defiende la idea de Günther de que la víctima tiene derecho a ser restaurada no solo en términos de sus derechos asegurados por los bienes jurídicos, sino a que su autoestima en cuanto persona se vea reparada “*Defendiendo su modelo de una reacción pública orientada victimológicamente, contra la crítica que tal declaración pública de culpabilidad sólo estigmatiza al ofensor, Günther insiste en que es justamente este elemento de “reintegración avergonzante” el que es necesario. La idea humanística de que las instituciones públicas (o estatales) se hagan cargo de la víctima y del ofensor de manera independiente, no toma en consideración que la experiencia de la víctima es respecto de un ofensor específico, a quien la víctima no puede simplemente borrar de su memoria. Sin la declaración pública de la culpabilidad del ofensor, la víctima tendría que adaptarse al crimen como a cualquier otra catástrofe (natural), o incluso sentirse culpable ella misma. Dado que la auto-estima de la víctima ha sido dañada por el crimen, ni los intereses de la víctima ni los del estado habrán sido satisfechos sin una reacción pública como esta.*” (“*Defending his model of a victim-oriented public reaction against the critique that such a public declaration of guilt would just stigmatize the offender, Günther insists that exactly this element of “reintegrative shaming” is necessary. The humanistic idea of the public (or the state) taking care of victim and offender independently does not take into account that the victim’s experience is related to a specific offender, who the victim cannot simply erase from his memory. Without a public declaration of the individual offender’s guilt, the victim would have to cope with the crime like with any other (natural) catastrophe- or even feel guilty himself. Given that the victim’s self-esteem had been damaged by the crime, neither the victim’s nor the public’s interests would be served without such a public reaction.*”), Prittwitz, Cornelius, ob. cit., traducido por José Manuel Fernández Ruiz.

Es razonable pensar que en algún momento nuestra sociedad seguirá a la tendencia mundial dominante, considerándose que la materia está deficientemente regulada por el Código como para proveer soluciones justas y adecuadas al problema ⁵⁸¹, y que por lo tanto se irá a promulgar un proyecto de ley que sancione penalmente y de manera específica los daños producidos al medio ambiente.

Por ello el análisis que se efectuará a continuación se realiza más a título advertencia, ya que en los países desarrollados donde sí existen específicas legislaciones penales medio ambientales, éstas por lo general despliegan efectos puramente simbólicos.

Es necesario antes que todo precisar cuál es el bien jurídico que se supone se protege, lo que es una cuestión muy discutida en la doctrina.

A pesar de lo anterior, pueden distinguirse con alguna claridad dos doctrinas principales, y otras dos intermedias.

En primer lugar existe una posición eco-céntrica *“...que es partidaria de proteger el medio ambiente en sí mismo considerado y que rechaza el referente antropocéntrico del derecho penal en la protección de los fundamentos de la vida humana como presupuesto de la protección del medio ambiente.”*⁵⁸².

Esta corriente no es sin embargo sostenible pues cae en contradicciones insalvables. La naturaleza se resguarda frente a posibles ataques por que se considera una situación social digna de la protección estatal. Esta protección no puede inferirse lógicamente a partir de la naturaleza en sí misma considerada sin transgredir la regla de Hume, de que no se puede deducir del ser el deber ser. Son

⁵⁸¹ La escasa jurisprudencia penal relativa a los daños medioambientales hace suponer que la regulación que hace nuestro Código Penal es inapropiada e insuficiente, salvo que se piense que en Chile no se producen daños al medio ambiente.

⁵⁸² Müller-Tuckfeld, Jens Christian, en “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, página 509.

los hombres los que definen aquello que presta un servicio a la protección de la naturaleza, no al revés.

La otra posición, esto es la teoría monista-personal “...sostiene que el derecho penal del medio ambiente sólo debe estar al servicio de la protección de la vida y salud del hombre.”⁵⁸³.

Muller-Tuckfeld considera que hasta el momento no se ha desarrollado con suficiente precisión este modelo, que en todo caso de prosperar acabaría reduciendo el derecho penal del medio ambiente a casos particulares “...de formas de comisión de los delitos clásicos.....Como rara vez se presentan modalidades comisivas subsumibles en los delitos clásicos, el derecho penal ambiental iría a menos hasta devenir irrelevante en la práctica.”⁵⁸⁴.

Con respecto a las posiciones intermedias existe un antropocentrismo moderado, que parte por vincular el desarrollo de la persona con la calidad de vida “...de esta manera se relacionan los bienes ecológicos con los intereses humanos, imprimiendo así un carácter antropocéntrico e instrumental o funcional a su tutela.”

⁵⁸⁵.

Otra posición intermedia que nace al amparo de la primera de las teorías analizadas es el ecocentrismo moderado, para el que constituye “...el objeto jurídico de protección: el equilibrio de los sistemas naturales...”⁵⁸⁶, con lo cual se justificaría una mayor penalidad (en comparación a los demás atentados) cuando además de afectarse la naturaleza se afectara la salud de las personas.

Los criterios antropocentristas tendrían por único objeto implicar un incremento de la penalidad, no serían ni condición suficiente ni necesaria para considerar que se ha realizado el delito medioambiental.

⁵⁸³ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 509.

⁵⁸⁴ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 509.

⁵⁸⁵ Sessano Goenaga, Javier Camilo, en “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico.”

⁵⁸⁶ Sessano Goenaga, Javier Camilo, ob. cit.

Puede sostenerse que el derecho medioambiental fue originado por el estado industrial para regular la administración y prevención de riesgos.

Esta legislación tiene los signos semánticos que demuestran una preocupación por la mantención del medio ambiente para prevenir y sanear su destrucción *“Pretende aún ser la anti-arma jurídica contra las fuerzas contaminadoras, el antídoto legal contra el envenenamiento químico de la naturaleza. Sin embargo, todos estos signos semánticos y sus pretensiones engañan. Frente a la mundial contaminación y degradación de la biosfera, el derecho ambiental es una arma sin municiones, un tigre de papel -como dicen los chinos- que lejos de tener un carácter instrumental, sólo posee un carácter simbólico.”*⁵⁸⁷.

Los estados modernos se encuentran en una encrucijada, de un lado deben garantizar las condiciones para que opere un mercado competitivo y por otro está obligado a la conservación del medio ambiente. El mantenimiento de las posibilidades de producción en una economía de mercado es una función que el estado no puede ignorar, pero tampoco debe olvidar que la protección naturaleza es un asunto atingente a la supervivencia de la especie.

Ningún camino debe dejarse de lado, el problema reside en como hacer frente a esta situación. Wolf Paul ha analizado la jurisprudencia de los tribunales administrativos llegando a la conclusión de que para el estado es más importante proteger las condiciones que posibilitan un mercado competitivo. Lo que nos lleva a pensar que quizás se tome en serio la defensa del medio ambiente cuando la contaminación afecte el desarrollo de la economía.

En cualquier caso lo problemático es lo que expresa el fallo del caso de los Lobos Marinos tratado por los tribunales de Hamburgo el año 1988 *“En este fallo está resumido el horizonte de la problemática de nuestro tema, el cual en lo esencial se puede enunciar en la siguiente tesis: El Estado moderno y la Sociedad Industrial conforman una comunidad de intereses la cual realiza lo que se denomina la*

⁵⁸⁷ Paul, Wolf, en “Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico”, pagina 113.

*ORGANIZADA IRRESPONSABILIDAD. Con la autorización estatal las empresas de servicio de limpieza industrial efectúan la eliminación de desechos tóxicos en el mar con plena conciencia de las consecuencias ecológicas: degradación de los mares.....extinción de especies marinas y hasta cambios climáticos...”*⁵⁸⁸.

En este sentido afirma que el derecho es parte de esta organizada irresponsabilidad, sólo sirve para legalizar y legitimar las actividades contaminadoras.

El derecho ambiental solo actúa como derecho simbólico intentando normalizar la situación, tranquilizando a los ciudadanos con slogans que ni a corto ni a largo plazo sirven para otorgar una efectiva protección.

Para el profesor alemán el “...derecho moderno -derecho formal de la sociedad burguesa- es en todas sus expresiones un derecho orientado a fines racionales. Es un derecho de racionalidad finalista, o mejor, teleológico racional, zwecksrationales Recht como expresaba MAX WEBER. Como derecho privado cumple el imperativo funcional adecuado a un sistema económico centrado y regulado por mercados libres y el tráfico de mercancías es concebido, en palabras de J. HABERMAS, para dar lugar a la racionalidad estratégica de los sujetos jurídicos orientados a/por fines racionales en sus actuaciones. Su núcleo es la garantía institucional de la propiedad privada con las garantías conexas a aquella, tales como libertad empresarial o libertad económica en general, el derecho de contratación y el derecho de sucesión.”⁵⁸⁹, pero a la vez y como derecho público “...cumple el imperativo funcional del estado-sociedad industrial.”⁵⁹⁰, esto es que apoyado en un aparato administrativo centralizado y especializado garantiza las condiciones esenciales del libre orden económico “...en este sentido el derecho moderno es el instrumento de la racionalidad sistémica de la libre sociedad de mercado. En

⁵⁸⁸ Paul, Wolf, ob. cit., página 116.

⁵⁸⁹ Paul, Wolf, ob. cit., página 116.

⁵⁹⁰ Paul, Wolf, ob. cit., página 116

*condición de tal mantiene el status quo, promueve sus condiciones de desarrollo y controla disfunciones y regula los riesgos.”*⁵⁹¹.

En un estado estructurado de esta manera no se puede esperar con seriedad una verdadera preocupación de la autoridad, que pueda limitar la libertad en el orden económico como presupuesto para prevenir los riesgos medioambientales.

En términos normativos puede limitarla, y en efecto lo hace, pero sólo desde un punto de vista simbólico y no instrumental “...*el derecho ambiental sólo opera simbólicamente cuando se trata de la decisiva y efectiva protección, conservación y preservación del medio ambiente y cuando se trata de la decisiva y efectiva intervención en los procesos de la eco-destructividad mega-dimensional. La progresiva ocupación, degradación y destrucción de los ecosistemas, espacios y medios ambientales se realiza en gran medida legalmente, con observancia de las disposiciones legislativas y administrativas. Por eso el derecho ambiental puede ser considerado como la forma de la descontaminación simbólica de la realidad contaminada.*”⁵⁹².

El interés ecológico se protege simbólicamente, el derecho ambiental solo pone en escena una falsa realidad. Su expresión en forma de obras legislativas, declaraciones oficiales, actos administrativos y sentencias judiciales crea la impresión de que existe una real motivación de los operadores estatales para prevenir y sancionar la destrucción del medio ambiente, pero en verdad lo único que se hace es reproducir la lealtad y confianza de los ciudadanos en el sistema.

Dejando de lado el plano legislativo en general y sus caracteres ideológicos, es necesario entrar en el subsistema penal. En esta área desde el punto de vista

⁵⁹¹ Paul, Wolf, ob. cit., página 116.

⁵⁹² Paul, Wolf, ob. cit., página 122.

empírico se constata que la protección penal del medioambiente al menos en Alemania castiga conductas que en verdad son de bagatela. En efecto, constituye un cúmulo de *“...fenómenos ecológicamente insignificantes característicos de la praxis del proceso penal en este ámbito: fosas sépticas caseras que se desbordan, depósitos agrícolas permeables, pequeños derrames de embarcaciones, vertederos de chatarras no autorizados y otra cosas parecidas.”*⁵⁹³.

A Müller-Tuckfeld le parece sospecho que autores como Tiedemann y Kindhäuser entiendan que estos hechos (esto es, la ausencia de condenas a las grandes empresas) demuestran el éxito de la capacidad preventiva del derecho penal, .

Sin embargo hay 2 razones que permiten explicar por que las medianas y grandes empresas no son objeto de la persecución penal, la primera *“...radica en que la mayor parte de las contaminaciones del medio ambiente en este ámbito están permitidas administrativamente y, por tanto, no realizan el tipo. En el caso de las grandes empresas las autorizaciones se plasman en acuerdos corporativos.”*⁵⁹⁴.

El segundo motivo es que la *“...contaminación ilegal -es decir, no permitida administrativamente- es mucho más difícil de probar en la producción a gran escala que en las infracciones ambientales cometidas por sujetos comunes.....Incluso cuando excepcionalmente se consiga probar algún delito, en el ámbito de la gran producción el riesgo de condena es casi cero.”*⁵⁹⁵.

En este aspecto se percibe según Meinberg⁵⁹⁶ la función ideológica del derecho penal. Empíricamente las grandes y medianas empresas aunque realicen conductas típicas disminuye su riesgo de ser condenados a medida que aumenta el status social del acusado.

Al final los sujetos que en definitiva son sentenciados no son quienes realmente contaminan y destruyen el medio ambiente, sino aquellos que pertenecen a las

⁵⁹³ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 517.

⁵⁹⁴ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 517.

⁵⁹⁵ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 518.

⁵⁹⁶ Meinberg, citado por Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 518.

capas más bajas de la sociedad y que no tienen poder de decisión dentro de las empresas.

Nuevamente nos vemos con la cuestión relativa al bien jurídico. Como ya dijéramos anteriormente, en su obra "Vigilar y Castigar" Foucault nos reclama la necesidad de ver hacia la historia de la cárcel, historia que no es la de su fracaso sino la de su éxito.

Si a pesar de la masiva evidencia empírica de su fracaso esta aún no ha desaparecido, hay que preguntarse entonces como Foucault hace, a quien beneficia este fracaso. Muller-Tuckfeld toma lo anterior como punto de partida *"...para que sirve el fracaso del derecho penal del medio ambiente y....de si puede hablarse realmente de fracaso en caso que se considere que la función del derecho penal del medio ambiente es la propia de un derecho simbólico."*⁵⁹⁷.

Los bienes jurídicos protegidos por la ley no son los recursos del medio ambiente en ninguna de las variantes antes analizadas, sino la exigencia de que estos se contaminen de forma autorizada.

Los fundamentos naturales de la vida no se ven puestos en peligro por los pequeños delitos que el derecho penal ambiental castiga, sino por el abuso del medio ambiente mediante autorizaciones administrativas *"Por tanto, simplemente estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa -esto es, ante las tradicionales contravenciones-, cuya incorporación el Derecho penal solo puede servir para magnificar tal desobediencia."*⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 522.

⁵⁹⁸ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 523, Kuhlen sin embargo ha respondido ante tales críticas, reprocha *"...que no tienen en cuenta el especial carácter normativo de esta materia y que es una falacia naturalista centrarse exclusivamente en las contribuciones materiales a la contaminación del medio ambiente, pues no cabe comparar las contaminaciones autorizadas y no autorizadas del medio ambiente para, con este fundamento, denunciar acto seguido el distinto tratamiento penal que se dispensa a grandes y pequeños infractores. Desde su punto de vista, la modesta meta que el legislador persigue con el derecho penal del medio ambiente es impedir que se sobrepase el límite de contaminación permitido....según Kuhlen, este programa normativo exige un esfuerzo de abstracción (respecto a las contribuciones materiales a la contaminación del medio ambiente) y requiere de los destinatarios de la norma una gran capacidad de comprensión.....Pero*

Si lo que se está buscando es una noción crítica de derecho penal simbólico entonces debe seguirse a Hassemer, sin embargo a su juicio la calificación de simbólicas de las normas penales relativas al medio ambiente plantea algunos problemas.

El apelativo de simbólico está insito en todo derecho, esto es la transmisión acerca de cual es la conducta ajustada a derecho. Lo verdaderamente objetable es cual es el mensaje que se está transmitiendo *“El problema principal no es que el Derecho Penal del medio ambiente sea ineficaz para impedir la contaminación ambiental, sino que su mensaje -en la medida en que se cree en él- impide una política ambiental racional y totalmente efectiva.”*⁵⁹⁹.

En la medida que se crea la falsa apariencia de que la destrucción del medio ambiente es producto de la conducta ilegal de sujetos individuales, y que con ello se esta haciendo frente al problema de la contaminación, se esconde el hecho de que se trata de un problema sistémico relacionado con las formas actuales de producción que rigen la economía.

En un primer nivel del discurso se crea una imagen prototípica del delincuente ambiental *“...la industria química que realiza vertidos ilegales tiene el mismo grado de responsabilidad que el agricultor que elimina estiércol. En la sociedad de riesgo parece que todos los gatos son pardos.”*⁶⁰⁰, la leyenda aparejada es que con la legislación ambiental se persigue sobre todo a “los de arriba” , lo que refuerza la fe en esta rama del derecho para la protección del medio ambiente.

entonces la cuestión es si acaso forma parte de la insostenible situación del derecho penal el que este argumento positivista no quede en una mera descripción del status quo, sino que sirva - como es el caso de Kuhlen - para su legitimación. Quizás el legislador pueda exigir de los destinatarios de la norma el notable esfuerzo de abstracción que hace falta para comprender por qué es punible eliminar unos excrementos caninos o el desbordamiento de una fosa séptica en un río y, a la vez, por qué es totalmente legal la emisión de miles de toneladas de sustancias altamente tóxicas a sólo un kilómetro de distancia. Sin embargo, a una ciencia crítica del derecho penal no le puede tranquilizar que todo esto sea derecho vigente, sino al contrario. Cualquier otra opción es incurrir en una falacia normativista.” Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 523.

⁵⁹⁹ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 525.

⁶⁰⁰ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 525.

Este primer mensaje erróneo consiste en afirmar que todas las contaminaciones independientemente de su cantidad son co-responsables de la catástrofe global, lo que implica una remisión y crítica directa a la teoría de Kuhlen sobre los delitos cumulativos.

El segundo mensaje erróneo es que la contaminación ilegal y no la autorizada es la que pone en peligro la conservación del medio ambiente, y por ende el mantenimiento de los fundamentos naturales para la vida en el futuro *“Con lo dicho volvemos a la afirmación inicial de que el derecho penal del medio ambiente funciona. La razón de ser del Derecho penal ambiental era y es, como afirmó (en un sentido no precisamente crítico) el diputado socialista Bachmeier en un Strafverteidigertag, demostrar que nosotros nos tomamos en serio la protección de los fundamentos naturales de la vida.”*⁶⁰¹.

El problema es que a la política no le interesa mucho la función instrumental del derecho. Se le tiene una fe casi ciega⁶⁰² y es en esta fortaleza en la que se basa la función simbólica, en esta fuerza se basa el discurso, lo que importa es tomarse en serio las cosas sin que importe tanto que sea lo que ocurre en la realidad.

En la medida que se siga echando mano a esta clase de argumentaciones podrá seguirse afirmando que el derecho penal del medio ambiente cumple su objetivo *“Por tanto, el problema central de una ciencia crítica del derecho penal ambiental no deberían ser los déficits de ejecución en el ámbito del derecho penal ambiental, sino la peculiar imputación de problemas sistémicos a sujetos individuales.”*⁶⁰³.

Mientras tanto los políticos agradecen el escenario, cada vez que se produce una reacción de indignación por parte de la opinión pública respecto de una catástrofe

⁶⁰¹ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 526.

⁶⁰² En efecto, para Kuhlen es preferible *“...la concepción tradicional, la que se ajusta al common sense. Es cierto que su objetivismo es menos fascinante, pero tanto teórica como prácticamente resulta superior a una posición que sin razón plausible pierde de vista tanto peligros reales como la contribución que el Derecho Penal puede aportar a su reducción. Hasta ciertos punto, los modernos peligros para bienes jurídicos pueden y deben ser reducidos a través de normas de conducta jurídico-penales.”*, Kuhlen, Lothar, ob. cit., página 235.

⁶⁰³ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 526.

ambiental es más que seguro que aparecerá algún ministro, diputado o senador reclamando un endurecimiento de la ley solicitando al Estado que adopte medidas radicales.

El derecho penal sólo es un instrumento adecuado para hacer frente a situaciones que pueden imputarse sin problemas a autores individuales. Esto permite explicar que al ocuparse de los problemas medio ambientales lo haga de manera inefectiva *“Por este motivo, y si es cierta la tesis expuesta sobre los mensajes secretos del derecho penal ambiental, ésta aún puede formularse en un tono más agudo: cuanto más derecho penal del medio ambiente exista, menos política medioambiental habrá.”*⁶⁰⁴.

Otro problema que enreda el asunto es el juicio sobre la plausibilidad de la función educativa del derecho penal, Muller-Tuckfeld afirma que *“...existen también una serie de esperanzas y temores en los que se apoyan el mantenimiento del Derecho Penal del medio ambiente y los penalistas críticos. En primer lugar, se apela a que el derecho penal ambiental tiene capacidad de formar conciencias e inculcar valores. Como afirma Ruther, aunque este efecto sea muy difícil de acreditar empíricamente de forma precisa, su existencia es una hipótesis bastante plausible.....Sin embargo, y como ya apuntamos antes, el problema es precisamente, que el derecho penal está formando conciencias y, especialmente, la forma en cómo lo hace. Quien entienda que formar conciencias de acuerdo con el status quo no es algo digno de apoyo per se debería por lo menos preguntarse qué clase de conciencia se está formando aquí y si ésta conciencia no pertenece más al problema que a la solución.”*⁶⁰⁵.

3. - Legislación contra el porte de armas de fuego y tráfico de estupefacientes

Cornelius Nestler llama la atención sobre el hecho de que siempre ha sido objeto de críticas las leyes sobre tráfico de productos estupefacientes, pero que las leyes

⁶⁰⁴ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 527.

⁶⁰⁵ Müller-Tuckfeld, Jens Christian, ob. cit., página 529 y 530.

sobre tenencia de armas, que comparten con aquellas tanto la estructura como el adelantamiento de la punibilidad, nunca han estado bajo el mismo prisma crítico. La doctrina parece haberlas pasado por alto.

En Chile la regulación penal de las armas de fuego se encuentra en la ley 17.798, modificada recientemente por la ley 20.014, incidentalmente la ley 19.975 altera su regulación, en tanto modifica al Código Penal agravando las penas tanto de la parte general como especial, respecto de determinados hechos delictivos en que se porten armas de fuego.

La forma fundamental de regulación de este tipo de delitos consiste en la figura de los tipos de peligro, lo cual como sabemos es una construcción muy discutible *“...pues es en éstos donde la relación entre la acción típica y el bien jurídico se muestra menos estrecha. Desde este punto de vista el castigo por la posesión de determinados objetos despierta aún mayores reparos que los delitos de peligro abstracto en general.”*⁶⁰⁶, lamentablemente ni si quiera es esta discutible forma como en Chile se pena a los que posean armas de fuego⁶⁰⁷.

En los delitos de peligro abstracto para el merecimiento de pena basta que la conducta sea generalmente peligrosa para el bien jurídico tutelado, esto es que esta sea ex-ante peligrosa. Pero en el porte de armas de fuego la posesión de armas en si misma considerada no representa peligro alguno.

⁶⁰⁶ Nestler, Cornelius, en “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, página 65.

⁶⁰⁷ En efecto la ley 17.798 en su artículo 11º establece *“Los que portaren armas de fuego sin el permiso establecido en el artículo 6º serán sancionados con las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.*

Sin embargo si de las circunstancias o antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o porte del arma estaba destinado a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la pena de multa de 11 a 57 unidades tributarias mensuales.”, por su parte el artículo 6º establece que *“Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo 5º sin permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4º, las que podrán otorgarlo en casos calificados y en virtud de resolución fundada, de acuerdo con los requisitos y modalidades que establezca la Dirección General de Movilización Nacional.*

EL permiso durara un año como máximo y solo autorizará al beneficiario a portar un arma. Estas autorizaciones se inscribirán en el registro nacional de armas.”

Esta posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida que la posesión abre la posibilidad que una persona lleve a cabo una acción portando el objeto de que se trata "...ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralla o de un coche afectan por si misma a los bienes jurídicos, sino a lo sumo, el uso que de estos objetos de haga. Así, la utilización de torna (especialmente) peligrosa cuando se la acompaña de la embriaguez del conductor (art. 316 StGB), al igual que la gasolina cuando se emplea como medio para un incendio (art. 306 StGB)."⁶⁰⁸.

La punibilidad por la mera posesión de objetos supone un adelantamiento de las barreras de protección para el bien jurídico, mediante la amenaza de castigo de comportamientos que sólo resultarán peligrosos cuando efectivamente se lleve a efecto el delito, en el cual dicho objeto será finalmente utilizado⁶⁰⁹. En este caso se esta penando un comportamiento que si bien es generalmente peligroso para el bien jurídico, concretamente es totalmente inocuo, ya que aún ni si quiera es potencialmente peligroso, como sería tener una botella de pisco y un auto en la misma casa, o bien un revolver en la repisa sin la autorización que establece la ley.

Por supuesto que es dable pensar que la posesión de ciertos objetos puede ser vista como la preparación para realizar conductas delictivas "*Pero la posesión es, en sí, misma, neutral, y sólo la fijación de un determinado fin por parte del poseedor permite sostener su carácter peligroso para los bienes jurídicos. La prohibición genérica de posesión de objetos peligrosos persigue, por tanto, aquellos fines que ponen en peligro un bien jurídico, con lo que la prohibición da pie a una mera pena por la sospecha.*"⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Nestler, Cornelius, ob. cit., página 65.

⁶⁰⁹ Haciendo un parangón Nestler expone "*Que la conducción en estado de embriaguez llegue o no a poner en peligro los bienes jurídicos -la vida (ante todo) y la integridad física- de otras personas que toman parte en el tráfico, es algo que el autor no controla en modo alguno. Que, en el caso concreto, llegue a producirse una lesión o peligro concreto es algo que queda, por tanto, abandonado al acaso. En cambio, que la posesión acabe resultando auténticamente peligrosa depende únicamente, siempre que se haya planeado la utilización del objeto en cuestión, de la decisión del poseedor de emplear efectivamente dicho objeto -de acuerdo con lo planeado- de modo peligroso.*", Nestler, Cornelius, ob. cit., página 66.

⁶¹⁰ Nestler, Cornelius, ob. cit., página 67.

La ley de drogas presenta problemas similares, aunque las diferencias no son menores. De acuerdo a la ley 20.000 el bien jurídico protegido es la salud ⁶¹¹, en todo caso la salud de los otros consumidores que podría verse lesionada por el consumo de un tercero *“Este objeto de protección penal es ilegítimo, tanto penalmente como desde el punto de vista constitucional. Una concepción del bien jurídico basada en la libertad del ciudadano no puede separar la idea de bien de la facultad de disposición que sobre éste tiene el titular del mismo. A un derecho penal que vinculaba su legitimación a la vulneración de los derechos subjetivos, la diferenciación entre la violación de derechos ajenos y la disposición, irrelevante para el derecho penal, sobre derechos propios, era algo que conceptualmente le venía impuesto. En un concepto de bien jurídico que se propone garantizar la libertad una tal diferenciación tiene necesariamente que darse por sobreentendida.”* ⁶¹², de lo contrario implicaría concebir a nuestra sociedad como un sistema paternalista, donde la libertad que se le reconoce a las personas para disponer sobre sus propios derechos viene limitada por el infundado peligro de contagio de conductas que son desvaloradas, en este caso el consumo de drogas.

Desde un punto de vista técnico el consumo de estupefacientes constituye una actividad de auto-puesta en peligro, lo que constituye una manifestación del ejercicio de la libertad que se le reconoce a personas que se autodeterminan, derecho fundamental protegido en nuestra Constitución Política de la República deducible a partir de los artículos 19 n° 4 ⁶¹³, 7 ⁶¹⁴ y 26 ⁶¹⁵.

⁶¹¹ La ley 20.000 establece: Artículo 1º.- *“Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.”*

⁶¹² Nestler, Cornelius, ob. cit., página 74.

⁶¹³ Artículo 19. *“La constitución asegura a todas las personas: N° 4 El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.”*

⁶¹⁴ Artículo 19. *“La constitución asegura a todas las personas: N° 7 El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.”*

⁶¹⁵ Artículo 19. *“La constitución asegura a todas las personas: “N° 26 La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Las medidas coactivas en una sociedad donde se les reconoce a las personas, como presupuesto del libre desarrollo de su personalidad, la libertad de realizar acciones de auto-puesta en peligro, sólo son legítimas allí donde falta la capacidad de un ejercicio responsable de esa libertad *“Impedir las puestas en peligro de terceros consistentes en el consumo de terceros es, por consiguiente, una finalidad de la pena de carácter ilegítimo y no constituye puesta en peligro alguna de bienes jurídicos ajenos, pues el consumo es una conducta que, en tanto que ejercicio de un derecho fundamental, no cae dentro del ámbito de protección penal. Del mismo modo que el poseedor de droga no puede ser castigado por el hecho de consumirla, por ser esta conducta expresión de su libertad de acción, tampoco puede serlo por el hecho de que pueda llegar a suministrarla a otro.”*⁶¹⁶.

El adelantamiento de la punibilidad en estos casos es doble aunque no se conciba el consumo por parte de terceros como un ejercicio de la libertad de acción, derecho constitucionalmente protegido, pues el perjuicio para este tercero no sólo presupone que el poseedor haga entrega de estos estupefacientes, sino que se auto-ponga en peligro a través de esta utilización.

Lo anterior nos permite establecer una diferencia en relación a la posesión de armas *“En esta, basta con que se emplee el arma de fuego para que los terceros se vean puestos en peligro (puesta en peligro ajena), mientras que las sustancias estupefacientes, aún después de haber abandonado la esfera del poseedor, sólo presentan riesgo si el tercero decide ponerse a si mismo en peligro a través del consumo.”*⁶¹⁷.

Para Nestler estos tipos serían una nueva variación de los delitos cumulativos a que se refiere Kuhlen *“...en esta modalidad de delitos el fundamento de la pena no es ya el injusto individual, medido por el nivel de menoscabo en los bienes jurídicos de otro, sino la desobediencia en masa. En realidad, se trata exclusivamente de un*

⁶¹⁶ Nestler, Cornelius, ob. cit., página 75.

⁶¹⁷ Nestler, Cornelius, ob. cit., página 76.

deber de obediencia de naturaleza administrativa, cuyo incumplimiento es elevado, por consideraciones de prevención general, a la categoría de injusto con merecimiento y necesidad de pena.”⁶¹⁸.

En ambos casos para determinar la capacidad instrumental de las normas, deben ser estas puestas en relación con los efectos propuestos a alcanzar. Nadie nunca ha afirmado que la lucha contra la posesión de armas es una batalla perdida, por que lo que tiene por finalidad la ley es la regulación jurídica de la posesión de armas, no la prevención de delitos.

La prevención de delitos cometidos mediando armas se remite a los tipos del Código Penal que sancionan este tipo de comportamientos. Esto queda claro en lo expresado por la nota efectuada por el legislador al artículo 10 de la ley 17.798 “*El artículo 10 transitorio de la ley 19.047, publicada el 12.02.1991, dispuso que las personas que posean armas o elementos prohibidos por la presente ley, podrán hacer entrega de ellos a cualquier autoridad pública, dentro del plazo de 90 días, contados desde la publicación de esta ley, quedando exentas de la responsabilidad penal que se derive únicamente de la posesión o tenencia indebida.*”.

Si bien podría afirmarse que el bien jurídico protegido lo constituye la seguridad interior del estado o el orden público en referencia a los artículos 8 y 9 de la citada ley, es cierto que desde el punto de vista empírico no existe un riesgo ni cercanamente concreto, al menos actualmente, que al algún grupo para-militar tenga la seria intención de atentar contra la seguridad interior del estado, o que pueda atacar de manera organizada a las fuerzas armadas o a las fuerzas de orden y seguridad.

Respecto del orden público puede afirmarse que este bien jurídico universal, de imprecisable contenido, está suficientemente protegido por los tipos que consagra

⁶¹⁸ Nestler, Cornelius, ob. cit., página 77.

el Código penal. La jurisprudencia da cuenta del bajo % de causas que existen al respecto.

Luego la función verdaderamente instrumental no es la prevención, sino la regularización de la situación de aquellas personas que tienen ilegítimamente armas, y la regulación mediada por la autoridad competente: del negocio relativo a la posesión y uso legítimo de determinadas armas por particulares; de la utilización de las armas por parte de los organismos estatales autorizados para ello.

Respecto de la ley 20.000 es un lugar común la afirmación de que la lucha contra las drogas es una lucha perdida.

Como forma de solucionar este problema existen variadas posiciones, que van desde la exigencia al Estado de una participación más activa en los sectores de escasos recursos, hasta enfoques economicistas como el sostenido por Milton Friedman. Para el economista norteamericano si el mercado de drogas se legaliza y transforma en una actividad lícita, por el juego del libre mercado los grandes carteles de droga sucumbirían ante la competencia. Con lo cual toda la violencia y la corrupción que estos traen aparejado, todos los dólares manchados, desaparecerían.

Curioso me parece que existiendo una solución que es teóricamente plausible, hasta el momento nadie la haya propuesto con seriedad. Quizás, y de nuevo, es por que en verdad no se persigue eliminar el tráfico de estupefacientes de las calles, sino otros efectos. Las hipótesis que explican lo anterior son heterogéneas, una de las cuales en todo caso tiene asidero histórico.

De acuerdo a un estudio realizado por Gusfield en el año 1963, a comienzos del siglo XX se decretó una ley que prohibía en Estados Unidos el comercio del alcohol. Según el profesor norteamericano la razón de la prohibición tenía no sólo motivos religiosos y morales, sino que también cumplía ciertas funciones sociales.

Durkheim planteaba que una de las formas de establecer la cohesión social era mediante la aplicación de una pena a ciertos hechos. La aplicación pública de la pena generaba un sentimiento de solidaridad entre las personas en torno a determinados valores, se producía así cohesión social.

En consonancia con estas ideas, Gusfield afirma que el consumo y producción de alcohol era normalmente realizada por nuevos grupos sociales surgentes.

Estos grupos sociales residían en las nuevas urbes, y se distanciaban de la tradición latifundista protestante. Eran industriales vinculados a la religión católica, que retaban a las clases dominantes de la sociedad norteamericana tradicional.

Es arriesgado afirmar que detrás de los carteles de drogas se agrupan ciertas clases surgentes asociadas a la religión evangélica, las que comienzan a disputar el poder de las clases católicas y dominantes. Sin embargo es cierto que esta prohibición draconiana de ciertos estupefacientes permite que la distribución de drogas permitidas (como el alcohol) y no permitidas (como los opiáceos utilizados como tranquilizantes, como los benzodiazepines usados para los tratamientos psiquiátricos) constituya a la industria farmacéutica como el negocio lícito más rentable del mundo.

En efecto de acuerdo a la revista Fortune esta industria ha permanecido por 11 años consecutivos a la cabeza de los negocios más rentables del mundo (estas compañías tienen unos ingresos tres veces superiores al resto de las empresas que aparecen reseñadas en la lista "Fortune 500". <http://72.14.207.104/search?q=cache:VJ42oh1GdT0J:www.bnjm.cu/librinsula/2004/marzo/12/colaboraciones/colaboraciones31.htm+negocios++mas+rentables+del+mundo/+industria+farmaceutica&hl=es>).

Luego no es alocado sostener que hay poderosos intereses en mantener el comercio de la droga controlado, el de las drogas ilegales, ya que de acuerdo a los

estudios es el negocio más rentable del mundo (después lo siguen el tráfico ilegal de armas, el tráfico de mujeres y de niños http://72.14.207.104/search?q=cache:E19JbLYaf74J:www.lafogata.org/003planeta/planeta10/pla_america.htm+negocios+ilicitos+mas+rentables+del+mundo&hl=es).

Quizás teniendo a la vista estos datos podríamos sugerir como hipótesis, que la ley 20.000 no tiene por objeto la prevención del tráfico de drogas, sino la regulación jurídica de la distribución de las drogas permitidas y no permitidas. Parcialmente lo mismo ocurriría con la ley de armas, con lo que se puede concluir que estas leyes tienen las dos funciones que este trabajo ha analizado primordialmente.

Función ideológica, que por un lado mantiene las relaciones de producción dentro de este mundo globalizado, las relaciones comerciales de consumo y distribución de drogas y armas, estabilizando el status quo al interior de cada sociedad.

Función simbólica, ya que encubren a través de su aparente eficacia los déficits que se producen en el derecho penal en el área del control de armas y en el área del control de drogas, creándose la sensación en los electores de que se ha hecho lo suficiente.

4. - Legislación antiterrorista

Históricamente el terrorismo "...es un fenómeno político e intelectual que surge a partir del régimen del terror que se inaugura en Francia alrededor de 1793. El uso generalizado del término terrorismo en la esfera política se consolida alrededor de 1795, justamente como referencia a este periodo de la historia constitucional de Francia. Se trata, por así decirlo de la cara fea del constitucionalismo europeo. Y al

*parecer fue el publicista conservador Edmundo Burke quién popularizó en Inglaterra la idea que en Francia se produjo un régimen de terror durante el periodo que gobernó Maximiliano Robespierre.”*⁶¹⁹.

El primer uso de la palabra terrorismo entonces, está relacionado con la idea del régimen político que asume el Estado francés en el período de la Revolución. Un sistema que se caracteriza por la utilización de la violencia como método para imponer el orden *“De allí que el primer uso del término terror o terrorismo se relaciona con la descalificación de las consecuencias violentas que produce la revolución francesa y como asociado a una forma particular de organizar el Estado.”*⁶²⁰.

Durante el siglo XIX el significado de la palabra terrorismo evolucionó desde su significado original asociado a un régimen político, hasta su consideración como una forma de actuación de ciertos grupos no necesariamente pertenecientes al estado que buscan promover y concretar su causa política, religiosa o social por medio de la violencia *“... la definición del terrorismo evoluciona desde el concepto con el cual se designan las dictaduras o gobiernos de terror, hasta ser*

*usado para referirse a los grupos que a partir de finales del siglo XIX se dedican a asesinar líderes políticos o jefes de Estado, y se amplía hasta incluir los grupos que asesinan o secuestran policías, funcionarios locales, toman rehenes, secuestran aeronaves o detonan explosivos en edificios públicos o privados.”*⁶²¹.

Las naciones unidas y diversas organizaciones internacionales intentan clarificar el asunto, declarando a través de convenciones que ciertas conductas son siempre consideradas como terroristas, como el secuestro de aeronaves, de agentes diplomáticos de los diferentes estados. Sin embargo subsiste a pesar de todo el problema de la indefinición *“...incluso después de la tragedia del 11 de septiembre*

⁶¹⁹ Ruiz -Tagle, Pablo, en “Terrorismo y constitucionalismo”

⁶²⁰ Ruiz -Tagle, Pablo, ob. cit.

⁶²¹ Ruiz -Tagle, Pablo, ob. cit

*de 2001, ya que, por ejemplo, un documento publicado con posterioridad a esa fecha por el Congreso norteamericano no consideró como terrorista la actividad violenta que se realiza con el objeto de obtener beneficios financieros y tampoco incluye los daños a sistemas computacionales.....es difícil definir un grupo como terrorista, cuando una facción o subgrupo del mismo adopta esa estrategia ya que eso nos puede llevar a considerar al Congreso Nacional Africano como terrorista, tal como el gobierno Inglés y el Norteamericano hicieron entre 1987 y 1988. Sin ir más lejos, en nuestros días vemos en el Medio Oriente el uso de la palabra terrorismo, por una parte para designar la actividad de los grupos palestinos que atacan el Estado de Israel y por la otra, por los mismos palestinos para acusar a Israel de adoptar medidas políticas y militares en su contra que les impiden construir un Estado que asegure la paz y la seguridad.”*⁶²²

Pasamos ahora a la legislación nacional, para determinar que es lo que se regula en esta a propósito del terrorismo. La legislación chilena en este ámbito se caracteriza a grandes rasgos por: a) Agravación de los delitos comunes, cuando son realizados por terroristas⁶²³; b) Alteración de las categorías conceptuales de la parte general⁶²⁴.

⁶²² Ruiz -Tagle, Pablo, ob. cit

⁶²³ La ley 18.314 establece en su artículo 3º “Los delitos señalados en los números 1 y 3 del artículo 2 serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, o en la ley 12.927, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados.”, el artículo 2 de la misma ley establece “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren algunas de las características señalada en el artículo anterior:

1.- Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en la forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en forma de rehén, y se sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142...”

⁶²⁴ La ley 18.314 establece en su artículo 7º “La tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado. Si esta última constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal y se impondrá a la tentativa el mínimo de ella.

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos, será castigada como tentativa del mismo.

La conspiración respecto de los mismo delitos se castigará con la pena correspondiente al delito consumado, rebajada en uno o dos grados.”

Esta política criminal tiene una fuerte orientación preventiva, con la agravación de las penas se persigue una mayor efectividad, sin embargo “...no debe olvidarse que una orientación preventiva se justifica en su propia efectividad...”⁶²⁵. Además debe tenerse presente que el “...rasgo clave de la política criminal seguida por nuestros países en lo que respecta al terrorismo es la agravación de la respuesta penal. La pregunta es si esa agravación tiene justificación desde las funciones que normalmente cumple la sanción penal o no. Si la respuesta es negativa tendríamos una primera y elemental comprobación de la mencionada función simbólica.”⁶²⁶.

Teóricamente esa agravación se justifica en el mayor desvalor de acción y de resultado que contiene el tipo de la conducta terrorista. Entre otras razones se aduce que esta agravación es la única manera de lograr una disminución relevante de este tipo de comportamientos. Sin embargo en la práctica la teoría preventiva de la pena se considera fracasada, especialmente en estas órbitas (Guerrero Antequera, Manuel, en “El encierro de alta seguridad en Chile, y la modernidad que no es”
http://www.sepiensa.cl/listas_articulos/articulos_sepiensa/2004/06_junio/20040626.html)

Tenemos entonces sólidos argumentos para considerar que se trata de una forma más de legislación simbólica. Ello además viene corroborado por el etéreo bien jurídico colectivo que se supone se protege a través de estos tipos, tan difusamente concretado que en verdad podemos decir que puede ser: la seguridad interior del estado: el orden público: la afirmación simbólica de la igualdad en relación al artículo 1º número 1 de la ley 18.314: la tranquilidad pública como condición indispensable para normal funcionamiento de la sociedad.

⁶²⁵ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, en “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, página 92.

⁶²⁶ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, ob. cit., página 93.

No precisa la ley que es lo que está detrás de la sanción penal de las conductas terroristas, por lo que lo mismo que en el caso anterior sólo puedo teorizar al respecto.

Creo en este sentido que esta legislación escudándose bajo la atrocidad de los delitos caracterizados como terroristas, oculta el simple hecho de que lo verdaderamente protegido es la seguridad interior del estado frente a actos subversivos del orden estatal o que atenten contra su seguridad.

Lo que está detrás es la protección del sistema social, pero considerado de manera global frente a ataques cuya finalidad es la desestabilización global, sea por razones de orden político, religioso o social. Frente a este tipo de conductas la reacción enérgica del estado sólo demostraría la afirmación de que se opone a tal tipo de actos, y de que existen los mecanismos institucionales idóneos para realizar demandas de cambios sociales.

Existen los vehículos democráticos para ello, la vía terrorista no es una vía legítima para la conducción de una demanda social. Frente a la falla de la prevención de este tipo de delitos, el Estado perseguiría el fomento de las vías democráticas como forma de canalizar este tipo de demandas, junto a la valoración del sistema democrático, y por ello a la desvaloración de caminos alternativos que implican necesariamente la utilización de la violencia y el terror. Optaría en definitiva por reforzar a través de la norma penal, los mecanismos que al interior del estado de derecho existen para realizar determinadas pretensiones de cambio al interior de la sociedad, esto es, la fidelidad al derecho.

f) Perspectivas a futuro

Para ello será necesario introducirse brevemente en la perspectiva sociológica de hoy. De acuerdo al sociólogo Alemán Ulrich Beck, hoy vivimos en una sociedad del riesgo. Esta sociedad se origina allí “...*donde los sistemas de normas sociales fracasan en relación a la seguridad prometida ante los peligros desatados por la toma de decisiones*”.⁶²⁷. Es decir, surge cuando los peligros decididos y producidos socialmente exceden de ciertos límites, pasando en consecuencia a constituir éstos la base de los nuevos conflictos al interior de los sistemas sociales.

En este nuevo contexto “...*la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.*”⁶²⁸.

Junto con este auge de los nuevos conflictos aparece paralelamente una demanda masiva de seguridad. Con ello todo se torna sobre las cuestiones relativas a la “...*gestión política y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación) de los riesgos de tecnología a aplicar actual o potencialmente en relación a horizontes de relevancia a definir especialmente. La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una*

⁶²⁷ Beck, Ulrich, en “Die Erfindung des Politischen”, página 201.

⁶²⁸ Beck, Ulrich, en “La sociedad Del riesgo”, página 25.

*opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico.”*⁶²⁹.

En esta sociedad se percibe por la opinión pública la existencia de una gran serie de peligros que amenazan a toda la colectividad, se sustituyen los riesgos calculables por peligros que son difíciles de controlar “*Los nuevos peligros destruyen los pilares del cálculo convencional de la seguridad: los daños apenas pueden atribuirse ya a responsables definidos, del mismo modo que el principio de quién-contamina-paga pierde virtualidad; los daños no pueden ya compensarse financieramente -no tiene sentido asegurarse a uno mismo contra los peores casos de ramificaciones de la espiral global de amenaza. En consecuencia, no hay planes para asegurar cobertura de darse el peor de los casos. En el mundo de la sociedad del riesgo la lógica de control colapsa desde dentro. En consecuencia, la sociedad del riesgo es una (latente) sociedad política.*”⁶³⁰.

Independientemente de cual sea la postura que se asuma respecto del riesgo en las sociedades modernas, solidarizamos con Luhmann quien afirma que “*...no existe ninguna conducta libre de riesgo.*”⁶³¹.

En este contexto lo importante es la pauta que marcan los riesgos en la modernidad. Mientras que en la sociedad industrial la producción en serie era el centro, en la sociedad del riesgo el dominio, el poder, está en la lógica de la producción de los peligros. Aparece así una de los principales rasgos de esta sociedad, se producen riesgos de manera inevitable al creciente desarrollo y grandes dificultades para la imputación de los resultados lesivos.

⁶²⁹ Beck, Ulrich, ob. cit., página 26.

⁶³⁰ Beck, Ulrich, en “Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo”

⁶³¹ Luhmann, Niklas, en “La sociología del riesgo”, página 72.

En efecto, de acuerdo a Schünemann una de las características de este nuevo modelo es la extremadamente densa red de industrialización, donde la imputación de un resultado a un comportamiento individual parece algo casi imposible. Por ejemplo piénsese en *“...la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada*

*zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas de una determinada fábrica como causa. Por el contrario, es característico de la sociedad industrial la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia.”*⁶³².

La otra característica es *“...la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada.”*⁶³³.

En la sociedad tradicional el origen de los riesgos es individualizado al igual que sus efectos. En la sociedad industrial los riesgos siguen siendo individualizables pero sus efectos son ahora colectivos. En la sociedad del riesgo en lo que se refiere a su origen los peligros son generalizados, y sus efectos son de carácter colectivo ⁶³⁴.

El riesgo se debe a una suma de acciones individuales, la destrucción de la capa de ozono no se produce por una única persona que aplica un aerosol a una

⁶³² Schünemann, Bernd, en “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, página 30.

⁶³³ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 31.

⁶³⁴ Véase lo anterior en un ejemplo que proporciona Schunemann *“...mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes a su vez era constante y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los tipo de homicidio o, en su caso, de las lesiones imprudentes, ya que el autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abaricable. Sin embargo, al producirse la distribución masiva de alimentos producidos por fabricantes anónimos por parte de cadenas de almacenes, estas cadenas causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas....”*, Schunemann, Bernd, ob. cit., página 32.

ventana, sino por la suma de acciones del mismo tipo, se produce un efecto boomerang, en que el autor es a la vez víctima de su propia acción “...como consecuencia de ello, categorías como la causalidad, la culpabilidad y la autoría, entendida en la forma tradicional, no siempre son eficaces. Incluso, casi puede decirse que son categorías que en su desarrollo clásico, ya no sirven.”⁶³⁵.

Las armas con que estuvo premunido el derecho penal clásico, fueron conceptos que alcanzaron a aplicarse de manera eficiente en la época tradicional y marginalmente en la era de la industrialización, pero hoy son difíciles de compaginar. A juicio de Quiroga “*El funcionalismo, su forma de resolver la culpabilidad, la prevención general positiva, etc., son conceptualizaciones que, sin perjuicio de sus antecedentes, son propias de esta época. En la sociedad de inicios del siglo XXI no es posible funcionar con un derecho penal anclado en el estado liberal y la sociedad industrial.....Los límites del riesgo permitido han cambiado y cambian con gran rapidez. Estamos en una sociedad de riesgos, en la que éste puede que no se determine de forma exacta a priori, pero se sabe que existe y se asume su propia necesidad. La sociedad actual vive en el riesgo.*”⁶³⁶.

Desde el punto de vista de la doctrina jurídico penal, Schünemann afirma que existen dos concepciones teóricas que pueden ser consideradas polos de la evolución en que se encuentra hoy en día la ciencia penal. Por un lado “...la concepción del Derecho Penal propugnada por antiguos y actuales autores radicados en Frankfurt, como Derecho referido exclusivamente hacia el individuo, concepción que se manifiesta del modo más claro en la teoría del bien jurídico y en la política procesal penal de Winfried Hassemer y sus discípulos.”⁶³⁷.

⁶³⁵ López Borja de Quiroga, Jacobo, en “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, página 293.

⁶³⁶ López Borja de Quiroga, Jacobo, ob. cit, página 294.

⁶³⁷ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 13.

Por otro lado se encuentra “...el sistema normativista del Derecho Penal de Günther Jakobs, orientado con base en la teoría funcional de sistemas y que se concibe a si mismo como el polo opuesto al pensamiento lógico-material.”⁶³⁸.

Si bien es cierto existe una gran cantidad de teorías intermedias, es preferible caracterizar las tendencias actuales en función de estos dos modelos, que en todo caso no están exentos de críticas.

El individualismo de la escuela de Frankfurt abocado en demasía al liberalismo tradicional, convierte las nuevas formas del derecho penal en un obstáculo para su desarrollo.

El funcionalismo radical de Jakobs conduce a una aceptación incondicional de la política imperante en cada momento de la siempre cambiante actividad legislativa y jurisprudencial.

La escuela de Frankfurt maneja una teoría del bien jurídico que ellos llaman “personal”. El moderno derecho penal se caracteriza por la continua creación de tipos que protegen bienes jurídicos universales que están descritos de modo

difuso, con lo cual el principio de ofensividad personal, pasa a ser degradado como instrumento para una política de intereses encubierta.

Afirman que “...es necesario eliminar la crisis producida por esta expansión incontrolada y sobrecargada del Derecho Penal para reducirlo a un Derecho Penal nuclear en el sentido de una teoría personal del bien jurídico. Esta teoría sólo debe reconocer como bien jurídico-penal, de modo que pasarían claramente a un primer plano los bienes jurídicos individuales; la protección de los bienes jurídicos universales remanentes se llevaría a cabo tan sólo en interés mediato de los

⁶³⁸ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 13.

*individuos afectados, por lo que estos bienes deberían acomodarse a la función de la protección de individuos y ser delimitados con base en esa misma función.”*⁶³⁹.

A partir de este enfoque critican de modo particularmente duro las tendencias que han establecido como forma de protección de estos bienes jurídicos colectivos el criticado delito de peligro abstracto. Sin embargo este enfoque monista e individualista respecto del bien jurídico es susceptible de ser también criticado.

En primer lugar por que si bien es aceptable una forma contractualista de fundamentación del estado, no puede limitarse “...*la participación en el contrato social, y con ello los derechos y las obligaciones que de éste derivan, a los individuos que viven en un determinado momento, pues de lo contrario, con cada muerte y con cada nacimiento, habría de concluirse un nuevo contrato social.*”⁶⁴⁰. Con ello se podría legitimar el genocidio de quienes no son parte de él, o de quienes no viven dentro de las fronteras del estado.

A juicio de Schünemann la única manera coherente de poder seguir sosteniendo fundamentos contractuales junto con las modernas tendencias sociales, es considerar como parte integrante del contrato social a toda la humanidad, incluyendo también a las generaciones futuras.

De esta manera puede apreciarse la estrechez de la concepción personal del bien jurídico que maneja la escuela de Frankfurt, ya que no es la supervivencia de un tal o cual individuo lo que constituye la base de este bien, sino la supervivencia de la humanidad. Esto permite incluir no sólo a las generaciones presentes sino también a las futuras “...*no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como segunda norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la*

⁶³⁹ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 18.

⁶⁴⁰ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 20.

*preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que ésta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie homo sapiens.”*⁶⁴¹.

En este lugar aparece la segunda falla de la concepción del bien jurídico personal de la escuela de Hassemer, ya que no tiene en cuenta las dimensiones de la potencialidad de lesión que tiene una sociedad en función de su estado de desarrollo industrial. Es el consumo abusivo de los recursos naturales que se ha producido desde la industrialización hasta llegar a este siglo, lo que en verdad proscribía dejar de considerar al medio ambiente como un bien jurídico a proteger

⁶⁴².

La teoría del bien jurídico de carácter personalista ha caído en la trampa del mundo postmoderno, tomo por reales sus mundos ficticios y elevó a la categoría de bien jurídico el despilfarro de recursos limitados que son indispensables para la supervivencia de las generaciones venideras, esta teoría apunta entonces en la dirección equivocada.

Estamos en una sociedad que ha sido caracterizada como la sociedad del riesgo, sin embargo a su juicio se trata más bien de una “...sociedad de despilfarro, de

⁶⁴¹ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 21.

⁶⁴² Esta falta de consideración implica “...que la funcionalización individualista proclamada por la escuela de Frankfurt (y lo que esto significa: reducción a los intereses depredatorios de los individuos que viven en este momento) aparezca en cierto sentido como una verdadera perversión del ordenamiento de bienes jurídicos. Si tenemos en cuenta, además, que la teoría personal del bien jurídico naturalmente incluye la protección de la libertad individual de actuación que presta el tipo de coacciones, prácticamente, y llevando la cuestión hasta sus últimas consecuencias, se impone la valoración de que esta teoría tiene en mayor consideración a las más absurda apetencia del individuo egoísta que a las condiciones de vida de las generaciones futuras. Y cabe radicalizar aún más la demostración de esta perversión de valores si se tiene en cuenta que en el centro del concepto personal de bien jurídico también se hallan, naturalmente, la propiedad, que en la filosofía idealista prácticamente fue elevada a los altares y considerada un atributo de la dignidad humana y que en aquel entonces, en una sociedad con relativamente escasos bienes materiales, de modo comprensible disfrutaba de una especial valoración. Hoy, en la época de ingentes cantidades de cachivaches, para cuya producción tiene lugar una constante sobre explotación de los recursos naturales, el hecho de ubicar los delitos patrimoniales en el sector central del Derecho Penal, mientras que al mismo tiempo se quiere remitir la mayor parte de los delitos medioambientales al campo de las infracciones administrativas, como lo propone la escuela de Frankfurt, tiene que parecer atávico.”, Schünemann, Bernd, ob. cit., página 22 y 23.

*malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es esencialmente inferior al de la destrucción de recursos. Por tanto, ha de considerarse que desde la perspectiva del Derecho Penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales.”*⁶⁴³.

Existe una densa red de procesos causales provocada por la industrialización. En muchos casos resulta imposible explicar desde un punto de vista causa-efecto en que momento o en que lugar se da inicio a los hechos o donde estos terminan.

Hay que tener presente además, que en estas sociedades los contactos son cada vez más anónimos y estandarizados de acuerdo de lo que “se debe hacer” en función de específicos roles sociales. En este contexto si el derecho penal pretende efectivamente proteger los bienes jurídicos “...el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas...”⁶⁴⁴.

En la medida que la escuela de Frankfurt critica los delitos de peligro abstracto abogando por su reconducción a los delitos de resultado, esta renunciando a aceptar esta nueva sociedad y negando la posibilidad de que el derecho penal pueda adaptarse a ella.

Constituye una equivocación anatemizar este tipo de delitos, ello resulta reaccionario ya que con ello se bloquea el necesario aporte que puede otorgar el derecho penal para que la actividad legislativa sea racional.

La corriente funcionalista de Jakobs si bien fue ubicada como polo opuesto a la escuela de Hassemer difícilmente puede ser situada en sus antípodas pues “...la determinación de los fines del derecho penal a través de la protección de bienes

⁶⁴³ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 30.

⁶⁴⁴ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 31.

*jurídicos, de la que prácticamente nadie duda en Alemania, obliga a la ciencia jurídico-penal en su punto de partida a un pensamiento funcional.”*⁶⁴⁵. Punto distinto es que la escuela de Frankfurt limite esa funcionalidad a las necesidades de protección de objetos “altamente personales”, y que en esa medida llegue a un funcionalismo limitado de forma individualista.

Un verdadero opuesto a esta tendencia hasta el momento no tiende a sostenerse en los países democráticos, pues tendría que limitarse solo a funciones de carácter colectivo, lo que es más propio de los estados totalitarios.

El modelo de Jakobs no es, por lo tanto, un opuesto, sólo se lo coloca como polo de aquella corriente por que Schünemann sostiene que en la práctica son los modelos que más se oponen, no es una cuestión de blancos o negros sino de grados, de más y de menos.

Ya hemos visto con anterioridad el planteamiento de Jakobs tanto desde el punto de vista del bien jurídico como desde la teoría del fin de la pena, por ende nos remitimos a lo expresado en los capítulos ya expuestos.

Solo agregaremos que *“...Jakobs quiere extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción del Derecho Penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización de este derecho.”*⁶⁴⁶.

A juicio de Schünemann los planteamientos de Jakobs en tanto se remiten para la interpretación de los conceptos y categorías a su funcionalidad en relación al sistema que en cada momento se utilice como derecho positivo, cae en una argumentación circular, detrás de cuya máscara las decisiones se toman de modo decisionista *“Por tanto, el método normativista-funcionalista de Jakobs, puesto que*

⁶⁴⁵ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 43.

⁶⁴⁶ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 46.

erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones, y ello significa lo siguiente: mientras la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del Derecho Penal, sino que desea convertirse tan solo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste, en cierto modo, en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir.”⁶⁴⁷.

Ahora que las posturas están caracterizadas es preciso precisar cual es el panorama que vislumbran a futuro y cuales son las estrategias que estos autores plantean dentro del derecho penal.

Hassemer habla de la dialéctica de lo moderno, es decir, el fenómeno por el cual el derecho penal de hoy rompe la tradición del derecho penal clásico en la medida que lo consume. Mediante el traslado de las herramientas de un tiempo pasado a un nuevo contexto, el viejo derecho penal clásico no puede operar adecuadamente.

Este derecho moderno se caracteriza por: la protección de bienes jurídicos, principio que en todo caso yo no tiene por objeto de servir como criterio negativo para impedir una nueva criminalización allí donde no haya un bien que proteger, hoy se utiliza como criterio positivo, esto es que se criminaliza toda vez que se detecte la presencia de un bien jurídico *“La protección de bienes jurídicos se transforma así en mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización; en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativo para la misma.”⁶⁴⁸*; por la idea de prevención, que si bien antes era considerada como un objetivo secundario de la justicia penal, hoy es el paradigma penal dominante; la orientación a las consecuencias, criterio que antes solo era concebido como un complemento de una correcta legislación hoy *“...se ha convertido en el moderno derecho penal en una de*

⁶⁴⁷ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 48.

⁶⁴⁸ Hassemer, Winfried, en “Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)”, página 48.

*sus características y en la meta dominante marginando de la política jurídico-penal los principios de igualdad y retribución justa del delito. Indicadores de estas tendencias son, por ejemplo las actuales exigencias por hacer del remedio penal un instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la gente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer. No se pretende, sin embargo, con ello, que la intervención del derecho penal sea en estos ámbitos adecuada o correcta, sino solo poner de relieve ante la población que hay que respetar el medio ambiente o prohibir la violencia contra las mujeres.”*⁶⁴⁹.

El derecho penal deja de ser un medio de control social particular, convirtiéndose en un medio de dirección social. Deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones o atentados más graves contra la libertad de las personas, pasando a ser parte de una política de la seguridad. Ello aparece claro desde la perspectiva del principio de *ultima ratio*, en efecto pareciera que el recurso al derecho penal no es el último medio, sino el primero y más utilizado.

Este nuevo derecho se vale de nuevos instrumentos: creación de bienes jurídicos colectivos formulados de manera vaga e imprecisa; función simbólica; delitos de peligro abstracto⁶⁵⁰. Con lo cual no puede ignorarse que las funciones que tradicionalmente desempeñaba el derecho penal deja de realizarlas.

Progresivamente pasa a desempeñar roles semejantes a los del derecho civil o administrativo, lo que genera problemas “...por un lado, el peligro de que el derecho penal sólo de modo deficitario pueda realizarse en la práctica; por otro, la perspectiva de quedar reducido a una función simbólica.”⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 50.

⁶⁵⁰ Para Hassemer es fácil adivinar el por qué están tanto en boga esta forma de los tipos “Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente....Con esta reducción de los presupuestos del castigo, utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos.”, Hassemer, Winfried, ob. cit., página 55.

⁶⁵¹ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 57.

Todos esas consecuencias, y todos esos posibles peligros “...*demuestran hasta que punto el derecho penal se utiliza en sectores que no son los suyos, haciéndole cumplir unas funciones que le son extrañas, lo que produce su desnaturalización permanente y*

no meramente transitoria. De estos datos de hecho se deriva el dato normativo que nos dice que el derecho penal y sus posibilidades estabilizadoras se están utilizando indebidamente.” ⁶⁵². Esto no sólo significa que las leyes no tengan ninguna consecuencia práctica, sino que muchas generan situaciones arbitrarias e injustas, como se sabe, los ámbitos de la justicia actúan selectivamente.

De acuerdo a algunos estos déficits de realización son una cuestión de fondo, son síntoma de problemas estructurales que se agudizan con al auge de una aplicación más intensificada del derecho penal.

Para otros estos déficits sólo son provisionales. Si se considera el asunto de esta manera tal vez sea inevitable que “...*a la larga el derecho penal quede reducido a una función simbólica, perdiendo finalmente sus funciones reales.*” ⁶⁵³.

Desde un punto de vista material Hassemer propone una solución terminante, por un lado pretende reducir el derecho penal a lo que denomina “derecho penal básico”, y por otro lado crear un “derecho de intervención” que permita tratar adecuadamente los conflictos que remitidos al derecho penal sólo generan problemas.

Respecto de lo primero esto significa establecer unos límites que si bien pueden ser discutidos, implicarán abarcar una serie de delitos de forma casi incondicional “...*forman parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos*

⁶⁵² Hassemer, Winfried, ob. cit., página 26 y 27.

⁶⁵³ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 59.

*individuales, e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, como los incendios, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, los ataques al tráfico aéreo, y también en otro orden de cosas, las asociaciones criminales y la puesta en peligro del estado.”*⁶⁵⁴. No pretende en esta tarea renunciar a la protección de los bienes jurídicos universales.

Afirma que las sociedades se organizan entorno a ciertas instituciones que son importantes para las personas, y que por lo tanto deben ser protegidas. Pero del hecho que junto con la protección de los bienes individuales se protejan también las instituciones, no constituye un argumento decisivo para la equiparación valorativa entre las personas y las instituciones.

Respecto del “derecho de intervención”, este tiene por objetivo liberar al derecho penal del cumplimiento de expectativas que no está en condiciones de satisfacer “...sería recomendable regular en un derecho de intervención los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno derecho penal. Este derecho de intervención estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos. Esta clase de derecho moderno no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.”⁶⁵⁵ .

En el otro polo Jakobs no se espanta de las decisiones legislativas que se tomen respecto del derecho penal, pues su modelo es totalmente permeable a los cambios que en esta órbita se produzcan. No tiene reparo alguno respecto de los bienes jurídicos universales y de los delitos de peligro abstracto, estos nuevos instrumentos son parte de una sana modernización del derecho penal, como forma

⁶⁵⁴ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 68.

⁶⁵⁵ Hassemer, Winfried, ob. cit., página 72.

de garantizar la identidad normativa de una sociedad en un mundo cada vez más complejo.

Es conciente sin embargo de las nuevas tendencias que lo llevan a percibir, que dentro del derecho penal coexisten dos formas diferentes de legislación, una legislación común a las personas, otra común para los enemigos. No se trata eso si *“...de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.”*⁶⁵⁶.

La pena para presupone el hecho de una persona, que como tal está capacitada para vulnerar la vigencia de la norma mediante su conducta. La pena en este modelo significa que la afirmación contenida en el hecho del delincuente es irrelevante y que la norma a pesar de la conducta infractora continúa vigente, manteniéndose por tanto la configuración de la sociedad, la identidad normativa.

Sin embargo respecto del individuo peligroso no ocurre lo mismo, contra este *“...se procede -en este ámbito mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo.....en vez de Derecho Penal del ciudadano...”*⁶⁵⁷.

Jakobs plantea distinguir entre estas dos formas del derecho para seguir llamando al derecho penal del ciudadano derecho penal. Este es el derecho de las personas, mantiene la vigencia de la norma.

⁶⁵⁶ Jakobs, Günther, ob. cit., página 22.

⁶⁵⁷ Jakobs, Günther, ob. cit., página 24 y 25.

El derecho penal del enemigo es aquel que se forma exclusivamente contra el enemigo, no contra el ciudadano. Frente a ellos la pena no significa nada más que coacción física⁶⁵⁸.

Este derecho tiene por finalidad combatir peligros, mantener la vigencia de la norma mediante la aplicación de una pena es impensable frente a los enemigos.

Fundamenta este derecho de la siguiente manera: si se quiere que la norma determine la configuración de una sociedad la conducta ha de ser esperable en lo fundamental. Debe existir respecto de las personas la seguridad cognitiva de que se comportarán de acuerdo a la norma *“Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía por que ya no ofrece una configuración social realmente susceptible*

*de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no sea contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será.”*⁶⁵⁹.

Para considerar al otro como persona, para que la expectativa este verdaderamente cimentada, se requiere como mínimo que la persona preste la suficiente seguridad cognitiva de que se va a comportar de acuerdo con la norma. De ahí que respecto de aquel que no preste esta garantía no se procede como si fuera ciudadano⁶⁶⁰, sino como enemigo. No se trata pues, de compensar un daño a la vigencia de la norma, sino de la destrucción de un peligro.

⁶⁵⁸ Ésta coacción, según Jakobs, puede llegar incluso hasta a la guerra.

⁶⁵⁹ Jakobs, Günther, ob. cit., página 37.

⁶⁶⁰ En efecto para Jakobs *“...sólo es persona quien ofrece garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita*

Como ya afirmamos el objetivo de Jakobs es lograr esta distinción “...quien no quiere privar al Derecho Penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho.....debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho Penal del enemigo, guerra refrendada.”⁶⁶¹. Como ejemplo de esto Jakobs se refiere al problema de la mundialización de los derechos humanos.

No se debe confundir el mantenimiento de un orden normativo con el establecimiento de un orden. La situación previa al establecimiento es el estado de naturaleza al que se refiere Hobbes, en este no existe una personalidad, al menos no hay una personalidad asegurada⁶⁶². Por ello es que frente a los autores de la vulneración a los derechos humanos esta permitido lo que sea necesario para mantener un estado comunitario-legal “...y esto es lo que sucede, conduciendo primero la guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la creación de un orden del derecho a mantener un orden: el ciudadano Milosevic es tan poco parte de aquella sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el ciudadano Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial <<comunitario-legal>>, habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra

de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluida el ordenamiento jurídico en si mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real.”, Jakobs, Günther, ob. cit., página 51.

⁶⁶¹ Jakobs, Günther, ob. cit., página 42.

⁶⁶² Jakobs, Günther, ob. cit.

*enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo.”*⁶⁶³.

Si bien es cierto ambas posturas son diferentes coinciden en la dirección que tomará el derecho penal del futuro, y que en todo caso ya está tomando cuerpo en los países desarrollados.

Creo que esta orientación no llegará a nuestro continente de inmediato, pero sin duda no tardará en llegar. Ya puede comenzar a verse en las propuestas de “tolerancia cero”, en los proyectos de leyes “Three strike and out”.

Estas tendencias, también se manifiestan en la agravación de las penas ya existentes para los delitos comunes ⁶⁶⁴. En el contexto general, se va produciendo una flexibilización de las garantías clásicas del derecho procesal y penal, relajación de las reglas de imputación, todo lo cual puede ser calificado de acuerdo a Silva Sánchez como una Expansión del derecho Penal.

Este fenómeno puede verse como una *“...especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).”*⁶⁶⁵.

Las causas pueden buscarse en la superestructura jurídico-política, sin embargo esta búsqueda sería incompleta si no se considerara el modelo social que se ha ido estableciendo con los años y sus efectos en el derecho penal como forma de intervención social. En efecto los problemas actuales que presenta el derecho penal deben enmarcarse en el clima cultural favorable a su utilización política, que

⁶⁶³ Jakobs, Günther, ob. cit., página 54 y 55.

⁶⁶⁴ Como la ley 19.950 que aumenta las sanciones a los hurtos y facilita tanto su denuncia a las autoridades como la investigación que respecto de estos hechos se tengan que hacer.

⁶⁶⁵ Silva Sánchez, Jesús María, en “La expansión del derecho penal”, página 21.

como ya sabemos es la herramienta perfecta para tranquilizar a las masas que claman por mayor protección.

Cosa distinta es que la demanda por mayor protección sea reconducida política o administrativamente a la vía penal. Para Silva Sánchez el dato indudable es que la demanda por mayor protección es una demanda real *“...de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del Derecho Penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real.”*⁶⁶⁶.

Es cierto que los contextos sociales han cambiado, que la sociedad no es la misma, y que por lo tanto se presentan áreas donde es razonable una nueva expansión del derecho penal, sin embargo en otros esta expansión no es del todo razonable.

La sociedad actual se caracteriza por los rápidos avances tecnológicos que repercuten directamente en el estilo de vida cotidiano de la gente. Los fenómenos económicos ya no son locales sino globales, lo que sucede en algún lugar del globo puede afectar la economía de otro situado en el polo opuesto.

Punto determinante en esta evolución es *“...la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos de la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera. Pero también, por que la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocas individuos, que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales.”*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 21.

⁶⁶⁷ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 27.

Todos estos cambios no podían dejar inmóvil al derecho penal, como vimos anteriormente con Klaus Günther los espacios del riesgo permitido han ido disminuyendo y con ello ha aparecido un nuevo paradigma, los delitos culposos por omisión.

Si el interés reside en controlar el riesgo, la justificación del incremento de los delitos de peligro abstracto deriva (Schünemann) de la naturaleza de las cosas. En efecto si de lo que se trata es de garantizar la seguridad no debe pasar inadvertido que los delitos clásicos de resultado ya no tienen razón de ser.

Este fenómeno se ve favorecido por *“...la configuración de una sociedad mayoritariamente de clases pasivas: pensionistas, parados, consumidores, perceptores de prestaciones. Se trata, como se ha señalado con expresión a mi juicio afortunada, de los sujetos del bienestar. Pues bien, la actitud de estos sujetos frente al derecho penal resulta perfectamente coherente en el marco del modelo social de la crisis del estado providencia.”*⁶⁶⁸. En este marco, e impulsada por estas nuevas y heterogéneas fuerzas, el derecho penal deja de concebirse como un instrumento de defensa de los ciudadanos frente al estado, y comienza a verse como una arma contra los poderosos.

El debate de hoy no es ya la criminalidad de los desposeídos, sino la de cuello blanco y la de las empresas. Sin embargo se debe advertir que *“...sigue siendo*

posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa

manifestándose como criminalidad de los marginados (lower class crime), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios

⁶⁶⁸ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 52.

de comunicación) por el todo. Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en si misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los <<powerless>>, en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las formas anti-garantistas.”⁶⁶⁹.

En este mundo cada vez más globalizado se produce un aumento de la criminalidad, no sólo de la macro-criminalidad sino también de la micro-criminalidad. Son los movimientos de capital y el desplazamiento de mano de obra más barata las condiciones que determinan la aparición de nuevas capas de sub-proletariado “...de las que puede proceder un incremento de la delincuencia patrimonial de pequeña y mediana entidad.”⁶⁷⁰.

Esta sociedad del riesgo conduce inevitablemente a un estado vigilante, a un estado de la prevención muy semejante al estado policial. Adicionalmente los procesos de liberalización de la economía y las grandes privatizaciones de las empresas públicas favorecen este clima, junto a las flexibilizaciones que se proponen en materia laboral y a la inseguridad respecto del trabajo, se une la inseguridad generada por la delincuencia, cuyo radio viene amplificado por los medios de comunicación.

Las barreras de intervención estatal crecen y las esferas de libertad que se reconocen a los individuos disminuyen. Este nuevo estado no es como el estado keynesiano, es un

estado débil, un estado privatizado donde pareciera que lo importante para mantener tranquila a la gente es el espectáculo legislativo a la hora de afrontar un

⁶⁶⁹ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 57 y 58.

⁶⁷⁰ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 104.

problema, y no una política real que se expanda por otras áreas menos sensibles para la opinión pública, pero si mas efectivas si de lo que se trata es de producir efectos reales.

Esta privatización de las funciones estatales ha sido estudiada parcialmente por Michael Voss y Hubert Beste *“Mientras el estado se retira de la esfera pública de control que le es propia, abre a la vez la puerta de entrada a los intereses privados, que inmediatamente pasan a formar parte de una compleja mezcla privado-estatal del control. Lo decisivo en este proceso es la transformación de los intereses de control que tiene lugar bajo el manto del monopolio estatal de la violencia. Ya no prevalecen los <<intereses públicos>> que, de una u otra manera, conciernen a la colectividad, sino los intereses particulares que proceden de los clientes privados. De esta forma, el monopolio estatal de la violencia se pone, todavía en mayor medida, al servicio de los intereses privados de control.....no sólo se convierte el Estado en el administrador de los intereses privados sobre el orden y la seguridad, sino que mantiene su monopolio gracias a los agentes privados.....El estado utiliza los intereses privados de control para asegurar sus propias pretensiones de orden y seguridad.”*⁶⁷¹.

El estado apela a la capacidad de autoprotección de los ciudadanos, pero esto no pasa de ser tan solo una máscara para despistar: en verdad, son estos ciudadanos y ciudadanas los que debe responder por aquello que el estado está obligado a proporcionar, esto es la garantía de la seguridad para los miembros de la sociedad.

Los servicios estatales no sólo del agua, luz y bienes se han externalizado al área privada, sino también y en parte los que se refieren al monopolio estatal de la violencia. En su fase preventiva, también puede verse lo mismo respecto de la privatización de las cárceles, el estado retrocede para dejarle el camino a los privados.

⁶⁷¹ Voss, Michael y Beste, Hubert, en “Las deformaciones del derecho penal por los servicios de privados de seguridad”, pagina 350 y 351.

Por último también se observa un retorno a las ideas de inocuización, ideas a las que se refería Franz Von Liszt, y cuyo abandono nunca fue definitivo. Este retorno de la inocuización no es casual a juicio de Silva Sánchez, al contrario *“...se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal; y no sólo de la política criminal norteamericana. En dicha evolución cabe advertir elementos determinantes. Así, a mero título de ejemplo, por un lado, el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales. Así, parece estar sentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores.”*⁶⁷².

Es lo que se observa en las diversas modificaciones al Código Penal en lo que se refiere al aumento de las penas, en la restricción sobre beneficios alternativos a la pena privativa de libertad en los casos de delitos relacionados con el tráfico, en el aumento del presidio perpetuo de 20 a 40 años, y también en las nuevas leyes que incrementan la penalidad de los delitos referentes a la pornografía infantil, etc.

Frente a esta situación el profesor español plantea que es imposible una vuelta atrás, en el sentido de Lüderssen, es decir que no hay vuelta al viejo y tradicional derecho penal liberal. Hay que aceptar esta expansión y la coexistencia de derechos penales diferentes, con estructuras típicas y principios procesales disímiles.

Propone en consecuencia un modelo sistematizador de estas orientaciones y características, un derecho penal básicamente de dos velocidades *“...puede afirmarse que en la medida que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería -precisamente por lo dicho- mantener un claro sistema de imputación*

⁶⁷² Silva Sánchez, Jesús María, en “Política Criminal y Persona.”, pagina 94.

*individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas corporales permite flexibilizar el modelo de imputación.”*⁶⁷³, es decir reserva las garantías del derecho penal para los hechos que llevan anexos una pena privativa de libertad, esto sería la primera velocidad, la más lenta.

Ahora para aquellos hechos que no aparejan una pena privativa de libertad, pero si de otros derechos o penas de multas, se requeriría un sistema más flexible y sin esa poderosa serie de garantías que se establecen por lo general dentro de los Códigos de Procedimiento penal, esta sería la segunda velocidad.

Pero también propone una polémica tercera velocidad del derecho penal en *“...la que el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.”*⁶⁷⁴. Variante que es tremendamente semejante al derecho de intervención de Hassemer y al derecho penal del enemigo de Jakobs.

Este derecho de la tercera velocidad afirma Silva Sánchez ya existe tratándose de las normas del Código Penal Español en el ámbito socio-económico, y lo aceptaría como forma de intervención estatal pero sólo frente a ciertos atentados y en determinadas condiciones. Por ejemplo en algunos casos de criminalidad organizada, criminalidad de estado, o también tratándose de conductas terroristas *“...en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, puede plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el*

⁶⁷³ Silva Sánchez, Jesús María, en “La expansión del derecho penal”, página 161.

⁶⁷⁴ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 163.

instrumento de abordaje de hechos de <<emergencia>>, siendo expresión de una especie de <<Derecho de guerra>> en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.”⁶⁷⁵.

CAPÍTULO 6: CONCLUSIÓN

Así como hemos podido ver, el derecho penal simbólico se expresa en aquellas leyes cuya función no es real sino aparentemente instrumental. Sus efectos no están dirigidos a lograr una modificación en la realidad empírica, sino a producir ciertos efectos psico-sociales en un electorado susceptible a los mensajes mediáticos.

Estas normas se basan en la autoridad de la construcción de una ley, en la formalidad de sus procedimientos, en el carácter público de la discusión que la precedió. Esta es la fuerza que acompaña al common sense y que determina en la percepción de los ciudadanos la apariencia de efectividad.

Puede afirmarse que este tipo de leyes presupone una determinada relación entre derecho penal y política, una aceptación por parte de los partidos políticos, de que los procesos que preceden a la publicación de una la ley, constituyen un terreno apto para la competencia por el poder.

En la medida que se utilice al derecho penal para finalidades políticas, y no preventivo instrumentales, se estará constituyendo una relación suficiente entre derecho penal y política para la aparición de leyes simbólicas.

Claro está, que también presupone un específico contexto socio-político, además de uno jurídico-político, que posibilite la existencia de las citadas funciones de la ley penal.

⁶⁷⁵ Silva Sánchez, Jesús María, ob. cit., página 165 Y 166.

En el Chile de hoy, que poco a poco comienza a democratizarse desde el entendimiento de las bases hasta el funcionamiento de las instituciones que existen al interior del estado, las condiciones jurídico-políticas y socio-políticas están dadas no sólo para las cruzadas simbólicas, sino también para una politización del derecho penal.

La politización del problema de la delincuencia es un hecho, por eso mismo, el mito que nos interesa dentro de esta era de la contra-ilustración, es el de la criminalidad violenta. Este mito en todo caso puede enmarcarse dentro de uno más general, y que es coincidente con la caracterización que Beck hace sobre la sociedad de hoy, el mito de la inseguridad.

Hasta que punto las amenazas medioambientales, terroristas, de las drogas y las armas, son reales, es algo que escapa al objeto de esta memoria. Sin embargo si algo se puede afirmar al respecto es que la sensación de inseguridad es real, y que es precisamente ésta la que fomenta demandas masivas de seguridad.

Lo anterior es particularmente relevante respecto de las leyes re-estabilizadoras de la seguridad (como se verá con posterioridad), sin embargo, no debe pasarse por alto que dadas las condiciones actuales hay otras formas de leyes simbólicas que pueden aflorar. Como por ejemplo leyes con carácter de apelación moral, como los futuros proyectos de una ley penal medioambiental.

En cualquiera caso, y más allá de las manifestaciones de la función simbólica que hemos visto, son las leyes que acabamos de mencionar las que hoy amenazan con surgir. Éstas son específicamente motivadas por un hecho que vemos a diario en los medios de comunicación, la violencia.

Tanto Giddens como Pitch coinciden en que en las democracias, sean de corte liberal, social o conservador, el tema de la delincuencia ocupa un rol central ⁶⁷⁶. En esta posición que tiene la delincuencia dentro de las agendas políticas de lo más diversos partidos, no puede dejarse de lado la influencia de los medios de comunicación, ya que éstos incentivan una determinada forma de percepción de la delincuencia y del clima de violencia que la rodea.

Lo anterior se produce en circunstancias en que las posibilidades de percepción de la violencia nunca fue más fácil que hoy ⁶⁷⁷.

Se sabe, en efecto, que los fenómenos de la violencia son percibidos con una intensidad nunca antes vista y que en todo caso es más comunicativa que concreta. Esta característica la torna políticamente manejable ⁶⁷⁸.

Ya vimos con anterioridad que de acuerdo a Voss se está produciendo una privatización del deber constitucional que el estado tiene relativo a la protección de los ciudadanos, y como algunos autores afirman que la seguridad misma constituye

⁶⁷⁶ En efecto, ya se refería Giddens respecto del surgimiento de la tercera vía de la mano de los demócratas en Estados Unidos. En las administraciones de Clinton se manifestaron estas ideas, entre ellas “...proyectos de bien estar para el trabajo, programas de remodelación urbana y la adopción de una política estricta contra la criminalidad.”, Giddens, Anthony, ob. cit., página 13. Este nuevo new deal debe crear un marco que evite el gobierno burocrático auspiciado por la izquierda como la aspiración de la derecha de desmantelar al estado. Algo parecido ocurrió con Blair en Inglaterra. Tanto “Los nuevos demócratas y el nuevo laborismo han prestado especial atención a la vida familiar, a la criminalidad y a la decadencia de la comunidad....Para los políticos de la tercera vía es vital responder a la preocupación respecto del delito: de ahí la célebre afirmación de Tony Blair de que la izquierda debe ser dura con la criminalidad y tenaz frente a sus causas.”, Giddens, Anthony, ob. cit., página 14.

⁶⁷⁷ “Una sociedad que dispone, por un lado, de medios de comunicación eficientes, y que, por otro - al menos en la estimación de esos medios- , en el consumo comunicativo, está vivamente interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar en su propio seno para percibirla como omnipresente: poco serán los ejercicios espectaculares de violencia en el mundo que se nos escapen.”, Hassemer, Winfried, en “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz”, página 49 y 50.

⁶⁷⁸ “...la amenaza de violencia -sea real o sólo supuesta- es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal y que por tanto puede ser portador de amenaza penal, se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.”, Hassemer, Winfried, ob. cit., página 50.

un bien jurídico frente al cual los mecanismos estatales se activan para otorgar resguardo a las expectativas.

La amenaza de la violencia constituye así un factor esencial en la percepción social de su realidad. Utilizando este factor la industria de la seguridad crece, el negocio político de la seguridad también.

Los orígenes de la motivación son los mismos, sólo cambió la fuente de las demandas de protección, que como sabemos, hoy agrupan a disímiles y por ello cada vez más amplios sectores de la sociedad.

No debe olvidarse que también se produjo un cambio en la actitud de la sociedad frente a la delincuencia. En los medios se utilizan palabras como “lucha”, “combate”, “flagelo”, “represión”, y toda una serie de calificativos que determinan una precisa imagen de quien infringe las normas. Establecen en el léxico diario, el vocabulario que históricamente ha sido utilizado contra los enemigos ⁶⁷⁹.

Estamos ante las puertas, si es que no hemos cruzado ya, de un retroceso en la filosofía del derecho penal y la política criminal. Viviendo en un tiempo ya vivido donde se percibía al delincuente como un quebrantador de las normas, como una manzana podrida a la que había que extirpar del cajón para que no pudriera al resto de las manzanas.

La tradición filosófica vinculada a la ilustración que reconocía como forma unívoca de fundamentación del derecho al hombre como ser racional y libre, capacitado para autodeterminarse, esta consumida y amenaza con invertirse. Como vimos, Albrecht la llama época de la contra-ilustración.

⁶⁷⁹ “La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en derecho penal del enemigo.”, Hassemmer, Winfried, ob. cit., página 52.

En esta nueva era tanto la criminología como el derecho penal, inician el mismo tránsito que antaño se realizara desde los procesos macro-sociales hacia la persona y el riesgo que esta representa para la comunidad.

En el proceso de explicación individualizada de los problemas sistémicos, la criminología, y en el de atribución individual de conflictos macro-sociales, el derecho penal, comienzan a administrativizarse.

El problema es que el destinatario de las demandas de seguridad de una sociedad amenazada es el derecho penal, mecanismo del cual se espera que garantice las condiciones de un sistema social pacífico, presupuesto necesario para que las personas confíen en que los contactos sociales se producirán con la normalidad que se espera.

Las normas materiales y procesales se agravan, las garantías se estrechan, el telón de fondo de esta nueva política criminal es la violencia dramatizada por los medios de comunicación y por la política.

Esta tendencia opera con la criminalización de nuevas conductas, que por lo general protegen intereses que se construyen a través de la técnica de los bienes jurídicos colectivos que regularmente son descritos de manera vaga e imprecisa, justificando la intervención del Leviatán en muchas áreas en las que probablemente sería mejor intervenir con otros medios.

Se mella el principio de tipicidad con la administrativización del derecho penal, el principio de culpabilidad con la teoría de Kuhlen sobre los daños cumulativos, y nos acercamos de acuerdo a Günther a un paradigma tremendamente limitativo de la libertad, a conceptos imprecisos cuya indeterminación fue el mecanismo que permitió interpretaciones que a comienzos del siglo XX se realizaron de acuerdo a ciertos sentimientos, que avanzaron al difuso campo del espíritu y la emoción. En el

caso de Alemania a la órbita del sano sentimiento del pueblo antes de la segunda guerra mundial.

La consecuencia es que las áreas del derecho penal modernizador pasan a ser un instrumento aparentemente eficiente, que presentan cada vez mayores déficits de ejecución, lo que como ya dijera Hassemer, implicar colocar al derecho penal en el camino de la ruina ⁶⁸⁰.

El fenómeno de la violencia es captado a menudo, sino es que siempre, como si fuera desde abajo hacia arriba, desde las clases más pobres hacia las más acaudaladas, pero se hace la vista gorda a otro tipo de violencia, la violencia de arriba.

En Europa las tendencias difieren a las de nuestro país ⁶⁸¹, donde la violencia de arriba no se toma en consideración por los medios de comunicación. El rating viene dado por otra forma de violencia, la de abajo.

⁶⁸⁰ “De esto se siguen nuevamente, dos cosas: el intento corto de vista de minimizar estos déficits con más agravaciones (*more of the same*), y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal.” Hassemer, Winfried, ob. cit., página 60.

⁶⁸¹ En efecto, de acuerdo a Schünemann “En la legislación, la jurisprudencia y doctrina se reconoce la tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible hacia arriba, es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan. Conforme al artículo 28 del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se responsabiliza al superior por todos los delitos cometidos por sus subordinados en su ámbito de mando, acerca de los cuales al menos habría debido tener conocimiento y contra cuya comisión no ha adoptado medida alguna. Según el artículo 12 del Corpus Iuris en la versión de Florencia, los directivos de la empresa serán responsabilizados por todo delito de un subordinado, toda vez que hayan facilitado el delito a través de una supervisión insuficiente, reduciéndose sin embargo la medida de la pena a la mitad en comparación con la del autor que ha ejecutado el delito. El tribunal Supremo Federal alemán (BGH) ha reconocido expresamente en su jurisprudencia sobre los delitos cometidos por el Gobierno de la República Federal Alemana hasta 1989, la figura jurídica de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, desarrollada por Roxin hace cuarenta años. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo federal alemán ha señalado que esa construcción también podría utilizarse en el ámbito de las empresas. Por tanto, la tendencia es que el derecho penal afecte a aquellas personas que también poseen la facultad de decidir y que de ningún modo se practique en el sentido del antiguo refrán alemán: <<los pequeños a la horca y los grandes quedan libres>>.”, Schunemann, Bernd, en “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación.”, página 10 y 11.

Sólo podemos teorizar respecto de este tema, el cual seguramente será siempre discutido entre ciudadanos y expertos. Pero lo que es claro y cierto es que la percepción de violencia consiste en un “...fenómeno político y comunicativo. Mucho se habría ganado si esta noción se difundiera; pues entonces sería más difícil hacer política mediante la dramatización de la violencia.”⁶⁸².

Sin embargo esta solución a muchos y poderosos no les conviene, pues grandes son las ganancias políticas que se obtienen de la utilización mediática del derecho penal, ganan en rating los canales de televisión, los diarios y las empresas radiofónicas, ganan votos, ganan electores los partidos políticos.

En un contexto de competencia por el poder, los partidos políticos, las coaliciones no pueden ser indiferentes a un terreno donde todos los que luchan pueden salir ganando. En éste lo que importa es el discurso, la pelea, no que suceda en el mundo real. En efecto, la falta de evidencia empírica relativo al triunfo o fracaso de las teorías preventivas, demuestra que cualquiera puede afirmar el rechazo o la adopción de las teorías relativas.

Un derecho penal amplificado comunicacionalmente por la radio y la televisión tenderá a ser utilizado como herramienta política, más que como parte de una actividad que necesariamente tiene que ser reconducida al terreno de lo social.

El derecho penal en tanto medio de control social en el contexto de un estado de derecho moderno, gana en el baremo de legitimidad en la medida que se vinculen sus finalidades con los efectos sociales efectivamente producidos. Mientras mayor sea la exigencia de la demostración empírica de sus finalidades, menores serán los déficits de ejecución que se nos presentarán, sin duda, en el futuro⁶⁸³.

⁶⁸² Hassemer, Winfried, ob. cit., página 64.

⁶⁸³ En efecto, las manifestaciones de la función simbólica del derecho penal “...enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal...no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente, los

Si queremos un derecho penal moderno, entendiendo moderno peyorativamente como insistentemente se ha expuesto, un derecho penal al que le son indiferentes sus consecuencias, debemos hacernos cargo de los costos que esto trae aparejado.

Se paga caro cuando los principios que fundaron al derecho penal, se abandonan hoy en tiempos llamados dudosamente como “tiempos de necesidad”, por que su vigencia ya no depende del valor que tenga para la cultura jurídica como tal, sino de su percepción como un problema en tiempos de necesidad ⁶⁸⁴.

Interesante es el papel que a la doctrina le ocupa en esto, ya advertía Schünemann del peligro que existe de una dogmática sin consecuencias en un ambiente donde comienza a reinar cierto eclecticismo y donde las facilidades para publicar son enormes. En este contexto debería darse una especie de competencia natural que haga reinar a la doctrina más preparada para sobrevivir en el mundo jurídico, ya que este eclecticismo está dañando profundamente a la ciencia jurídico-penal alemana.

En cualquier caso esta selección natural es realizada por la jurisprudencia, la cual a la larga tiene *“...el sartén por el mango. Y a su vez, el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina.”* ⁶⁸⁵.

medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas.” Hassemer, Winfried, ob. cit., página 65.

⁶⁸⁴ Hay que preguntarse si un derecho *“...políticamente funcionarizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá –a largo plazo, también ante los ojos de la población- su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho. El derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más.”* Hassemer, Winfried, ob. cit., página 66.

⁶⁸⁵ Schünemann, Bernd, ob. cit., página 52.

Creo que al menos en Chile y al parecer en otros lugares del mundo como España y Alemania los conocimientos de la dogmática son demasiados herméticos como para poder ser difundidos. Sin embargo, Lüderssen, afirma que hay cosas que se pueden hacer, es decir, en este fenómeno actual algún papel le cabe a la doctrina en la socialización de los conocimientos.

De acuerdo al profesor Alemán, la doctrina jurídico-penal debe considerar que *“Las razones que hacen difícil de comprender las circunstancias son las mismas que gatillan el enorme interés público en ellas. Retirarse a la ciencia secreta del hermetismo sellado de la dogmática era la mejor salida, y la fue por largo tiempo. Pero esto es inadecuado por razones asociadas con la disciplina; la heterogeneidad de los problemas generados por la vida misma no siempre coincide con la demarcación académica de las disciplinas. Como especialista, nosotros tenemos que considerar este hecho básico. Adicionalmente en esta era democrática el público tiene derecho a ser iluminado por los especialistas. Lo que es incongruente, en todo caso, es el hecho que el público no reclama el ejercicio de este derecho, prefiere creer que puede juzgar por si mismo sobre la base de los medios disponibles en la vida diaria, y es apoyado en esta creencia por los medios de comunicación, incluyendo los periodistas más altamente valorados. La difícil tarea de la expansión de los propios horizontes de búsqueda no sólo esta acompañada por la tarea adicional de instruir al público; lo que además y primordialmente debe ser hecho es iluminar al público por la necesidad de esta instrucción.”*⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ (“The reasons that make it difficult to comprehend the circumstances are the same ones that trigger the public’s enormous interest in them. Withdrawing to the secret science of hermetically sealed dogmatics (Strafrechtswissenschaft) would be the easiest way out, and was for a long time. But it is unsuitable for reasons associated with the discipline; the heterogeneity of the problems generated by life itself is unconcerned with the academic demarcation of disciplines. As specialists, we have to take account of this basic fact. Additionally in the democratic age the public has a right to be enlightened by the specialists. What is incongruous, however, is the fact that the public does not claim this right, but rather believes that it can judge for itself on the basis of those means available in everyday life, and is supported in this belief by the media, including highly regarded journalists. The difficult task of expanding one’s own research horizons is not only accompanied by the additional task of instructing the public; what also and primarily has to be done is to enlighten the public as to the need for this instruction.”), Lüderssen, Klaus, en “Enlightened Criminal Policy or the Struggle Against Evil”, traducido por José Manuel Fernández Ruiz.

Sin embargo mientras todos estos procesos dan comienzo, si es que llegan a comenzar, las cosas siguen de la misma manera *“En el presente, niños y jóvenes son los que literalmente están siendo demonizados –grotesca en la visión de lo más de 100 años de historia de la psicología y la sociología y un insulto a toda la obra de vida de Jean Piaget. Esto culmina en la demanda por la reintroducción de las instituciones correccionales para ofensores de muy corta edad (que fueron cerrados por muy buenas razones hace casi 20 años atrás) y en el llamado por una dramática aceleración de los procedimientos de los tribunales. Los intentos desesperados de la ciencia legal para responder a estos desarrollos despliega su más urgente problema, como yo lo veo: la batalla –la palabra no es demasiado fuerte- contra la tremenda influencia de los medios sobre un público que ha sido amedrentado por el crimen y castigo.”*⁶⁸⁷.

Véase hoy en nuestro país y a título ejemplar los proyectos sobre responsabilidad penal juvenil, y como los medios y las instituciones privadas como Paz Ciudadana, fomentan una política criminal cada vez más dura.

Nuestra sociedad actualmente, como ya se ha dicho, está lejos aún de ser caracterizada como sociedad del riesgo. En el entretanto, las condiciones socio-políticas de hoy están dadas para la leyes simbólicas, y es posible encontrar ya, como se ha visto, manifestaciones de ésta en nuestras normas penales.

Sin embargo creo que será otro el concepto específico de derecho penal simbólico, que se impondrá en la práctica y que a nuestro juicio generará mayores problemas.

⁶⁸⁷ (*“At present, children and juveniles are those who are being literally demonized-grotesque in view of the hundred-year history of psychology and sociology and an insult to the lifework of Jean Piaget. This culminates in the demand for the reintroduction of correctional institutions for very young offenders (which were closed with good reason almost twenty years ago) and in the call for a dramatic acceleration of court proceedings. The desperate attempts of legal science to contest these developments display its most pressing problem, as I see it: the battle -the word is not too strong- against the huge influence of the media on a public that has been made insecure by “crime and punishment.” Participants in the German legislative process largely follow this line. “*), Lüderssen, Klaus, en ob. cit, traducido por José Manuel Fernández Ruiz.

Esto debido a su conexión con el sustrato de los nuevos conflictos que se generan en las modernas sociedades occidentales, de acuerdo a Beck.

Este nuevo concepto puede ser agregado a la enumeración de Hassemer, las denomino como ya se apuntó, "leyes re-estabilizadoras de la seguridad".

Esta noción, hace alusión al efecto (de una ley penal) que tiene por objeto psico-social, la construcción de una sensación de seguridad en los ciudadanos, en un contexto de inseguridad motivada por la política y por los medios de comunicación.

Concluimos lo anterior basándonos en el ángulo sociológico expuesto por Beck, relativos a la sociedad del riesgo, en el análisis que a partir de ello realiza Baratta, en las críticas de Melossi y las advertencias de Basoco.

En esta era de la contra-ilustración, la construcción de mitos relativos a la vulnerabilidad de los bienes o expectativas de las personas, ha producido un incremento exponencial en la sensación de inseguridad. Pareciera comenzar a concebirse un derecho a la seguridad como única forma de explicar la legitimidad de las normas.

Este concepto debe ser puesto en relación con las perspectivas a futuro que habíamos visto con anterioridad. Tanto el derecho de intervención, como el de tercera velocidad, así como el derecho penal del enemigo, apuntan a aliviar la presión a que esta siendo sometido el derecho penal.

En efecto, con éstas teorías se pretende lograr una verdadera instrumentalidad en la ley penal. En Jakobs, la distinción que impone el derecho penal del enemigo, es la única forma de poder seguir llamando al derecho penal, fundamentado en una teoría neoretribucionista de la pena, derecho penal.

Para Hassemer constituye una salida alternativa al derecho penal simbólico y a los bienes jurídicos colectivos. Con este se pretende que la finalidad de la ley estrictamente penal, sea efectivo, sea real, es decir, que las leyes sean verdaderamente instrumentales.

De acuerdo a Silva Sánchez la expansión del derecho penal es inevitable, la división del derecho en tres velocidades constituye una forma realista de enfrentar los conflictos que se generan en las sociedades post-modernas. Con ello se dejan incólumes los principios del derecho penal referido a los delitos que traen aparejados penas más graves, y se hacen más eficaces las normas que tiene por objeto contribuir a la seguridad que posibilita los contactos sociales en el mundo extremadamente complejo de hoy.

Rastros de esta categoría de leyes ya son susceptibles de ser encontradas en la legislación ordinaria, por ejemplo la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes.

En la medida que las leyes desde la perspectiva de sus efectos se acerquen a sus finalidades, o lo que es lo mismo, en la medida que mayor sea su instrumentalidad, se corresponderá el efecto psico-social que teóricamente se logra con su dictación, con la seguridad real que es esperable en lo fundamental de los contactos interpersonales.

En la medida que se alejen de sus finalidades instrumentales mayor será su componente simbólico, si la norma ya no sirve de guía para la conducta esta dependerá de cómo se realicen los contactos en la práctica.

Sin embargo, creo que éstos se desarrollan normalmente pues las circunstancias sociales son óptimas para ello. No requieren de una ley que garantice las condiciones para que se realicen con regularidad. Es decir, no es necesaria la dictación de una ley que tenga por objeto generar seguridad, pues

independientemente de este efecto los contactos seguirán desarrollándose con la normalidad de siempre.

De ahí que sea políticamente rentable el proyectar y concretar leyes penales, pues el efecto, la regularidad de los contactos sociales y la seguridad de que estos se producirán de esta manera, ya existe.

Si las personas dejan de confiar en las normas, si estas no se aplican o se aplican simbólicamente, los contactos sociales ya no tienen garantía alguna, y si éstos ya no son posibles la sociedad en esos ámbitos se derrumbará.

BIBLIOGRAFÍA

_Albrecht, Peter-Alexis: - “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en “La insostenible situación del derecho penal”, Editorial Comares, año 2000.

_Alcacer Guirao, Rafael: - “Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?”, Editorial Ad-Hoc, año 2003.

_Barata, Francesco: - “Los mass media y el pensamiento criminológico”, en “Sistema penal y problemas sociales”, Editorial Tirant Lo Blanch, año 2003.

_Baratta, Alessandro: -“Criminología crítica y crítica del derecho penal”, Editorial Siglo Veintiuno, año 2002.

-“Principios de derecho penal mínimo”, en “Doctrina Penal”, 1987, volumen del año.

-“La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, en “Revista Uruguaya de ciencias penales” N° 3, año 1999.

-“Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Becaria, Cesare: - “Dei Delitti e Delle Pene”, Capítulo 1 “Origine delle pene”, http://www.letteraturaitaliana.net/PDF/Volume_7/t157.pdf visto el viernes/13/mayo/2005.

_Beck, Ulrich: - “La sociedad del riesgo”, Editorial Paidós, año 1998.

- “Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo”, visto en <http://www.ieg.csic.es/Age/boletin/30/01.pdf> con fecha jueves 14/julio/2005

- “Die Erfindung des Politischen”, en “Las consecuencias perversas de la modernidad”, Editorial Anthropos, año 1996.

_Bentham, Jeremy: - “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, Capítulo 1 “Of Prince of Utility”, <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf> visto con fecha jueves/12/mayo/2005.

_Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: - "Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Bergalli, Roberto: - "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas" en "Sistema penal y problemas sociales", Editorial Tirant Lo Blanch, año 2003.

- "¿De cuál derecho y de qué control social se habla?"
<http://www.ub.es/penal/control.htm> visto con fecha martes 12/abril/2005.

- "La eficiencia del sistema penal. Identificación ideológica e Instrumentalización política" visto con fecha jueves 2/junio/2005 en
<http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=27&id=146>

- "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", en "Doctrina Penal", Editorial Depalma, año 9, 1986.

_Bodelon González, Encarna: - "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal." en "Sistema penal y problemas sociales", Editorial Tirant Lo Blanch, año 2003.

_Borja Jiménez, Emiliano: - "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal", en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Tomo LI, MCMXCVIII, enero/diciembre año 1998.

_Bottke, Wilfried: - "La actual discusión sobre la finalidades de la pena", en "Política criminal y nuevo derecho penal" (Libro homenaje a Klaus Roxin), Editorial Bosch, año 1997.

_Bustos Ramírez, Juan: - "Obras completas", Tomo I, Derecho Penal Parte General, Editorial Ara, año 2004.

- "Obras completas", Tomo II, Derecho Penal Parte General, Editorial Ara, año 2004.

- “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Cancio Meliá, Manuel: - “¿Derecho penal del enemigo?”, www.pucp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_enemigo.pdf visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Christie, Nils: - “Los límites del dolor”, Editorial Fondo de Cultura Económica”, año 1988.

_Córdova Villegas, Alejandro O - Font Playan, Isabel - Gudiño Pérez, Patricia - Hernández Mendoza, Erik R. - Sánchez Martínez, Arturo, en “Un enfoque del estudio de la cultura organizacional”, visto en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num14/doc09.htm> , con fecha lunes 11/ julio/2005.

_Cury Urzúa, Enrique: - “Derecho Penal Parte General”, Editorial Universidad Católica de Chile, año 2005.

_Durkheim, Emile: - “Las reglas del método sociológico”, Editorial Colofón, año 2004.

_Donna, Edgardo Alberto: - “¿Es posible el derecho penal liberal?”, www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/112s.pdf visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Edwards, Susan: - “Función simbólica del derecho penal: violencia doméstica”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Eser, Albin: - “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/65/pr/pr26.pdf> visto con fecha lunes 11/abril/2005.

_Fernández, Gonzalo: - "Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática", Editorial B De F, año 2004.

_Ferrajoli, Luigi: - "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Editorial Trotta, año 1995.

- "El derecho penal mínimo", en "Prevención y Garantías", Editorial Jurídica, año 1995.

- "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho", <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=20&id=133> visto con fecha jueves 2/junio/2005.

- "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Foucault, Michael: - "Vigilar y castigar", Editorial Siglo veintiuno, año 2002.

_García-Pablos de Molina, Antonio: - "Manual de Criminología", Editorial Espasa-Calpe, año 1988.

- "Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos", Editorial Tirant Lo Blanch, año 2001.

- "Tendencias del actual derecho penal", en "Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología", Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, año 2000.

- "Introducción al derecho penal", en "Introducción al sistema penal", Editorial Universidad Diego Portales, año 1996.

_Garland, David: - "Castigo y sociedad moderna", Editorial Siglo Veintiuno, año 1999.

_Giddens, Anthony: - “La tercera vía y sus críticos”, Editorial Taurus, año 2000.

_Gunther, Klaus: - “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?”, en “La insostenible situación del derecho penal”, Editorial Comares, año 2000.

_Hassemer, Winfried: - “Fundamentos del derecho penal”, Editorial Bosch, 1984.

- “Lineamientos de una teoría personal del Bien jurídico”, en “Doctrina Penal”, año 12, Editorial Depalma, año 1989.

- “Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)”, Editorial Temis, año 1999.

- “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

- “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz”, en “Crítica al derecho penal de hoy”, Editorial Ad-Hoc, año 2003

_Hefendhel, Roland: - “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04.html visto con fecha miércoles 6/abril/2005.

_Hobbes, Thomas: - “Leviathan”, “The Second Part Of Commonwealth” Capítulo 17 “Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth”, <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf> visto el día martes/12/mayo/2005.

_Hirsh, Hans Joachim: - “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, en “Modernas tendencias en la ciencia del derecho

penal y en la criminología” , Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, año 2000.

_Hulsman, Louk: - “Alternativas a la justicia penal”, <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=27&id=52> visto con fecha jueves/02/junio/2005.

_Iñiqui, Rivera Beiras: - “Historia y legitimación del castigo” en “Sistema penal y problemas sociales”, Editorial Tirant Lo Blanch, año 2003.

_I.Taylor, P. Walton y J.Young: - “La nueva criminología”, Editorial Amorrortu, año 1990.

_Jakobs, Gunther: - ”Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”, Editorial Civitas, año 2000.

- “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, Editorial Jurídica Cuyo, año 2004.

- “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, Seminario de derecho penal, Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral), Santa fe, 18 de Agosto del año 2000.

- “Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity”, <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005.

- “Sobre la teoría de la pena”, en “Cuadernos de conferencias y artículos N° 16”, Editorial Universidad Externado de Colombia, año 1998.

- “Derecho Penal del enemigo”, Editorial Civitas, año 2003.

_Jeschek, Hans Heinrich: - “Tratado de derecho penal, Parte General”, Volumen 1, Editorial Bosch, año 1981.

_Kaufmann, Armin: - “Teoría de las normas”, Editorial Depalma, año 1977.

_Keynes, John Maynard: - “The General Theory of Employment, Interest, and Money”, http://etext.library.adelaide.edu.au/k/keynes/john_maynard/k44g/index.html visto el día miércoles/12/mayo/2005.

_Kuhlen, Lothar: - “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos, y responsabilidad penal por el producto”, Editorial Bosch, año 1996.

_Lara Chagoyán, Roberto: - “sobre la función promocional del derecho”, visto en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf> con fecha miércoles 17/agosto/2005.

_Larrauri, Elena: - “La herencia de la criminología crítica”, Editorial Siglo Veintiuno, año 1991.

- “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005

_Lea, John y Young, Jock: - “¿Que hacer con la ley y el orden?”, Editorial Del Puerto, año 2001.

_Lesch, Heiko: - “La función de la pena”, en “Cuadernos, Luís Jiménez de Asúa”, Editorial Dykinson, año 1999.

_Liszt, Franz Von: - “La idea de fin en el derecho penal” <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=991> visto con fecha jueves 23/junio/2005.

_Locke, John: - "Of Human Understanding", Libro 2, capítulo 21 "Of Power", <http://oll.libertyfund.org/ToC/0128-01.php> visto con fecha jueves/12/mayo/2005.

_López Borja de Quiroga, Jacobo: - "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos", en "Revista del poder judicial" (España), Nº 48, tercera época, Editorial Consejo General del Poder Judicial, año 1997.

_Lüderssen, Klaus: - "Enlightened Criminal Policy or the Struggle Against Evil" <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Luhmann, Niklas: - "Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia", Editorial Trotta, año 1998.

- "Sistema jurídico y Dogmática jurídica", Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, año 1983.

- "La sociología del riesgo", Editorial Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, año 1992.

_Luzón Peña, Diego-Manuel, en "Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", en "Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología" (Congreso internacional de la facultad de la U.N.E.D.), Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, año 2002.

_MacCormick, Neil: - "Estado de derecho y Rule of Law" en "Estado de derecho y democracia", Konrad - Adenauer - Stiftung A.C. CIEDLA, año1999.

_Melossi, Dario: - "Ideología y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídicos y la criminología crítica o nuevas ideologías subalternas?", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Merton, Robert: - "Teoría y estructura social", <http://www.comminit.com/la/teoriasdecambio/lacth/lasld-341.html> visto con fecha jueves/13/mayo/2005.

_Mezger, Edmund: - "Criminología", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, año1950.

_Mir Puig, Santiago: - "Introducción a las bases del derecho penal", Editorial B de F, año 2003.

_Morrillas Cueva, Lorenzo: - "Reflexiones sobre el derecho penal del futuro" http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04.html visto con fecha miércoles 6/abril/2005.

_Muller-Tuckfeld, Jens Christian: - "Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente", en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, año 2000.

_Muñoz, Jesús Antonio: - "Derecho e impunidad", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Muñoz Conde, Fransisco y Hassemer, Winfried: - "Introducción a la criminología y al derecho penal", Editorial Tirant Lo Blanch, año 1989.

_Nestler, Cornelius: - "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, año 2000.

_Paul, Wolf: - "Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico", en "Pena y Estado", Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Pavarini, Massimo: - "Control y Dominación", Editorial Siglo Veintiuno, año 1992.

_Peñaranda Ramos, Enrique: - "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito" <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/index.htm> visto con fecha miércoles 6/abril/2005.

_Pitch, Tamar: - "Responsabilidades limitadas", Editorial Ad-Hoc, año 2003.

_Prittwitz, Cornelius: - "Resurrection of the victim in penal theory", [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bcl/articles/3\(1\)/prittwitzmac1.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bcl/articles/3(1)/prittwitzmac1.pdf) visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Ripollez Diéz, José Luís: - "Contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", <http://www.cienciaspenales.org/autor.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005.

- "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena" <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm> visto con fecha martes 5/abril/2005

_Rousseau, Juan Jacobo: - "El contrato social", Editorial Sarpe, año 1983.

_Roxin, Klaus: - "Derecho Penal, Parte General", tomo 1, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", Editorial Civitas, año 1997.

- "Transformación de la teoría de los fines de la pena", en "Nuevas formulaciones a las ciencias penales", Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba, año 2001.

_Ruiz-Tagle, Pablo: - "Terrorismo y constitucionalismo", visto en <http://islandia.law.yale.edu/sela/ruiz-tagles.pdf> , con fecha martes 2/agosto/2005.

_Salazar, Pablo: - “El problema del bien jurídico es el problema de los fines del derecho penal” <http://www.congresopenal2003.com.ar/seccion/listaponencia.asp?t=2> visto con fecha Lunes/9/mayo/2005.

_Sanz Barquín, Jesús: - “El Código Penal de 1995, cinco años después” http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02.html , visto con fecha jueves 7/abril/2005

_Schünemann, Bernd: - “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en “Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio”, editorial Tecnos, año 2002.

- “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, Editorial “Universidad Externado de Colombia”, año 1996

- “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación.”, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, tomo LV, MMII, enero/diciembre del año 2002, Editorial Ministerio de Justicia (Madrid, España).

_Sessano Goenaga, Javier Camilo: - “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico” http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04.html visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Silva Sánchez, Jesús María: - “La expansión del derecho penal”, Editorial Civitas, año 2001.

- “Política Criminal y Persona.”, Editorial Ad-Hoc, año 2000.

- “Aproximación al derecho penal contemporáneo”, en “Introducción al sistema penal”, Editorial Universidad Diego Portales, año 1996.

_Terradillos Basoco, Juan: - “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en “Pena y Estado”, Editorial Jurídica ConoSur, año 1995.

_Tiedemann, Klaus: - “Constitución y derecho penal”, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm> visto con fecha jueves 7/abril/2005.

_Tuori, Kaarlo: - “Positivismo crítico y derecho moderno”, Editorial Fontamara, año 1998.

_Torres, Martínez, Carlos De La: - “La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho” visto en <http://64.233.161.104/search?q=cache:1cdQFw5LiwkJ:www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm%3FI%3D1638+gustav+radbruch+bien+juridico&hl=es> con fecha miércoles 17/agosto/2005.

_Voss, Michael y Beste, Hubert: - “Las deformaciones del derecho penal por los servicios de privados de seguridad”, en “La insostenible situación del derecho penal”, Editorial Comares, año 2000.

_Zaffaroni, Eugenio Raúl: - “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en “Teoría actuales en el derecho penal”, Congreso internacional de derecho penal argentino, Editorial Ad-Hoc, año 1998.

_Zamorano Hernández, Manuel y Vargas Barros, Osvaldo: - “Crimen y alcoholismo”, en Revista de Ciencias Penales” (Instituto de Ciencias Penales Universidad de Chile), año 1946.

_Ziffer, Patricia: - “Lineamientos de la determinación de la pena”, Editorial Ad-Hoc, año 1999.

