

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

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

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

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

Inscripción N° 213.667

Primera edición

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

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

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

IMPRESO EN CHILE

LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO

VOLUMEN I

JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ADAPTADAS AL DERECHO PENAL CHILENO POR
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

LIBROTECNIA®

- HESS, H.: (1983) "Probleme der sozialen Kontrolle" en *Festschrift Larenz*, Heidelberg.
- HOEKER, L.: (1993) «El problema de la delincuencia y el Mercurio» en *Unidad de Investigación Criminológica*, Gendarmería de Chile, Santiago.
- JAKOBS, G.: (1996) *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- JAKOBS, G.: (2003) "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo" en Jakobs y Cancio Meliá *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: (2006) "¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?" en *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Paper30. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/30>.
- NOGUÉ, J. y VICENTE, J. *Geopolítica, identidad y globalización*, Ariel, Barcelona.
- RAMONET, I.: (1995) «Pensamiento único y nuevos amos del mundo» en *Cómo nos venden la moto*; Icaria, Barcelona, pp. 55-98.
- SANDOVAL, E.: (1985) *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: (2001) *La expansión del derecho penal*, Civitas, Madrid.
- TORRES, E. y DE LA FUENTE, P. (2001) «Modelos internacionales de políticas públicas de seguridad ciudadana durante la última década», en *Política-Economía-Sociedad. Temas. Análisis 2001-2002*, N° 4, Departamento de Sociología de la Universidad de Chile, pp. 79-101.
- WACQUANT, L.: (2003) *Cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid.
- ZVEKIC, U. y FINDLAY, M.: (1987) «Para un análisis de los mecanismos informales de control social» en *Poder y Control 1*, pp. 21-37.

LECCIÓN 2

Criminología y Derecho Penal

2.1. LAS RELACIONES DE LA CRIMINOLOGÍA CON EL DERECHO PENAL

2.1.1. Positivismo y funcionalismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2. Visiones criminológicas críticas al derecho penal

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

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

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

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

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

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

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

2.1.3. La Escuela Neoclásica

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

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

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

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

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

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

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

2.2. LA DESLEGITIMACIÓN RADICAL DEL PODER COACTIVO DEL ESTADO

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

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

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

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

2.3. LOS APORTES DE LA CRIMINOLOGÍA AL SISTEMA PENAL

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

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

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

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

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

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

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

2.4. LOS ESTUDIOS DE CRIMINOLOGÍA

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

LECCIÓN 3
La Política Criminal y el Derecho Penal

3.1. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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