

## POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO

JUAN BUSTOS RAMIREZ. (1)

### 1. INTRODUCCIÓN.

Al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando que dice relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecencialmente de dirigir y organizar. Es por eso que en ese sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado, en la medida que el poder esté repartido y en cuanto haya la posibilidad de diferentes movimientos de expresión.

Luego, política criminal es poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.

Esto implica varias consecuencias, que para definir los procesos criminales necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta a la criminología, en la medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de cuáles son los instrumentos y mecanismos a través de los cuales el poder va definiendo y construyendo lo criminal. Y, consecuentemente en qué medida ellos a su vez son formas criminógenas y de criminalización.

Pero, a su vez en cuanto la política criminal **informa todo el sistema legal** en relación a la cuestión criminal y este es el instrumento formal de definición, la criminología aparece indisolublemente ligada a la política criminal, sin ella no tendría razón de ser.

Por otra parte, la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.

Ahora bien, como la política criminal dice relación con la cuestión criminal dentro del sistema, necesariamente ello implica comprender como un todo los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control penal. Esto es, no sólo las leyes (penales, procesal penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Luego, mirada la cuestión criminal desde la política ello implica que no hay estancos separados o independientes, sino que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley todavía no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). Se requiere tener un cuerpo coherente de leyes, instancias e instituciones y operadores sociales. Nada se saca con tener una excelente ley policial, si la formación de la policía sigue manteniendo el autoritarismo y militarismo, y *tampoco no* es suficiente con tener la mejor ley penal si el proceso penal es inquisitorio. En otras palabras una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, cómo actúan los operadores sociales.

Pero, también hay que convenir que pueden haber diferentes políticas criminales y lo que nos interesa a nosotros analizar es aquella propia a un Estado de Derecho social y democrático. Luego, cómo ha de ser el

poder de definición de los procesos criminales en un Estado que tiene como fundamento la libertad y la igualdad.

## **II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO.**

1. Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que el **principio de igualdad en que se funda El Estado no es una realidad, sino sólo un programa**. Esto es, que hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal, por tanto no sólo de bienes e ingresos. Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc. Por eso, aunque parezca paradójico no es extraño que, por una parte, se descriminalice comportamientos (delitos de bagatela, hechos que no afectan a un bien jurídico, etc.), más al mismo tiempo se criminalice otros (así hechos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, etc.) De ahí también que no puede sorprender que a los jóvenes se les excluya del sistema penal de los mayores, pero al mismo tiempo se configure un derecho penal juvenil.

Ahora bien, precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión.

Se trata, por otra parte, si se es coherente con el principio de igualdad, de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir, en cuanto éste tiende a no considerar dichas diferencias y en tal sentido a operar como opresor. El caso más claro de ello es la forma como el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas. También ha sido otro ejemplo relevante en nuestros países la forma de relacionarse del poder penal con los jóvenes, a los cuales se les ha aplicado una legislación propia al positivismo naturalista, que ha desconocido su carácter de personal.

2. Por otra parte, una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. La historia de esta relación la podemos dividir en tres momentos: el de la Carta Magna, en el cual sólo hay el reconocimiento de los pares, el de la Revolución Francesa en que se amplía a los ciudadanos y el posterior a la Segunda Guerra Mundial en que se extiende a todas las personas (también los niños, los jóvenes, los que no son ciudadanos).

Es decir, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema. Por eso no se puede partir de la premisa que las normas son imperativos ni que motivan a las personas, ello contradice el principio de libertad, simplemente instruyen o informan sobre

determinados modelos de comportamiento. Luego, no sólo la fuerza, la tortura, contradicen la libertad, sino también la manera como se concibe la relación entre el sistema y las personas. Esto es, el poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal. En este contexto se inscribe la discusión sobre las formas de legalización del aborto y también del consumo de drogas.

Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, en cuanto la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad. La seguridad ciudadana no se puede convertir a pretexto de situaciones de emergencia en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afección. No hay pues una equivalencia entre seguridad (u orden) y libertad; la seguridad (o el orden) son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, por tanto, en caso alguno pueden ser configuradas de modo que la restrinjan.

De ahí que hoy, dado que las formas de control están repartidas, que cada vez hay más organismos de seguridad de todo tipo más allá de los aparatos públicos, las garantías a la libertad han de ser más profundas e intensas. La relación persona Estado, no es sólo con la sociedad política, sino también con la civil. El poder de control cruza a ambas y no sólo en un control blando, a través de los controles informales, sino a través de controles duros o fuertes.

3. Pero también se trata de una política criminal de un Estado social, luego ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo (esto es, a través de la elección de representantes) sino también mediante la descentralización real; lo cual, por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación.

Es por eso que tampoco necesariamente puede asustar la cifra oscura de la criminalidad, pues ello en gran medida puede significar que la sociedad está en capacidad de asumir que una gran cantidad de conflictos intensos tengan otra solución o no la tengan. Otra cosa diferente, como ya hemos señalado, es el de la discriminación y que en general en las cárceles de cualquier país la mayoría de la población penitenciaria pertenezca a un determinado estrato social, al más desfavorecido.

Una socialización del poder de definir implica a su vez un control del control, esto es, propiciar instancias comunitarias participativas que ejerzan un control de los poderes de definición, tanto públicos como privados. De ahí que no sólo han de darse agrupaciones de consumidores, ecologistas y otras, sino sobre todo de defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Una socialización del control significa partir reconociendo que dentro del sistema predominal existen de todos modos tendencias autoritarias, centralistas y mesiánicas.

4. Por último se trata de una política criminal de un Estado de Derecho; simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categorial, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una

mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal.

### III. LOS DIFERENTES PLANTEAMIENTOS POLÍTICO CRIMINALES EXISTENTES EN LA ACTUALIDAD.

Aunque no se explicita, a pesar que se señale que sólo la dogmática es válida, es evidente que siempre nos encontramos con una determinada política criminal. Después de la Segunda Guerra Mundial junto a la subsistencia de la retribución, tuvo un gran auge la prevención especial (la obra más trascendente, por su repercusión internacional, fue la "Nueva Defensa Social" de Mark Ancel (2) sobre la base de la idea de la resocialización, que aún se plasmó en textos constitucionales. Pero pronto se levantaron las mismas críticas que tuvo a principios de siglo, a pesar de la trascendencia que tuvo entonces el positivismo naturalista que la propiciaba, esto es, que implicaba el desmonte de todas las garantías de la persona frente al Estado y en definitiva la pérdida de su autonomía ética y su tutelaje por parte de éste. Es por eso que en los últimos tiempos han renacido las posiciones preventivo generales, con las cuales nació el Derecho Penal Moderno, pues hay que recordar que la primera gran obra sistemática y garantista fue la de Feuerbach, quien la elaboró desde un planteamiento político preventivo general, que precisamente lo plasmó en el principio de legalidad de los delitos y las penas.

#### **1. De la posición preventivo general con retribucionismo de Welzel a la prevención general radical o fundamentalista de Jakobs.**

No resulta discutible que Welzel también adoptaba un criterio preventivo general, a pesar que él defendiera una posición retribucionista. En efecto, si se considera su planteamiento "el Derecho Penal tiene una función ético social" (3), que está para proteger los valores éticos sociales y no en primer lugar los bienes jurídicos, lo cual sólo sería una consecuencia de lo primero", es evidente que se coloca en una situación preventiva, en que la norma está destinada a motivar respecto a la no afección de esos valores éticos sociales y no a evitar la lesión de bienes jurídicos. Coherentemente, entonces, se adelanta la punibilidad y basta para ejercer la coacción penal el desvalor de acto.

En suma hay en ello, más allá de la adscripción al retribucionismo, una posición preventivo general de tendencia radical, cuyo objetivo es integrar a través del sistema penal a las personas en determinados valores ético sociales. Pero ciertamente tampoco se puede pasar por alto que Welzel pone un límite, en cuanto reconoce que esos valores éticos sociales surgen desde los bienes jurídicos y por tanto en referencia ineludible a ellos y en que la pena conforme al retribucionismo se medirá por la importancia del valor ético social y la gravedad de su afección.

Luego, no es extraño entonces que Jakobs, al continuar hasta sus últimas consecuencias esta variable existente en la teoría finalista, globalizara la posición preventivo general radical. La motivación de la norma

ya no tiene que ver con los bienes jurídicos (4), sino sólo con su propia validez y, por tanto, tampoco con valores éticos sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, una pura cuestión procesal formal, esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder penal. Las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles al deber, en cuanto ellas son parte del sistema, más allá del sistema sólo la nada, el vacío. Si en Welzel había la posibilidad de un límite, en Jakobs ya no existe, pues la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema; quizá el único límite será la coherencia y racionalidad del propio sistema, aunque es dudoso que pueda darse un sistema fundamentalmente coherente y racional si partimos negando la legitimidad de éste.

En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad con el fin de ser consecuentes con el punto de partida, que no hay nada más allá del sistema, que las personas son tales en cuanto están en el sistema, que éste está por encima de ellas. Nuevamente se invierte la relación persona-Estado, ya no se trata de las garantías de aquélla frente a éste, sino de recalcar y acentuar la subordinación de la persona frente al Estado, la pérdida de su autonomía y, al mismo tiempo, ya no se trata de la violencia mínima necesaria, sino de la violencia adecuada para someter o integrar.

Un esfuerzo para evitar estas consecuencias es partir desde el bien jurídico (5) y que la motivación de integración surge desde los bienes jurídicos, pero con ello no se avanza más allá de Welzel, pues de todos modos el bien jurídico como base político criminal garantista y deslegitimadora queda mediatizado frente al deber de integración.

Es por eso que con una política general positiva se vuelve al retribucionismo, pero sin los límites que éste impone; en tal caso sería preferible retomar el retribucionismo, en el cual por lo menos se establece el límite.

## **2. El retribucionismo.**

Detrás del retribucionismo, aunque no se lo diga, hay una política criminal, sólo que se la oculta sobre la base de que sólo se atiende a la dogmática y que aquella sólo dice con el surgimiento de la legislación, pero nada tiene que ver con el sistema punitivo mismo. Se pretende, por una parte, hacer creer que el poder de definir nada tiene que ver con lo definido y con los procesos de implementación de éste. Por otra, que lo definido es fundamentalmente justo y por tanto que hay un merecimiento absoluto entre hecho y pena aplicable. Es una política criminal de la autoridad intocable e inmutable, no sujeta a crítica, de ahí que encontrara su mejor expresión fundante en el positivismo del siglo XIX y que en la base de la dogmática tradicional se colocara siempre una categoría científica, aparentemente indestructible y ajena a toda discusión, la causalidad.

## **3. La prevención general negativa o intimidatoria.**

El antecedente de la prevención general positiva o integradora es ciertamente la prevención general negativa o intimidatoria. Ahora bien, una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo con base en la amenaza, en la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logran empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la pena tiene tal cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y

no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública) y no por la trascendencia del bien jurídico afectado.

#### **IV. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL DEMOCRÁTICA.**

Aparece de suyo que las políticas criminales preventivo generales y sobre todo las positivas radicales tienden a convertir el sistema penal en prima ratio y no en última ratio o extrema ratio como siempre se ha sostenido y en especial en los últimos tiempos. En efecto, si consideramos el planteamiento finalista, la política criminal se va a preocupar sólo de los desvalores de acto cuando todo el resto del ordenamiento jurídico se preocupa sólo de los desvalores de resultado, esto es, en la medida que un derecho subjetivo ha sido efectivamente violado. El sistema penal se convierte no en el vértice último del sistema de control o de sanciones, sino en la base misma de él. En ese sentido Jakobs lo lleva hasta las últimas consecuencias, pues lo esencial será la fidelidad al sistema, lo cual entonces estará en el fundamento mismo de él y sirviendo de tal a todos los demás sectores del Derecho.

Una tal concepción es propia del más marcado autoritarismo, de la creencia en la inmutabilidad fundamental del sistema y en la anticipación del mundo feliz de Huxley. Todo lo contrario de una concepción de un Estado social y democrático de Derecho, que por su esencia reconoce la existencia de desigualdades, asume las diferencias culturales, reivindica la libertad de las personas y su participación en él.

De ahí que una política criminal democrática tiene que partir reconociendo que el poder de definir no es más que una facultad del Estado, su autoconstatación, y que por tanto no hay una cuestión de legitimidad, sino simplemente que las propias personas le han otorgado un poder para ponerlo al servicio de las personas. Pero sin desconocer al mismo tiempo que tal servicio a través del ejercicio del control penal implica a su vez siempre violencia y que si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática. De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante.

Es por eso que desde un comienzo aparecen como esenciales los principios limitativos de ese poder de definir, en cuanto su transgresión implica desconocer su origen y su finalidad. Tales principios pedagógica y metodológicamente se pueden dividir en: de carácter material y formal, pero sin perder de vista que conforman una unidad inescindible. En ese sentido, desde un punto de vista material, la dignidad de la persona aparece coherentemente como el primero, en cuanto se ha de partir de su autonomía e indemnidad personal (es decir, no tutelada o absorbida por el sistema), el segundo la protección de bienes jurídicos, en cuanto ellos son propios a la persona (es decir, el reconocimiento que el control penal está al servicio de ella) y tercero la necesidad de la intervención (que recuerda la ilegitimidad de origen del control penal), en la medida en que ella puede que no sea indispensable, no sea la mejor forma o provoque mayores males. La perspectiva formal no es sino la plasmación procesal de estos principios y así hay que entender el llamado principio de legalidad de los delitos y las penas, y por eso en su base esté el **principio de conocimiento**, esto es, que las personas conozcan qué es lo que está prohibido, la norma sólo tiene un

sentido instructivo o **informador**.

Estos principios hay que entenderlos no sólo aplicables al derecho penal, sino al sistema penal en su conjunto, entendiendo por tal tanto a todos los sectores legislativos de él, como a todas sus instituciones y operadores.

Ellos, a su vez, han de plasmar las exigencias básicas de un sistema democrático, que son las de redistribución del poder penal, de favorecimiento a las libertades de las personas, de devolución a los propios participantes del poder de definir y de propiciar un control del propio poder penal.

Sólo así podremos configurar una política criminal de un Estado social y democrático de Derecho.

**Notas:**

1. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile.
2. véase de Ancel, Marc: *La Défense sociales Nouvelle*, 3a. edición, Cujas, Paris 1981.
3. Cfr. Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán* (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p.1ss.
4. Véase la crítica de Jakobs, Günther al bien jurídico: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 2a. edición, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, p. 35ss.
5. El autor que más ha contribuido en esta tendencia ha sido Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München 1992, p. 9ss.