

DOCTRINA ESTUDIOS NOTAS Y COMENTARIOS

¿ES ADECUADA LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL ESTATAL?

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

Profesor de Derecho Penal

Universidad Católica del Norte (Coquimbo)

Universidad de los Andes

Doctor en Derecho. Universidad de Navarra

I

Una de las preocupaciones de la sociedad moderna es cómo conciliar mayores espacios de libertad sin que ello signifique desproteger a la ciudadanía. Esto es, cómo, sin caer en restricciones, puede preservarse la libertad en contra de aquellos que abusan de su ejercicio. Precisamente, una de las ventajas que brinda vivir en un Estado de Derecho es la mantención y protección de estas esferas. Sin embargo, y en esto hay que ser claro, la existencia de estos espacios tiene un costo, y es la presencia de la delincuencia —que, de alguna manera, puede suponer un ejercicio desviado de la libertad—. No existen las sociedades sin delincuencia y menos aún si se vive en un Estado de Derecho. Lo importante es procurar que cada ciudadano pueda ejercer su libertad y que ésta sea protegida en caso de ser negada por actuaciones delictivas. No obstante, uno de los grandes dilemas a los que hoy se enfrentan las sociedades liberales es cómo prevenir determinados comportamientos sin caer en manifestaciones propias del Estado poli-

cial(1). Es decir, la cuestión por resolver es ¿qué mecanismos deben emplearse para tal efecto? ¿Es válido sólo el Derecho Penal?

II

La sociedad chilena percibe que se enfrenta a un fenómeno delincencial progresivo, es por ello que la seguridad ciudadana constituye una de sus preocupaciones mayores. En este contexto, *podría* estimarse legítimo que ante esta disyuntiva se exija a las autoridades que enfrenten decididamente el problema con herramientas punitivas. Lo discutible es, si ante esta "demanda de protec-

(1) Una de las misiones que hoy tiene el Derecho Penal no es sólo la de prevenir delitos, sino también de reducir la violencia estatal, esto es, aquella que proviene de las atribuciones punitivas de que está dotado el Estado. Para ello, debe ir asumiendo funciones de autolimitación respecto a su intervención punitiva, la que debe llevarse a cabo a través de constantes análisis, en los que debe valorarse si la *cantidad* de violencia guarda relación con la necesaria eficacia disuasiva. En consecuencia, si se reduce el daño social propio de las instituciones penales y con ello no aumenta la violencia social, *debe* moderarse el empleo de aquéllas. Lo anterior es una exigencia o limitación, cuya no aplicación sería inexcusable en un Estado de Derecho. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 241 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, *passim*, p. 29 y ss.; asimismo, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y Estado", *Gaceta Jurídica*, N° 194, 1996, p. 21 y ss.

ción" ¿sólo cabe responder con los instrumentos que brinda el Derecho Penal? Me temo que las autoridades han adoptado este camino —con el consiguiente riesgo de que se desnaturalicen sus fines—, que puede ser "aparentemente" efectivo —en lo inmediato— pero que a la larga puede generar consecuencias indeseadas para la propia ciudadanía (2). Y es que, en ese constante propósito de hallar la respuesta sólo en el Derecho Penal como única herramienta, el Estado más que ser eficaz sólo es efectista, pues cae en una manifestación simbólica de preocupación, que engañaría al ciudadano (3). Se le hace creer que existe un real interés político, en circunstancias de que se sabe —o al menos se intuye— que en muchos casos poco se puede esperar de él (4). Pero, "tranquiliza"

(2) Tendencia que en la dogmática se la conoce con la expresión: *huida al Derecho Penal*.

(3) Esta manifestación propia del Derecho Penal moderno ha sido especialmente resaltada por Hassemmer y en general por la Escuela de Frankfurt. Al respecto, acaba de ser traducida al español por el Área penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) la obra colectiva del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, en la que se expone la *crisis expansiva* que experimenta el Derecho penal y su *confrontación* con determinados principios garantísticos. Sobre el alcance de la función simbólica, cfr. también, algunos artículos publicados en BUSTOS RAMÍREZ (Dir), *Pena y Estado*, Santiago de Chile, 1995.

(4) ALBRECHT, "El Derecho penal en la intervención de la política populista", (trad. Robles Planas), en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 472, destaca el carácter de arma política que actualmente posee el Derecho penal. Al respecto, HERZOG, "Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo", (trad. Anarte Borralló), *Revista Penal*, Nº 4, 1999, p. 55 señala: "La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social".

a la ciudadanía, ya que no hay método más efectivo —en apariencia, claro— para demostrar el vigor del Estado que el recurso punitivo. (5)

Me temo que si se mantiene esta dinámica, quienes pierdan serán los propios ciudadanos, pues a la larga se les exigirá que para dar respuesta a esta inseguridad, deberán aceptar que se amplíen los espacios de actuación punitiva estatal, lo que conlleva, claro, reducir las esferas de libertad individual. Tarde o temprano se nos enfrentará al dilema de que si exigimos seguridad se deberá tolerar que se flexibilicen determinadas garantías propias del Estado de Derecho —así, principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad(6)—. Pasaremos así, desde un Derecho Penal con pretensiones garantistas a un Derecho de policía arbitrario e intervencionista.

Lamentablemente, algunos medios de comunicación tienen un importante grado de responsabilidad en esta expansión punitiva y en la creciente sensación de miedo que invade a la comunidad —incluso, ya se habla de la

(5) Sin embargo, no deja de ser llamativo, y digno de un mayor estudio y análisis, el creciente recurso a la seguridad *privada* para el resguardo de espacio que son *públicos*. A estas empresas de seguridad se les está exigiendo que brinden orden y protección, en desmedro de las instancias públicas. Es decir, la sociedad a pesar de *demandar* mayor seguridad al Estado, comienza a cuestionar el monopolio estatal de la violencia, reflejando así la insatisfacción ante las respuestas que brinda el Estado. La colectividad comienza a vislumbrar que éstas son puramente "simbólicas". Este es un fenómeno peligroso pues puede conllevar un claro aumento de la "violencia informal".

(6) Principio hasta ahora escasamente estudiado, pero que cumple un esencial papel limitador del *ius puniendi*. Al respecto, cfr. por todos, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999.

"sociedad del miedo"(7)–. Es sabido el esencial papel que desempeñan, sobre todo, si estamos insertos en la "era de la información". Hoy lo fundamental no es la realidad en sí, sino *cómo* ésta se transmite. Pues bien, muchas veces se nos muestra una imagen de sociedad insegura, en que prima la imposibilidad de detener el crimen –de todo orden, no sólo los delitos violentos–, que éste invade las calles sin que nadie haga nada al respecto. A ello debemos agregar la *dramatización* (cercana a lo morboso) en la exposición de las noticias. No cabe duda, de que ello afecta la percepción subjetiva, por lo que no pueden extrañarnos las exigencias de seguridad. Sin embargo, en muchos casos, estos medios asumen una actitud alarmista exhibiendo así una realidad sesgada; lo que se percibe subjetivamente no corresponde con los peligros objetivos. Ahora bien, aún más criticable es que algunas autoridades públicas avalen y proyecten esta imagen social, pues precisamente de ellos se espera otra actitud, más reflexiva y ponderada. No obstante, somos testigos de cómo algunas autoridades entregan información –a veces, de dudoso origen metodológico– que propician este clima de constante alarma y de inseguridad(8).

(7) Fenómeno que también se presenta en otras sociedades, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 26-30; ALBRECHT, "El Derecho Penal...", p. 480-481. Respecto a lo que sucede en nuestro continente, cfr. CERVINI, "Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica", *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XL, Nº 2, 1994, p. 5 y ss.; BINDER, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, 1993, 261 y ss.

(8) Se cae en una política criminal emotiva, como resalta HERZOG, "Algunos riesgos...", p. 54.

III

El Derecho penal únicamente puede legitimarse si se mantiene dentro de ciertos límites, claros y precisos(9). Teniendo presente que las penas, amén de su carácter estigmatizador, pueden afectar esferas básicas del individuo –principalmente la libertad de movilización y, en algunos casos, también la vida– su imposición debe mantener las más altas cotas garantísticas, las que jamás deben vulnerarse. Dada la estrecha relación que siempre debe existir entre un determinado sistema de imputación y las consecuencias jurídicas que de él se derivan(10), resulta indispensable –y por ello debe actuarse con especial cuidado– que, tanto en la norma penal –tarea del legislador– como en la aplicación de ésta –tarea judicial– se actúe con la máxima precisión posible, manteniéndose siempre, en ambas funciones, los criterios de proporcionalidad. Asimismo, jamás debe perderse de vista que el Derecho Penal es el último recurso, entre los medios de control social, al que debe recurrirse –*última ratio*–. Esto es, si es posible proteger a los ciudadanos a través de otros medios menos lesivos, sean judiciales o extrajudiciales, el legislador debe inhibirse de emplear los penales, dada la gravedad de éstos(11).

Sin embargo, lo que puede parecer claro e incluso, lo que *debe esperarse* en una sociedad liberal, no ocurre así. En efecto, la "praxis" legislativa se aleja cada vez más de aquellos límites, difuminando determinadas garantías y convirtiendo al Derecho penal en el primer –a veces en el único– recurso puni-

(9) Al respecto, fundamental es el trabajo de FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, Cantarero Bandrés), Madrid, 2ª ed., 1997.

(10) Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 116.

(11) En este sentido, cfr. CURY URZÚA, "Moral, seguridad, delito y pena", *Diario El Mercurio, Artes y Letras*, 5 de diciembre de 1993, p. E18 y E19.

tivo(12). Se recurre al Derecho Penal como *prima ratio*. El legislador ya ni siquiera se plantea cómo responder a las demandas de protección, sino que, lisa y llanamente, va en busca de los instrumentos propios del Derecho Penal, generando así, una peligrosa expansión. Las consecuencias de tales políticas son claras: para aplacar estas sensaciones de inseguridad y para que el sistema sea eficaz –aparentemente–, las garantías deben ser más "dúctiles" (13). Todo ello, nos conducirá a un sistema de imputación que carecerá de los fundamentos axiológicos que antes lo sustentaban. (14)

IV

Esta política criminal estatal puede apre- ciarse, y sólo a modo de ejemplo, en materia de tráfico ilícito de estupefacientes, en el ámbito político, en la esfera económica (15). Asimismo, son preocupantes los pronuncia- mientos acerca de la responsabilidad penal

(12) Se está produciendo un enfrentamiento entre dos tendencias claramente opuestas. Por un lado, el propósito de la dogmática de formular concepciones político-criminales con contenidos garantistas, aunque con algunas varia- ciones, y por otro, la práctica legislativa en la que se manifiesta una decadencia de determi- nadas garantías. En estos mismos términos, SIL- VA SÁNCHEZ, "Nuevas tendencias político- criminales y actividad jurisprudencial del Tribu- nal Supremo", *Actualidad penal*, 1996-1, p. 247 y ss.

(13) Nos encaminamos hacia una desforma- lización del Derecho Penal.

(14) Cfr. lo expuesto por PRITTWITZ, "El Dere- cho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidia- rio? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal", (trad. Castiñeira Palou), en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed), *La insoste- nible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 427 y ss.

(15) Como señala SGUBBI, *El delito como ries- go social*, (trad. Virgolini), Buenos Aires, 1998, p. 55 y ss. hay ámbitos en que el Estado pretende dirigirlo todo a través de las leyes penales.

de los menores e incluso, en las modificacio- nes a la ley que otorga la libertad provisional. Se asiste también, a un permanente ánimo de exacerbar de las penas, de ampliación de los tipos penales (16). En fin, nos encamina- mos hacia una legislación de marcada ten- dencia represiva y de carácter autoritario (17). Basta señalar las simpatías que en nuestro medio ha despertado la llamada "tolerancia cero".

Me parece que un claro ejemplo de legis- lación caótica, apresurada y fuertemente antigarantista son las actuales normas que rigen la libertad provisional, modificada recién

(16) Como alude SILVA SÁNCHEZ, *Aproxima- ción...*, p. 255, cada vez es más frecuente el empleo de conceptos vagos e imprecisos. Asimismo, HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, (trad. Muñoz Conde, Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 224-228. También es impor- tante recalcar, el peligroso recurso a los delitos de peligro abstracto que se manifiesta en el Dere- cho penal moderno. Crítico se muestra, HER- ZOG, "Límites al control penal de los riesgos so- ciales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)", (trad. Larrauri Pijoán, Pérez Álvarez), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1993, p. 317 y ss.

(17) Así, la ley Nº 19.449 de 8 de marzo de 1996, que modifica algunas disposiciones de los de- litos de robo y hurto. Muy criticable resulta, ade- más, la marcada tendencia del legislador penal de restringir la aplicación de la circunstancia atenuante del art. 11 Nº 7 del Código Penal, cuan- do, precisamente, hoy existe una clara orienta- ción político-criminal de reparación a la víctima *actual* (Cfr. Künsemüller, "Nuevos caminos de la reparación del daño en el Derecho Penal", *Gaceta Jurídica*, Nº 235, 2000, p. 20 y ss.). Inclu- so, el proyecto de Código de Procedimiento Pe- nal contiene diversas instituciones en este sen- tido. Al respecto, creo importante resaltar que existen peligrosas divergencias entre lo que pro- pone la legislación penal y las nuevas reglas procedimentales, a tal punto, que puede hacer peligrar el éxito de estas últimas. Por un lado, como se ha resaltado, tenemos un Derecho Penal con propuestas más bien represivas y, por otro lado, un Derecho Procesal Penal de corte garantista hacia el imputado y que recoge además, ideas victimológicas.

temente por ley N° 19.661 de 10 de febrero de 2000. Como es sabido, ésta surge por una fuerte crítica social hacia los Tribunales de Justicia, en el sentido de que estaban concediendo con mucha facilidad la libertad provisional. Pues bien, ante esto los legisladores procedieron a establecer presupuestos más altos para otorgarla. Sin entrar en mayores disquisiciones, pues excedería el objeto de este comentario, estimo que se estaría infringiendo el principio de presunción de inocencia y el de proporcionalidad (18). La prisión preventiva sólo es una medida cautelar personal, establecida respecto de un inculcado durante su proceso —en consecuencia, antes de ser condenado—, que por ser la más grave debe tener un carácter excepcional. Por lo tanto, sólo debe imponerse cuando sea absolutamente imprescindible y en la medida que sea proporcionada a la ofensa cometida. Sin embargo, la nueva ley impone requisitos que dificultan enormemente el otorgamiento de la libertad provisional, que en nada dicen relación con el hecho cometido, introduciendo así, elementos distorsionadores de lo que se pretende a través de la prisión preventiva. Por otro lado, conceptos como la alarma social imponen al juzgador efectuar juicios de valor, en los que jamás pueden faltar consideraciones de proporcionalidad, las que, sin embargo, se ven alteradas por la rigidez de la norma. En definitiva, no debe olvidarse que la libertad es un derecho fundamental, por tanto, su restricción debe ser excepcional, sobre todo, si se está hablando de un inculcado, respecto de quien debe primar siempre la presunción de inocencia.

En materia de tráfico ilícito de estupefacientes es indispensable distinguir entre el microtráfico y el macrotráfico, pues seguir manteniendo la normativa en los actuales términos, supone infringir abiertamente el principio de proporcionalidad. Y es que ambos comportamientos no afectan de la misma for-

ma el bien jurídico salud pública. El desvalor contenido en cada uno no es de la misma entidad. Por tal razón, puede resultar, incluso, discutible que los supuestos de microtráfico reciban sanción penal, si se considera que éstos, desde una perspectiva jurídico-penal no ponen en peligro a la salud pública.

Otros ejemplos en los que puede apreciarse una peligrosa tendencia hacia una "flexibilización" garantística, con fuertes connotaciones represivas, son los que dicen relación a conductas en la esfera política y a la llamada delincuencia económica. Parece vislumbrarse que la sociedad no "tolera" que ciertos segmentos de la población, considerados *poderosos* —sea en el campo político o económico— puedan quedar, por determinadas actuaciones, al margen del Derecho Penal y por ello demanda su criminalización. Sin embargo, en muchos de estos supuestos recurrir al sistema jurídico penal pasaría por reducir algunos imperativos garantísticos sobre los cuales se asienta. Incluso, ya se habla de que basta para atribuir responsabilidad penal una causalidad general o de meras pruebas estadísticas. Afirmar lo anterior, nos llevaría a una alteración de las cargas de la prueba, afectándose así, las reglas de la imputación individual, que es el pilar insustituible de un Derecho Penal garantista. Lo anterior no puede admitirse, aunque lamentablemente se camina hacia ello. (19)

V

El que la "praxis" legislativa haya consentido este fenómeno expansivo de los instrumentos propios del Derecho Penal, resulta, a mi modo de ver, muy criticable, pues puede dar lugar a peligrosas consecuencias. Una de ellas, y quizás la más grave, es que se le

(18) Cfr. con detalle, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, p. 100 y ss.; cfr. también, BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1993, pp. 198-204.

(19) Así, los llamados delitos de acumulación. Al respecto, *vid.* mi crítica a este tipo de construcciones, en "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supra-individuales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27/N° 1, 2000, pp. 142-145.

está atribuyendo el papel de *único sostenedor y consolidador de valores éticos*. Se le ha ido otorgando una función promocional —de pedagogía social— de determinados valores, estimados necesarios para la consecución de ciertos objetivos de organización social. Si se mantiene lo anterior, la opinión pública llegará a "confundir" el contenido del Derecho Penal con proposiciones valorativas. Esto es, para la colectividad éstas sólo podrán "afirmarse" si el Derecho Penal se ha pronunciado al respecto. Claramente, ésta no es la función que le corresponde, lo que va en desmedro de otras instancias de control social, tanto jurídicas como extrajurídicas, que sí tienen mucho que decir al respecto. Es preciso reconducir al Derecho Penal a sus cauces tradicionales de última ratio, respetando siempre los límites garantísticos.

Resulta necesario como sociedad que busquemos otros medios de control y de re-

gulación, distintos al Derecho Penal, pues a éste no le compete *crear* la estabilidad social. Basta ya de sostener que sólo a él le cabe mantener la paz social. Apreciarlo así, generará a futuro graves riesgos y conflictos sociales destructivos. Además, si se *entrega* al Derecho Penal la misión de regular los procesos sociales y de orientar moralmente, es decir, un ordenamiento jurídico en constante "intromisión" en las esferas sociales, *impedirá* el rol que le corresponde sólo a los individuos —o al menos de forma preponderante— en cuanto a asumir procesos de autorregulación. (20)

(20) Como expone HERZOG, "Algunos riesgos...", p. 56, para qué asumirlos, si total el Estado se preocupará de resolver los asuntos sociales a través de una norma penal.