

LA LEGITIMACIÓN SOCIAL DE LAS LEYES PENALES: LÍMITES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
Universidad Austral de Chile*

RESUMEN: Las decisiones político criminales deben estar precedidas de la previa posesión de la información sobre la realidad social y en la auto-consciente decisión tomada en base a esa información. Junto con la necesidad de acudir a estudios empíricos, otro criterio de racionalización del proceso de legitimación de las normas penales radica en la necesidad de que esta aproximación empírica aborde de la manera más completa y exhaustiva posible la realidad social. Tres son los ámbitos sociales que debería abordar un adecuado proceso de legitimación de una ley penal: el impacto social de la criminalidad, los efectos deseados o no de la criminalización y el grado de socialización del conflicto social. Ahora bien, debido a diversos factores, tanto estructurales como contingentes, la legitimación social de las leyes penales se encuentra limitada a la hora de acceder a la realidad criminal. Esta situación hace que la legitimación social de las leyes penales no se pueda abstraer de cierta intuición, deficiencia que deber ser mitigada por la legitimación ética y discursiva.

Palabras clave: Teoría de la legislación penal - Legitimación social de la norma penal.

* Profesor de Derecho penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Dirección postal, Isla Teja s/n, Valdivia, Chile. Correo electrónico, josefernandez@uach.cl. Investigación realizada en el seno del Proyecto FONDECYT 1085076.

Social Legitimization of Criminal Laws: Limits and Scope of Application

Abstract: The criminal political decisions must previously count on the possession of the information about the social reality and the self-conscious decision made on the basis of that information. Together with the need of empirical studies, another criterion of rationalization of the process of legitimization of criminal regulations lies in the need that this empirical approach thoroughly includes the social reality. Three are the social areas that an adequate process of legitimization of a criminal law should include: the social impact of criminality, the wanted and unwanted effects of criminalization, and the degree of socialization of the social conflict. However, due to different factors, not only structural but also contingent, the social legitimization of criminal laws is limited when it comes to the application of social reality. This situation makes leaving aside certain intuition in the social legitimization of criminal laws impossible. This deficiency has to be mitigated by the ethical and discursive legitimization.

Theory of the criminal legislation - Social legitimization of criminal regulations.

I. Introducción

El principal problema que plantea el desarrollo de unos criterios de racionalización normativa en la fase de creación de las leyes penales radica en su delimitación y relación con la política criminal en sentido estricto, es decir, con los órganos que, directa o indirectamente, tienen competencia legislativa. Las diferentes aproximaciones críticas y modelos de racionalización de la legislación penal tienden a confundir dos planos o momentos que, si bien como toda obra humana se encuentran irresolublemente conectados, conviene separar a efectos descriptivos, metodológicos y político criminales¹.

En la configuración de las normas y, en especial, las de naturaleza penal, debido a su función esencialmente restrictiva de los derechos fundamentales y a su indudable connotación social, se pueden apreciar dos procesos: por una parte, tenemos el proceso de legiti-

¹ Sobre esta problemática y los diferentes enfoques sobre la ciencia de la legislación, véase, Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), pp. 275-313.

mación de las leyes, es decir, las razones aducidas por los órganos políticos para acudir al derecho penal como medio de control social; y por otra, el proceso de elaboración de las leyes penales propiamente tal, a saber, el proceso donde los políticos conviven con un variopinto grupo de expertos que contribuyen en algunos de sus aspectos, como por ejemplo, su viabilidad económica, sistematicidad normativa o impacto social. Precisamente, es en este último donde debe centrarse la teoría de la legislación. Si queremos construir un modelo o teoría sobre la legislación debemos tomar como presupuesto la decisión política de criminalizar un conflicto social. Si no separamos estos dos momentos volvemos a caer en el peligro de entrar en el ámbito político donde, no sólo se plantean problemas de legitimidad, sino que nuestra modesta aportación como dogmáticos perderá consistencia y virtualidad práctica. Por tanto, una decisión político criminal constituye el axioma dogmático de donde debe partir la teoría de la legislación.

Esta separación entre la decisión y elaboración en el proceso de creación de las leyes penales no significa una exclusión de la dogmática en la legitimación de las decisiones políticas. De hecho, estas dos fases se encuentran estrechamente relacionadas y ambas pueden y deben ser sometidas a un proceso de racionalización. Así por una parte, el proceso de legitimación de las leyes penales debe estar sujeto a unas reglas o principios, para así, facilitar no sólo su posterior elaboración, sino también su ulterior interpretación y aplicación; y por otra parte, los criterios de racionalización en la elaboración de las normas penales está constantemente supeditada al proceso de legitimación, principalmente, por la coincidencia en el órganos decisorios (gobierno y parlamento). A mayor abundamiento, al contrario de lo que sucede con la dogmática interpretativa que para su aplicación se parte de un axioma estático (la norma), la decisión política criminal constituye un axioma dinámico que, hasta la promulgación o vigencia de la norma, se encuentra en un constante proceso de cambio. Pero esta inestabilidad axiomática no constituye un obstáculo para mantener que la teoría de la legislación debe encontrarse supeditada al proceso de legitimación. En otras palabras, la teoría de la legislación penal no debe equiparse por completo con la política criminal², aunque ambas deben estar sometidas, como hemos dicho, a unos criterios de racionalización. A modo ilustrativo un modelo general de racionalización del derecho penal contaría con las siguientes etapas: el

² VOGEL, Joachim, «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft. Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (Berlin - New York, de Gruyter, 2001), p. 107.

proceso de legitimación de la decisión político criminal, el de elaboración de las leyes penales, el de interpretación y el de aplicación o ejecución y, transversalmente, el de racionalización constitucional.

Las razones que inciden en la formación de una decisión político criminal pueden ser de muy variada naturaleza, algunas confesables y otras no, pero su exteriorización o justificación suele hacer referencia a alguno o algunos de estos tres aspectos: la realidad social, su adecuación a ciertos principios éticos y su aceptación por parte de sus destinatarios. Este proceso de justificación o legitimación de las leyes constituye, en terminología penal, el proceso de formación de bienes jurídicos: los discursos éticos, sociales y democráticos constituyen las fuentes de formación de los bienes jurídicos penales.

El proceso de legitimación de una norma penal, desde una perspectiva dinámica, puede fundamentarse exclusivamente por cualquiera de estos discursos legitimantes o centrarse en uno de ellos relegando los restantes a un segundo plano; pero desde una perspectiva normativa, a la vez respetuosa con la libertad epistemológica de los diferentes órganos decisorios en la creación de las normas penales, la inclusión de las tres legitimaciones constituye uno de los primeros criterios de racionalización de las leyes penales como presupuesto previo para su posterior proceso de creación, interpretación y aplicación. El primer contexto de racionalidad normativa que debemos aplicar al proceso de legitimación es encuadrarlo en el Estado de derecho social y democrático. El discurso político criminal, desde el advenimiento del Estado constitucional, ya no está completamente en las manos de los sujetos jurídicos elegir el medio en que quieren realizar su autonomía. Esto supone que el debate político criminal debe tomar en consideración los tres presupuestos anteriormente mencionados: el debate ético (Estado de Derecho), las consecuencias sociales derivadas tanto de la disfunción social como del propio modelo penal (el Estado social) y el debate articulado a través de procesos discursivos (el Estado democrático). Estos presupuestos no constituyen ningún capricho dogmático, sino que toman como referencia expresiones coloquiales tales como: «esta norma es o no justa», «tenemos que hacer algo ante este problema» o «la mayoría de nosotros pensamos así».

Una deficiente legitimación ética, social o democrática puede derivar en un efecto indeseado. A modo de ejemplo: una falta de legitimación democrática o social puede derivar en una ley simbólica³ o una ley autoritaria puede tener como causa una deficiente legitimación ética.

³ En el mismo sentido, Vogel, cit. (n. 2), p. 115.

Como cualquier propuesta en el ámbito de las ciencias sociales estos presupuestos se encuentran en una estrecha relación dinámica. A modo de ejemplo, el debate ético parte de problemas sociales concretos, así, por ejemplo, la bioética se hace cargo del conflicto que ha generado el desarrollo de la ciencia en la delimitación de la autonomía privada; a la vez los propios debates éticos están impregnados de pretensiones democráticas (universalizadoras); el estudio empírico social no puede desligarse de las cuestiones éticas, hasta tal punto de fundamentar una propia razón práctica (la ética tecnológica); y los procesos discursivos de legitimación, por ejemplo, los elaborados por los medios de comunicación, constituyen realidades sociales tan reales como las descritas por las ciencias naturales.

En un estudio anterior se ha realizado una pequeña aproximación de la legitimación ética desde la perspectiva de la ética discursiva. A modo resumen las conclusiones de la citada investigación podemos resumir en las siguientes:

a) El carácter esencialmente formal de la ética discursiva, su concepción de la razón práctica establecida argumentativamente, su pretensión de armonizar la tensión entre validez y facticidad y, en especial, sus presupuestos comunicativos constituyen aspectos esenciales en proceso de legitimación (racional) de las leyes penales.

b) Ahora bien, esta propuesta ética debe hacerse cargo de ciertas peculiaridades relacionadas con la cuestión penal, a saber: su estructural naturaleza discriminatoria; la deficiente pluralidad, quizá también estructural, en el debate político criminal; los procesos de dominación a través del discurso; y la necesidad de incorporar el principio del daño al proceso de legitimación penal.

c) De lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión de la necesidad de retomar y reafirmar el principio ético del Estado de bienestar en el ámbito político criminal: la obligación del Estado y, por tanto de las leyes penales, de mitigar la discriminación penal tanto en el orden social como discursivo⁴.

Las materias necesitadas de regulación, de ningún modo plantean solamente cuestiones morales, sino que tocan también aspectos empíricos, así como aspectos atinentes a la opinión y aceptación de los diferentes actores afectados por esa regulación. De ahí también que la formación de la opinión y la voluntad del legislador democrá-

⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «La legitimación de las leyes penales y teoría de la legislación, reflexiones desde la ética procedimental», en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXII, núm. 2, 2009, pp.161-183.

tico dependan, no solamente de discursos morales, sino también de la propia realidad social que pretende regular y de una ramificada red de discursos y negociaciones destinados a aglutinar un consenso por parte de los destinatarios de las normas. En el presente estudio abordaremos las cuestiones atinentes a la legitimación social, postergando para una posterior publicación las cuestiones relativas a la legitimación democrática de las leyes penales.

El delito no constituye exclusivamente un comportamiento individual, sino que estamos ante una conducta que despliega unos importantes efectos sociales. Por tanto, el contexto social donde se desarrolla este conflicto constituye un presupuesto necesario para una adecuada y racional teoría de la legislación.

La necesidad de aproximarse a la realidad social conecta directamente con el principio moral de no-maleficiencia⁵: la prohibición de causar un daño sin consentimiento válido exige una aproximación empírica de la realidad. La pretensión de resolver problemas prácticos exige conocer el contexto social donde se va aplicar la norma penal.

El proceso de legitimación de las leyes acude normalmente a la realidad social para justificar una determinada medida penal. De hecho, desde una perspectiva dinámica la realidad social suele constituir el punto de partida de cualquier decisión político criminal. Esta aproximación a la realidad puede realizarse de diversas maneras, como por ejemplo, a través de la intuición o de experiencias personales o de un determinado grupo, pero desde la perspectiva de la teoría de la legislación esta aproximación social debe sustentarse en un previo estudio empírico-social. Por tanto, estamos ante un nuevo contexto de racionalización del proceso de legitimación de las leyes penales: las decisiones político criminales deben sustentarse en la previa posesión de la información sobre la realidad social y en la auto-consciente decisión tomada en base a esa información⁶.

El principio de correspondencia con la realidad constituye uno de los principios penales estructurales de la política criminal. Estamos ante uno de los principios de racionalidad derivados de la modernidad, donde frente actitudes morales similares a consideraciones religiosas o mágicas ya superadas, predomina una aproximación empírica en el conocimiento de las relaciones sociales. Por tanto, el

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, cit. (n. 4).

⁶ BURDICK, Eugene, «Political Theory and the Voting Studies», en Burdick, E. - Brodbeck, A. (editores), *American Voting Behaviour* (Free Press, 1959), p. 139, citado por Martínez, John, Rational Legislating, en *Stetson Law Review* 34, p. 551, nota 7.

principio de correspondencia con la realidad constituye una de las características fundamentales de la modernidad⁷. A lo anterior, podemos añadir que, desde una concepción social-demócrata a la hora de abordar las cuestiones prácticas, el conocimiento de la realidad penal constituye, además, un presupuesto para la aplicación del principio ético destinado a mitigar la discriminación estructural penal.

II. Criminología y realidad social

La importancia de legitimar las leyes penales en consideraciones de dañosidad social viene avalada por el desarrollo de la Ciencia criminológica. De hecho, no existe otra rama del ordenamiento jurídico que posea una ciencia auxiliar con el mismo desarrollo e influencia en las decisiones políticas.

La Criminología ha experimentado en últimos treinta años un tremendo crecimiento, alejándose de su inicial pretensión de generalización, especialmente, respecto de la etiología criminal. Las teorías y sus metodologías ya no pretende descubrir y explicar las causas universales para todo tipo de delitos y de delincuentes, por el contrario, tienden a modificarse en atención a diferentes tipologías criminales, como los delitos socio-económicos, o, incluso, si resulta necesario desarrolla teorías especiales para tipos especiales de delincuentes, como es el caso de los hombres frente a las mujeres. También ha avanzado en las técnicas de medición del delito y su armonización de la estadística criminal a nivel supranacional.

La actividad principal de la Criminología se centra en el estudio de la etiología del crimen, sin embargo, también está interesada en las posibles formas de responder frente al delito y en los efectos que producen los diferentes modelos de control social, especialmente, el penal. Otras cuestiones objeto de la Criminología es el proceso dinámico de elaboración de las leyes penales, estudio, en este caso, compartido con la sociología jurídica.

Aunque la Criminología se justifica por el simple hecho de contestar a la inquietud de cómo y por qué ciertas personas cometen delitos, siempre le ha acompañado una preocupación pragmática: su control y prevención⁸. Los estudios criminológicos sugieren que los esfuerzos por controlar el delito tienen éxito en la medida en que afrontan las causas del delito.

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), p. 145.

Sutherland definió la Criminología como el estudio de proceso global de creación, transgresión y aplicación de la ley (penal)⁹. De ahí, y de acuerdo con Akers podemos establecer dos tipos de teorías criminológicas. Las teorías de creación y aplicación de las leyes penales y las teorías de transgresión de la ley. Estas últimas, coinciden con los estudio etiológicos de la criminalidad, por el contrario, las primeras, también denominadas como teorías de justicia criminal, intentan describir porqué tenemos unas determinadas leyes penales y cómo opera el sistema policial y de justicia. También, estudia los recursos sociales para ejercer presión contra estas conductas. Estas teorías de creación y aplicación de las leyes penales, por tanto, intentan responder a estas cuestiones proponiendo qué variables sociales, políticas y económicas afectan en la creación y aplicación del derecho¹⁰. Esto no significa que la Criminología se encuentre supeditada a consideraciones filosóficas y pragmáticas sobre cómo debería ser el sistema legal. Cuestiones como, por ejemplo, si debemos aumentar las penas o aplicar medidas de rehabilitación no constituyen argumentos criminológicos. La Criminología intenta explicar las conductas de los participantes en el sistema legal, describiendo las variables que les afectan. La relación podemos ejemplificarla de la siguiente manera: la teoría del conflicto establece como una de sus hipótesis la importancia de factores como la raza, clase y sexo en la creación y aplicación del derecho penal. Esta hipótesis genera un conflicto político criminal, ya que nuestro sistema de derecho prohíbe estos factores y, por el contrario, establece como parámetro el hecho cometido con independencia de consideraciones personales del autor del delito. Esta hipótesis, en cambio, en el ámbito de la Criminología se mueve en el terreno de la refutación científica¹¹.

La Criminología, aunque relacionada estrechamente con la política criminal tiene un estatus independiente, especialmente, debido al método científico que debe aplicar. Como conocimiento científico aplicado a las relaciones sociales aspira también a superar el sentido común político criminal. Por ejemplo, ante un aumento de la delincuencia ciertos sectores sociales y políticos pueden demandar un aumento de la presión penal. Esta relación lógica, sustentada en corrientes iusfilosófi-

⁸ SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología* (4^o edición, Madrid, Dykinson, 2005), p. 40.

⁹ SUTHERLAND, Edwin, *Principles of Criminology* (4^o edición, Philadelphia, Lippincott, 1947), p. 36.

¹⁰ AKERS, Roland, *Criminological Theories. Introduction, Evaluation and Application*, 3^oed., California, Roxbury, 2002), pp. 2-3.

¹¹ AKERS, cit. (n. 8), p. 3.

cas o en la mera aquiescencia de los representantes políticos, de los medios de comunicación o de la mayoría de la ciudadanía, no resulta suficiente para la Criminología, a lo sumo estamos ante una hipótesis sujeta a verificación científica. De hecho, una de las preocupaciones que se suscita en el seno de la Criminología radica en el exceso de confianza que genera, no en los propios criminólogos, sino en sus destinatarios (la opinión pública y los responsables políticos)¹². Es en este punto, donde podemos apreciar una tensión con la legitimación democrática.

Un ejemplo interesante de esta tensión entre los estudios criminólogos y sus repercusiones en la legitimación democrática (discursiva) es la contradicción entre las estadísticas criminales y el sentimiento de inseguridad ciudadana. Parece ser que en el derecho comparado las estadísticas criminales muestran un descenso en la criminalidad, mientras que el sentimiento de inseguridad ciudadana crece exponencialmente. Doce de los diecisiete países más industrializados entre los años 1993 y 1995 -coincidentes con el periodo de mayores tasas de inseguridad ciudadana- la delincuencia disminuyó. Así, en EE.UU. el porcentaje de homicidios descendió un 36% desde 1991 a 1998¹³. Ahora bien, y como veremos con posterioridad, debemos poner de relieve que, aunque las primeras poseen un mayor grado de objetividad, también se ven condicionadas por el decisionismo estatal y por una limitada aproximación a la realidad social, especialmente, debido a los altos porcentajes de criminalidad oscura.

La Criminología describe y explica la realidad concediendo una importancia decisiva a la observación, como por ejemplo, las entrevistas, estadísticas, la observación participante, los cuestionarios de autoinforme, etc. Aspira a ser objetiva, en el sentido de la búsqueda de la verdad y de que sus propuestas sean independientes de los puntos de vista de quienes las hacen. De este modo, la Criminología confía en la existencia de un mundo real independiente de los sujetos¹⁴. Pretende, por tanto, a estar libre de valores, éstos, en principio, tienen su ámbito de aplicación en la legitimación ética y propiamente discursiva. Una legitimación social fundamenta en los valores del investigador o de la agencia patrocinante suele tener consecuencias

¹² Por todos, Serrano Maíllo, cit. (n. 8), pp. 31-32.

¹³ YOUNG, Jock, «The Extent of Crime», en www.malcolmread.co.uk/JockYoung/the_extent_of_crime.pdf [visitado el 9 de septiembre de 2009].

¹⁴ POPPER explica esta aparente contradicción de la siguiente manera, aunque no se puedan tener absoluta certeza de un hecho empírico, el hecho de que sea sometido a refutación supone que se ha tocado la realidad, de lo cual se infiere que ésta existe. POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (4ª edición, traducción de Mínguez, Néstor, Barcelona, Paidós, 2001, p. 152.

desastrosa. Ahora bien, el conocimiento criminológico debido a su carácter descriptivo y comprensivo de la realidad es siempre tentativo, provisional y con gran margen de error y a la vez sus conclusiones nunca serán sencillas y casi nunca carecerán de efectos secundarios. Así, la Criminología se caracteriza por ser muy exigentes en sus procedimientos y muy modesta en sus conclusiones¹⁵.

1. Límites al conocimiento de la realidad criminal: las estadísticas criminales.

La necesidad de acudir a la realidad a través del conocimiento científico resulta imprescindible para una adecuada legitimación social de una ley penal. Ahora bien, la Criminología contiene una serie de limitaciones para conocer tanto la realidad criminal como los efectos que produce una determinada política criminal. A continuación mencionaremos algunas limitaciones que se presentan a la hora de aproximarse al conocimiento de la realidad social a través de la Ciencia criminología, prestando especial atención a aquéllas referidas a los instrumentos de medición del delito.

La primera limitación radica en sus propias restricciones estructurales o epistemológicas, de las cuales podemos destacar tres: la primera, referida al limitado conocimiento humano a la hora de acceder a la realidad social; la segunda, la limitada asignación de recursos, especialmente escasos en este ámbito, que incide directamente en las posibilidades de cualquier estudio criminológico; y la tercera, acotada a las ciencias sociales, se deriva del hecho de que Criminología es una ciencia construida en un mundo de hechos políticamente delimitado. Desde una concepción neokantiana: un acto de poder político señala el límite epistemológico de la criminología.

Respecto a esta última limitación estructural, las agencias estatales o privadas que patrocinan un estudio criminológico asignan prioridades en los aspectos de la realidad social de acuerdo a sus propios intereses que, en último término, puede derivar en la manipulación, especialmente, respecto de las estadísticas criminales. En el caso chileno desde el gobierno se enfatiza que Chile detenta la mejor calidad de seguridad regional, con las tasas de homicidios más bajas y los niveles delictivos menos violentos. Por otro lado, la oposición política rescata el empeoramiento de la situación y la presencia de algunos datos que muestran al país en condiciones menos favorables. Dam-

¹⁵ Por todos, Serrano Maíllo, cit. (n. 8), p. 44.

mert, afirma que «la realización de comparaciones internacionales es más bien difícil y de limitado impacto debido a la precaria calidad de los datos y las divergencias metodológicas. Por ende, afirmar cualquiera de las dos posiciones se basa en argumentos más políticos que en una evidencia empírica seria»¹⁶.

La segunda cuestión que limita el conocimiento de la realidad social radica en si resulta realmente posible una ciencia de la Criminología ausente de valores. Si bien, los valores no deben sustituir al método científico como mecanismo de aproximación a la realidad, resulta problemática una Criminología científica carentes de éstos. Como manifiesta Mayer «en realidad, estas controversias son la concreción de dos posturas irreconciliables existentes en el seno del debate metodológico en la investigación social: ¿es posible efectuar cualquier tipo de investigación sin estar ligado a ningún juicio de valor a priori? y ¿es posible obtener conocimiento a partir de los datos puramente empíricos sin utilizar ninguna categoría o experiencia preconcebida?»¹⁷. Por lo que respecta a la segunda pregunta, entendemos que, incluso desde la metodología positivista, los juicios de valor son necesarios o, al menos inevitables, en el proceso de selección de objetos y en las preguntas que habrán de investigarse (contexto del descubrimiento), prohibiéndolos en el «contexto de la justificación». En cuanto a la primera pregunta, de acuerdo con la epistemología de tradición kantiana, se niega la posibilidad de un conocimiento puro sobre la realidad social¹⁸. A lo anterior, añadimos que resulta igualmente paradójico que los estudios criminológicos con una pretensión expresa de ausencia de valoraciones puedan derivar, en último término, en una concepción excluyente de la razón práctica, es decir, que las decisiones morales dependen exclusivamente de la realidad y de los instrumentos de control técnicamente más propicios para los fines político criminalesl.

Las teorías o investigaciones con implicaciones sociales, como es el caso de la Criminología, inevitablemente se ven afectadas por las propias vivencias y concepciones del mundo del propio investigador. De acuerdo con Goulter, toda investigación sobre conflictos sociales pretende demostrar científicamente una serie de proposiciones

¹⁶DAMMERT, Lucía, Chile, «¿El país más seguro de América Latina?» en *Flasco*, Serie Documentos Electrónicos (programa seguridad y ciudadanía), N° 2 (mayo de 2009), p. 2.

¹⁷MEYER, Michael, «Entre la teoría, el método y la política, la ubicación de los enfoques relacionados con el ACD» [análisis crítico del discurso], en *Métodos de análisis crítico del discurso* (Madrid, Gedisa, 2003, pp. 38-39.

¹⁸MEYER, cit. (n. 15), p. 40.

articuladas o lógico-materiales. Así, por ejemplo, en el caso de las teorías neoclásicas parten de la racionalidad del delincuente, demostrada a través de los instrumentos de microeconómicos, para fundamentar sus propuestas de prevención del delito. Pero a la vez, toda investigación social contiene una serie de proposiciones que no se apoyan en un sistema lógico material. Nos referimos al inevitable reflejo de las vivencias e ideología del investigador, que sin duda, influyen en la elección del tema de investigación y en su posterior estudio. Pero, a mi entender lo más novedoso de la comprensión y aceptación de una teoría social, radica en la propia participación del lector o destinatario, ya que no sólo la aceptará o rechazará por la validez de las proposiciones lógico-formales, sino que también influirán sus propias vivencias y manera de entender el mundo¹⁹. Véase, por ejemplo, como en los años 60 y 70 la teoría del «Labeling approach» tuvo una gran aceptación, sin duda, debido a la difusión de ciertas corrientes ideológicas y culturales, y por el contrario, en nuestros días las reformulaciones criminológicas de la Escuela clásica se ve favorecida por discurso cimentado en posiciones neoliberales²⁰.

Por tanto, puede suceder que no exista audiencia interesada en conocer los resultados empíricos, tanto respecto del impacto social de la criminalidad como de la propia criminalización. Así, el rol de Criminología con una perspectiva pragmática no sólo debe ofrecer evidencias empíricas sino también hacerlas accesibles a los órganos decisivos («policy makers») y al público en general.

2. La medición del delito y realidad social

Los instrumentos utilizados por la Criminología a la hora de acceder la realidad se ciñen, normalmente, a las estadísticas oficiales, las encuestas de victimización y los estudios de autoinforme, aunque también se puede recibir información valiosa recopilada por otras agencias, como hospitales, centro de asistencia de mujeres maltratadas, etc. La regularidad de las estadísticas criminales, hecho que asombró ya a las primeras estadísticas criminales realizadas en Francia en el primer tercio del siglo XIX, constituye uno de los principales

¹⁹ GOULDNER, Alvin W., *The Coming Crisis of Western Sociology* (New York, Basic, 1970). Véase, en el ámbito criminológico: Paternoster, Raimond - Bachman, Ronet, «The Structure and Relevance of Theory in Criminology», en Paternoster, Raimond - Bachman, Ronet (coordinadores), *Explaining Criminals and Crime* (Los Ángeles, California, Roxbury, 2001), pp. 4-7.

²⁰ PATERNOSTER, RAIMOND - BACHMAN, RONET, cit. (n. 17), pp. 7-8.

argumentos para la confianza que se tiene en ellas. Así, la teoría clásica proponía en esa época el libre albedrío como única causa del delito, y lo lógico es que las mediciones del delito variaran enormemente de un año a otro, pero sorprendentemente se constató una regularidad en las conductas desviadas.

Ahora bien, las técnicas de medición del delito tampoco son ajenas a las limitaciones a la hora de acceder a la realidad social. De hecho, una de las mayores controversias de la Criminología radica sobre el valor e interpretación de las estadísticas criminales

La medición de delito puede verse alterada por una constelación variopinta de factores. Algunos están relacionados con aspectos metodológicos, como el diseño de la recopilación de datos y el tratamiento de los denominados datos perdidos, en especial, los derivados de encuestas parcialmente contestadas. A modo de ejemplo, una encuesta no desagregada entre hombres y mujeres sobre el acoso sexual puede generar unos resultados muy alejados de la realidad social. Además, se reflejan con especial intensidad las limitaciones estructurales a las que se ve sometida con carácter general la Ciencia criminológica. Así, en cuanto a las estadísticas oficiales, sin entrar en sus carencias metodológicas, se encuentra mediatizadas por decisiones políticas (qué se denuncia, investiga y procesa judicialmente) que hacen que los datos sean inevitablemente segados.

Pero el problema más grave que encuentra la Criminología a la hora de cuantificar la realidad criminal es que no todos los delitos pasan a formar parte de las estadísticas criminales. Estamos ante las denominadas cifras de criminalidad oscura²¹. Tomando como punto de partida la sistematización de Serrano Gómez podemos diferenciar entre la cifra oscura, en la que el delito, aunque se conoce su existencia, no se registra porque no hay denuncia o porque no hay pruebas; y la criminalidad oculta, donde o bien se desconoce que se ha producido un delito o bien existen intereses por parte de la víctima, grupos sociales o las propias agencias del control del delito de que éste permanezca oculto²². Las tasas de criminalidad oscura son realmente altas. Por ejemplo, la British Crime Survey en el año 2000 estimó que el 77% de la criminalidad no era conocida por las agencias policiales y judiciales. Por esta razón, una de las principales tareas de la estadística criminal no radica en cuantificar y analizar los delitos

²¹ ADOLPHE QUETELET, ya en 1830, fue el primer autor que detectó esta deficiencia en la medición del delito, citado por Serrano Maíllo, cit. (n. 8), p. 153.

²² SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *El costo del delito y sus víctimas* (Madrid, Uned, 1986), pp. 21, 47 y 52-71.

detectados por el Estado, sino estimar qué delitos y en qué cantidad son los que componen la criminalidad oscura. Si los niveles de crímenes no registrados varían en el tiempo, entonces las estadísticas oficiales reflejan parcialmente la realidad criminal y los modelos criminológicos aducirán de una estructural deficiencia a la hora de ser testados²³.

Las causas de la criminalidad oscura son de muy variada naturaleza. En primer lugar se destacan las valoraciones entre costes y beneficios, en especial, entre la gravedad del incidente o el daño que ha generado la comisión del delito y la percepción sobre la utilidad de la denuncia. En segundo lugar, un cambio en las prácticas estadísticas puede influenciar en un mayor o menor grado de criminalidad oscura. Así por ejemplo, uno de los posibles sesgos en el aumento de la criminalidad en Chile puede ser debido a la mejora de los sistemas de registro como por la presencia de una mayor confianza ciudadana hacia el quehacer institucional, lo cual incidiría en los mayores niveles de denuncia. Resulta necesario recordar que recién en el año 1999 el Ministerio del Interior empezó a realizar un proceso de homologación de los datos entregados por las policías con relación a los delitos considerados de mayor connotación social (DMCS). Estos delitos corresponden a un porcentaje inferior a la mitad de todas las denuncias recibidas por las policías, lo que desde ya muestra la necesidad de avanzar en el análisis más global del fenómeno²⁴.

En tercer lugar, factores socio-económicos como, por ejemplo, un mayor número de ingresos económicos conlleva a una menor probabilidad de ser víctima de un delito y, por tanto, existen más posibilidades de reportar un delito, debido a una perfección subjetiva del daño producido y de la presunción de una mayor eficacia en la persecución del delito.

En cuarto lugar, las diferencias culturales y étnicas pueden afectar a las tasas de criminalidad oscura, como por ejemplo, la pertenencia a grupos marginales que tienen una percepción negativa de la po-

²³ MACDONALD entiende que las divergencias entre la criminalidad registrada y la criminalidad real no es aleatoria sino sistemática. Así, suponiendo que el desempleo, por ejemplo, conlleva un aumento de las tasas de delincuencia real, este aumento será menor en el caso de las tasas de delincuencia registrada, y por tanto, la relación entre ambas no es aleatoria: Macdonald, Ziggy, «Revisiting the Dark Figure. A Microeconomic Analysis of the Under-Reporting of Property Crime and its Implications», en *British Journal of Criminology*, núm.41, p. 128.

²⁴ DAMMERT, cit. (n. 19), p. 3. En todo caso, la citada autora manifiesta que resulta evidente que las tendencias muestran un empeoramiento de la situación delictual.

licía²⁵. En quinto lugar, las relaciones entre la víctima y el agresor pueden jugar un papel fundamental. Esta situación concurre, como es bien conocido, respecto de la mayoría de los delitos contra la libertad sexual.

En sexto lugar, también resulta relevante la actividad, relaciones y actitudes de las agencias de persecución e investigación (policía y ministerio público). Así, podemos destacar, por ejemplo, su cercanía con los ciudadanos y su comportamiento ante ciertos delitos, como por ejemplo, los delitos de robos y hurtos, donde se puede percibir una mayor pasividad a la hora de investigarlos; los medios materiales, número de policías y fiscales y su preparación profesional; y recientemente con la incorporación de los modelos de gestión- las denominadas metas de gestión- pueden también contribuir a distorsionar la realidad criminal, en el sentido de que con el fin de cumplir con estas metas de gestión se produzca en un determinado período de tiempo un crecimiento o descenso de la delincuencia detectada.

En sexto lugar, los limitados recursos económicos y la limitada atención de los medios de comunicación y de los ciudadanos ante los asuntos públicos fomentan una competencia o lucha por dirigir los estudios criminológicos hacia una determinada dirección. Así, por ejemplo, los movimientos feministas pueden reclamar una mayor atención sobre la violencia familiar por parte de las estadísticas oficiales en detrimento de otros delitos²⁶. Aquí, la legitimación democrática sobre la criminalidad, articulada discursivamente, posee una importancia vital para asignarse estos recursos limitados. Un ejemplo paradigmático de esta situación lo encontramos en los denominados «empresarios morales» que, camuflados en los medios de comunicación, pueden directa o indirectamente captar la atención del público y por tanto, de los recursos estadísticos a través de la afirmación de un aumento de la criminalidad. Esta llamada de atención se puede realizar de manera directa, por ejemplo, afirmando el creciente clima de inseguridad ciudadana fundamentado en varios hechos, o de manera indirecta, como por ejemplo, destinando una gran parte del tiempo mediático a informar objetivamente sobre la comisión de determinados delitos; si cada robo que se produce en una joyería los medios de comunicación le dan una cobertura caren-

²⁵ MACDONALD, cit. (n. 23), pp. 131-133.

²⁶ Un claro ejemplo de esta situación es la configuración de la Estadística Nacional sobre denuncias y detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar, elaborada por el Ministerio del Interior. El propio concepto de «connotación social» constituye una clara referencia a su sesgo, y una referencia a la legitimación discursiva.

te de valoraciones pero intensa en el tiempo y en el número de veces mostrada, por ejemplo, repitiendo la misma noticia en todos los informativos de una cadena de televisión, estamos ante un problema social creado o aumentado discursivamente²⁷.

En séptimo y último lugar, la discriminación estructural del sistema penal también distorsiona la realidad criminológica detectada por las estadísticas oficiales. La Criminología crítica ha puesto en evidencia respecto de las estadísticas criminales tanto la ausencia de los delitos de los poderosos como la tendencia a que aparezcan sobredimensionados de los delitos cometidos por las clases sociales desfavorecidas. A lo anterior debemos añadir que las variaciones estadísticas en los delitos de los poderosos suelen responder más a cambios en la ley y en su aplicación que a verdaderos cambios sociales²⁸. Por ejemplo, la creación de una unidad especial contra la delincuencia ambiental normalmente generará un aumento de la criminalidad detectada con independencia del número de delitos ambientales realmente cometidos. Por esta razón, quizá no le falte razón a Albrecht cuando mantiene que para conocer la realidad de este tipo de criminalidad se debe prestar más atención a su impacto social y económico que a la mera cuantificación estadística²⁹.

A pesar de las anteriores prevenciones sobre la capacidad de la estadística criminal para aproximarse a la realidad criminal, ésta resulta imprescindible a la hora de determinar las tendencias sobre la criminalidad. Según se avance en el conocimiento sobre los métodos de medición del delito, más fáciles de corregir serán sus errores y sesgos y más útiles resultarán³⁰. La Criminología ha desarrollado métodos de medición del delito complementarios a las estadísticas oficiales, principalmente, las encuestas de victimización y de autoinforme para mitigar los índices de criminalidad oscura. Las primeras se han revelado imprescindibles no sólo por ser consideradas las que poseen

²⁷Véase, una exposición general sobre la manipulación de las estadísticas criminales en: BEST, Joel, *Damned, Lies and Statistics, Untangling Numbers from the Media, Politicians, and Activists*, University California Press, 2001. Uno de los ejemplos que pone el autor fue el debate que se produjo a la hora de definir qué se entendía como raptos de niños «child abduction» donde las primeras estadísticas oscilaron entre ¡50.000 y unos 67 o 69 casos al año! La razón era debido a qué conductas se incluían bajo esta rúbrica, por ejemplo, los casos en un padre sin la custodia de su hijo lo *secuestra* durante unas horas: BEST, cit. (n. 27), pp. 121-127.

²⁸ALBRECHT, Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 81.

²⁹ALBRECHT, cit. (n. 26).

³⁰SERRANO MAÍLLO, cit. (n. 8), pp. 158-159.

un menor índice de criminalidad oscura, sino también para determinar las causas y riesgos de victimización³¹. Sin duda, su principal ventaja reside en ofrecer datos que no aparecen en las encuestas oficiales. Las encuestas de autoinforme consisten en preguntar a un determinado grupo de delincuentes detectados o no por las agencias estatales. Su principal cualidad reside en flexibilidad a la hora de determinar los cuestionarios preguntas. Ahora bien, estas encuestas se encuentran condicionadas por el marcado carácter instrumental con la que suelen ser contestadas³². Estos métodos alternativos de medición del delito suponen una concepción comprensiva de la criminología, hecho que conecta directamente con la necesidad de complementar la legitimación social con la democrática y ética, ya que, sin duda, estos métodos, especialmente, a través de las entrevistas personales, llevarán inevitablemente al experto social a cuestiones éticas y propiamente discursivas.

Además del desarrollo de estas técnicas complementarias de medición del delito, la Criminología ha ido elaborando algunos principios metodológicos de carácter general. En primer lugar, un dato será tanto más preferible cuanto menos haya penetrado en el sistema de administración de justicia. La razón de esta regla radica en el hecho de que cada vez el crimen se adentra más en el sistema de justicia, éste se ve afectado por una serie de decisiones que alteran la realidad criminal, por ejemplo, la decisión policial de perseguir ciertos delitos, la del Ministerio Público de investigarlos y la de los órganos jurisdiccionales de juzgarlos. Ahora bien, esto no significa que por ejemplo, los datos de condenados por el sistema penal no tenga relevancia para conocer la realidad social; además de aportar información valiosa sobre las tendencias de la criminalidad, también puede desvelar cómo funciona realmente el sistema de justicia penal.

³¹ En Chile, el Ministerio del Interior, en conjunto con el Instituto Nacional de Estadísticas, realiza desde el año 2003 la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) cuya información relevada en la medición del 2006 muestra que durante ese año 38,4% de los hogares registraron por lo menos una persona victimizada por cualquier delito. Al igual que respecto a la victimización, la principal fuente de información longitudinal sobre el temor ciudadano durante la década pasada fue el Índice de Temor realizado por la Fundación Paz Ciudadana. Así por ejemplo, en la última muestra de junio de 2007, el 19,5% de los entrevistados se ubicó en el nivel alto de temor, porcentaje que muestra una tendencia creciente desde la primera muestra en mayo del 2000, donde el 15% de la población se ubicó en esta situación. DAMMERT, Lucía, cit. (n. 28), p. 4.

³² Sobre la problemática de las encuestas de autoinforme, véase: PIQUERO, A. R. y otros, «The Validity of a Self-Reported Delinquency Scale. Comparisons Across Gender, Age, Race and Place of Residence», en *Sociological Methods Research*, núm. 30, 2002, pp. 494-496 y 531-523.

Un segundo principio, relacionado con la anterior, establece la preferencia en la medición de delitos graves. Su mayor connotación social obliga al Estado a una mayor atención y, por tanto, a efectos estadísticos se encuentran menos expuestos al decisionismo de las agencias policiales y judiciales.

Y en tercer lugar, el principal criterio metodológico a la hora de abordar las tasas de criminalidad oscura, consiste en recurrir a tantas fuentes y metodologías como sea posible. La utilización de todas las técnicas de medición del delito pueden en conjunto mitigar las carencias que posee cada unas de ellas³³.

III. Tres aspectos básicos de la legitimación social

La legitimación social de una decisión político criminal no solo requiere una aproximación científica a la realidad criminal, sino que además esta aproximación debe realizarse de la manera más completa posible. En otras palabras, no resulta suficiente una aproximación estadística sobre los delitos registrados y, en los últimos años, sobre las tasas de victimización y miedo al delito, es decir, sobre el daño, real o no, producido por el delito, sino que debe abarcar todas las relaciones sociales. A mi entender tres son los aspectos básicos que debería abordar un estudio criminológico: el impacto social de la criminalidad, los efectos deseados o no de la criminalización y el grado de socialización del conflicto social.

1. *El impacto social de la criminalidad.*

Constituye la esencia de la legitimación de las leyes penales, no sólo para implantar una medida penal sino también para suprimirla, aspecto este último con frecuencia olvidado. La delincuencia constituye un grave problema social, genera severos daños en los bienes y derechos y afecta a terceros como a la familia. En este sentido, no debemos olvidar que el realismo de izquierdas puso en evidencia uno de los principales errores o falencias de la mayoría de los enfoques críticos del derecho penal: a pesar de la perversidad del control social y de la respuesta discriminatoria del Estado ante el fenómeno de la delincuencia, el delito produce daño y dolor en las víctimas, las cuales se encuentran paradójicamente concentradas en las clases más des-

³³ Por todos, SERRANO MAÍLLO, cit. (n. 8), p. 159.

favorecidas, por lo que se trata de un problema social tangible acerca del cual hay que hacer algo concreto y pragmático³⁴. En este sentido uno de los principales errores del modelo penal garantista ha sido su desprecio a aquellas aproximaciones empíricas del delito, el delincuente, la víctima y el entorno social que no han avalado sus principios político-criminales. Así, el mundo académico desde la atalaya de los principios ignora con frecuencia ciertas realidades sociales, como es el caso de la degradación de ciertos sectores de la población chilena como consecuencia de la delincuencia³⁵.

La delincuencia como un fenómeno social pone en evidencia que la legitimación ética puede verse sobrepasada por la realidad social. A pesar de que no exista un sustento moral, determinadas circunstancias históricas llevan a la necesidad, aparente o no, de acudir al derecho penal como medio de control social. A mi entender dos son las posibles relaciones donde la legitimación social cobra una especial relevancia. En la primera, la realidad social relega a un segundo plano cualquier consideración ética, por ejemplo, es el caso del consumo de cierto tipo de drogas, como en nuestro caso la pasta base, o en Europa fue el consumo de heroína en los años 80 y 90, situación que produjo una verdadera pandemia entre la juventud de aquella época. El impacto social que representa su consumo en los sectores menos favorecidos de nuestra sociedad constituye el principal fundamento para que el legislador y la mayoría de la población acudan a un modelo de control social coercitivo, como es el caso del derecho penal.

Esta tensión se presenta, con carácter general, con los denominados delitos acumulativos, donde el impacto social de conductas como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o gran parte de las formas de contaminación ilegal prima sobre el concreto daño

³⁴ YOUNG, Jock, «Ten Points of Realism», en *Rethinking Criminology*, London, Sage, 1992. Esta corriente criminológica sugiere abordar los cuatro mayores procesos que han transformado el pensamiento criminológico, a saber: a) la crisis etiológica como una consecuencia del aumento de las tasas de delitos; b) la crisis de la pena en términos del fracaso de la cárcel y una reevaluación del rol de la policía; c) la acrecentada conciencia de victimización y de los delitos que antes eran «invisibles»; y d) una cada vez mayor demanda pública, al igual que la crítica, por la eficiencia y responsabilidad de los servicios públicos. BERGALLI, Roberto, «El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social», en «Presentación» a YOUNG, Jock, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. xiv.

³⁵ Díez RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, pp. 36-37. El autor toma como ejemplo las consecuencias sociales que produjeron en ciertos barrios de Europa en los años 80 y 90 como consecuencia del consumo y tráfico de heroína.

ocasionado por cada lesión o puesta en peligro. El recurso creciente a técnicas de configuración de los tipos más propios del derecho administrativo que del derecho penal tiene uno de sus máximos exponentes en la creación de infracciones en las que la conducta típica ni siquiera representa un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, sino que más bien parece estar pensado en términos de contribución acumulativa, es decir, que aisladamente resulta intrascendente y que sólo realizada en masa realmente es o puede resultar lesiva³⁶.

En la segunda relación, la realidad social determina la elección del medio de control social. Así, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sancionada en el orden administrativo paulatinamente ha sido suplantada por el derecho penal. En estos casos, el principio moral del daño o no maleficencia sólo legitima a lo sumo una medida coercitiva, y es en cambio, la realidad social -el incremento de los accidentes de tráfico relacionados con el consumo de alcohol- la que legitima la intervención penal.

2. El impacto social de la criminalización.

La legitimación social de la ley penal está estrechamente relacionada no sólo con la constatación del daño o conflicto, sino también con los efectos sociales que produce su aplicación, tantos los deseados, es decir su eficacia social, como los indeseados o, al menos, no esperados.

Respecto a su eficacia existen dos procesos de verificación: uno hipotético relativo a los posibles impactos de una determinada ley penal, donde los estudios criminológicos comparados poseen una especial importancia; y otro destinado a verificar la efectiva implantación de una medida penal.

La mayoría de las leyes penales persiguen la prevención de los delitos. Ahora bien, ya desde el principio debemos dejar sentado que aun aceptando que las penas puedan generar algún efecto en la prevención del delito, éste resulta moderado y difícil de deslindar con nitidez entre las diferentes funciones preventivas, con la intervención de otras agencias (policía y administración de justicia) y otras medidas de control social. Por eso resulta más prudente afirmar que la labor preventiva conjunta de las penas con la policía y la

³⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca, El delito ecológico y sus técnicas de tipificación, en <http://www.ecoiurislapagina.com/biblio/articulos/art125.htm> [visitada el 20-9-2009].

administración de justicia tiene la capacidad de prevenir los delitos³⁷.

Ahora bien, una ley penal no sólo puede fracasar porque no se cumplan sus objetivos preventivos (una medida inocua a efectos preventivos), sino también porque puede generar otros efectos indeseados o agravar los que pretendía resolver. En este último punto, debemos recordar que la política criminal no sólo se ocupa de proteger penalmente a la sociedad, sino también proteger a ésta del derecho penal.

La criminología, como hemos mencionado con anterioridad, tiene como objeto de investigación, no sólo el estudio de la criminalidad, sino también las consecuencias sociales derivadas de la aplicación de los modelos de control social. Una adecuada evaluación de una ley penal puede arrojar información valiosa para una eventual reforma normativa e, incluso, para una despenalización de un conflicto social. Por tanto, un estudio empírico sobre el impacto social de la criminalización debe tener muy presente estos posibles efectos indeseados.

Si bien gran parte de las decisiones político criminales suelen llevar aparejado la inversión de una ingente cantidad de recursos financiero y humanos, los estudios sobre su implantación han brillado por su ausencia y a lo sumo se han ceñido a la mera contabilidad financiera³⁸. En el ámbito anglosajón se ha llamado la atención sobre la necesidad de implantar o, en su caso, mejorar los sistemas de evaluación de las medidas político-criminales, para así, incorporar una política criminal fundamentada en la práctica («evidence-based-practice»)³⁹, es decir, determinar qué funciona en la justicia criminal.

Existen cuatro ámbitos fundamentales en la evaluación de una medida penal: individual, grupal (vecindarios, escuelas, prisiones, etc.), policial y judicial⁴⁰. Los programas de evaluación no sólo comprenden los resultados y efectos de los objetivos perseguidos por la medida, sino también, la evaluación de otros aspectos como, por ejemplo, la propia necesidad de la medida, su diseño y sus costes, entre otros. Resulta esencial que ya en el propio diseño de la medida penal se tenga presente los mecanismos de evaluación. Por último, si

³⁷ SERRANO MAÍLLO, cit. (n. 8), p. 143.

³⁸ LIPSEY, Mark (editor), *Improving Evaluation of Anticrime Programs*, Washington, D.C, The National Academies Press, 2005, p. 2.

³⁹ LIPSEY, cit., (n.38), p. 7.

⁴⁰ LIPSEY, cit., (n.38), p. 5. En el texto original no se incluye a las agencias judiciales, no obstante, entiendo que su inclusión resulta esencial a la hora de evaluar una determinada decisión político criminal.

bien las agencias que implementan una ley penal suelen asignar los aspectos sobre los cuales debe realizarse la evaluación, estas prioridades deberían tener presente las recomendaciones de los propios responsables políticos, operadores jurídicos y de ejecución así como de los investigadores jurídicos⁴¹.

3. El grado de socialización de la conducta criminalizada.

Con independencia de las consecuencias reales cuantificadas y contrastadas empíricamente, el grado de socialización de una determinada conducta incide directamente en su valoración política criminal, no solo en el momento legislativo sino también en el aplicativo. Las consecuencias sociales de una determinada conducta no pueden verse desligadas de los propios participantes. Ámbitos como la protección penal del medio ambiente y el orden socioeconómico constituyen ejemplos de cómo las prácticas sociales pueden hacer ineficaz una ley penal.

Este fenómeno es tratado en el ámbito de la política criminal como una manifestación del carácter simbólico del derecho penal. En el ámbito dogmático su tratamiento resulta problemático ya que supone una excepción fáctica, al menos formal, al principio de legalidad. Incluso, en muchos casos, esta facticidad llega hasta tal punto de una completa y generalizada falta de conciencia social de que ciertas conductas puedan revestir la categoría de delito. Así, por ejemplo, muchas conductas relacionadas con una protesta universitaria, podrían catalogarse como una falta de coacciones (impedir con violencia la entrada al campus universitario), pero este fenómeno se encuentra tan enraizado y normalizado en la sociedad que pocos se percatan de sus consecuencias penales.

En el caso de que exista conciencia de la desvaloración de la conducta normalmente se suele ocurrir a instrumentos procesales como el principio de oportunidad, las diferentes salidas alternativas o directamente el sobreseimiento —en este caso debido, no a la falta de pruebas o indicios, sino a la falta de voluntad política de no investigar ciertas conductas adecuadas socialmente—. En el ámbito dogmático penal la adecuación social de la conducta o la falta de ella suele tratarse través de una causa de tipicidad o como exclusión de la punibilidad⁴². En el ámbito de la tipicidad, prácticamente todos los supuestos desarrollados por la doctrina hacen referencia en mayor o en

⁴¹ LIPSEY, cit., (n.38), p. 32.

menor medida al grado de socialización como posible fundamento de su exclusión. Así, podemos mencionar la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en especial, a través del principio de insignificancia; la falta de imputación objetiva, en especial, en el ámbito de protección de la norma; y la falta de adecuación social de la conducta⁴³. Por último, desde la Teoría del derecho, la adecuación social de la conducta conecta directamente con la interpretación teleológica de las leyes.

Ha sido desde la teoría de la adecuación social, iniciada por Welzel, la que ha abordado directamente las implicaciones, valga la redundancia, del grado de socialización de la conducta. Zipf desde su teoría dinámica del tipo describe con acierto cómo el grado de socialización de una conducta afecta a la hora de interpretar y aplicar las normas penales. Los tipos penales se fundamentan en la nocividad social de determinadas formas de conducta, pero su tipificación resulta estructuralmente imperfecta debido a la imposibilidad de que pueda captar y desechar a priori con precisión todas las relaciones sociales que pueden subsumirse en su ámbito de aplicación típica. Si esta imperfección no se tomara en cuenta dejaría fuera del ámbito penal los cambios producidos como consecuencia del desarrollo social⁴⁴.

Así, de acuerdo con el autor citado, la corrección a esta deficiencia estructural debemos encontrarla en la teoría de la adecuación social⁴⁵. El grado de socialización pone en evidencia que el proceso de legitimación de una ley penal no finaliza con su promulgación, sino que subsiste con posterioridad.

La adecuación social como criterio de imputación -a pesar de exigirse una habitualidad y generalización- no supone una unanimi-

⁴²Sobre la problemática de la fundamentación de las causas de exclusión de punibilidad véase, PÉREZ GARCÍA, Octavio, *La punibilidad en el Derecho penal* (Madrid, Civitas, 1997), pp. 46-49 y 95-103.

⁴³ Sobre la evolución de la teoría de la adecuación social, véase, ESER, Albin, *La adecuación social, ¿figura legal superflua o necesaria?* en *Revista de Derecho Penal 1* (Buenos Aires, 2002), pp. 453-473.

⁴⁴ ZIPF, *Rectskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 76 (1964), citado por ESER, cit. (n. 47), p. 460. Este autor, reproduce la definición ofrecida por el Tribunal Supremo alemán como «aquella conducta habitual, aprobada por la generalidad y por tanto no pensada en la vida social como penalmente reprobable en virtud de la esfera de libertad de la acción social»: en *Bundesgerichtshof für Strafrecht* 23, pp. 226-229, citado por ESER, cit. (n. 43), p. 461.

⁴⁵ ESER, cit. (n. 43), p. 461.

dad de la mayoría de los destinatarios y aplicadores de la norma penal y, por esta razón, la legitimación discursiva tiene un papel fundamental a la hora de ir perfilando su ámbito de aplicación. En el caso, por ejemplo, de las protestas universitarias, una adecuada estrategia discursiva, sin duda, afectaría en la percepción social de estas conductas a la hora de subsumirlas en alguna figura penal.

Por tanto, la imprecisión y poca nitidez conceptual de este criterio de imputación tiene una relación directa con estrategias discursivas planteadas por las mayorías sociales, y en especial, respecto de los bienes jurídicos macrosociales. En este sentido, Eser establece que el ámbito de la teoría de la adecuación social encuentra su principal ámbito de aplicación en los denominados «bienes jurídicos intrasociales», es decir, aquéllos donde las relaciones interpersonales dotan principalmente su contenido, en contraposición de los «bienes jurídicos transociales», como la vida o la propiedad, cuya protección y alcance están mucho menos condicionados por la relaciones sociales⁴⁶.

El grado de socialización de una conducta puede resultar esencial no sólo para legitimar la protección penal de un determinado conflicto social, sino también para plantearse su expulsión o despenalización. Un ejemplo, paradigmático podemos encontrarlo en la discusión político criminal sobre la legalización del consumo y tráfico de los derivados del cannabis en relación con el consumo y tráfico de bebidas alcohólicas. Con independencia de las consecuencias reales cuantificadas y contrastadas empíricamente, el grado de socialización en el consumo de una determinada sustancia incide directamente en su valoración social. Así, y recurriendo al caso del alcohol, si bien constituye la droga que produce en Chile unos mayores efectos negativos, debido a razones sociales, culturales y económicas su consumo se encuentra en un grado tal de socialización que gran parte de ellos son asumidos (socializados) por la sociedad y las instituciones chilenas. La exigua eficacia de la conocida «ley seca» aplicada en Estados Unidos a principios del siglo XX da habida cuenta de la importancia de cómo un elevado grado de socialización de un conducta puede incidir en la aplicación de una norma penal.

En sentido contrario, la historia nos ha demostrado que la falta de socialización del consumo de determinadas sustancias ha generado graves problemas de salud y marginación: el consumo de alcohol por las comunidades indígenas o el consumo de opio en el siglo XIX

⁴⁶ ESER, cit. (n. 43), p. 470

en China son claros ejemplos de la relación entre socialización y daños en la salud.

El grado de socialización incide en la cultura y en las pautas del consumo, es decir, en un consumo más responsable, en una menor sensación de inseguridad ciudadana y en una menor estigmatización social. Esto significa que posee una autonomía respecto de sus efectos, ya que en caso contrario no podríamos encontrar una explicación al hecho de que el consumo de alcohol sea bendecido por la sociedad chilena a pesar de ser la droga que mata y enferma a más seres humanos que todas las drogas conocidas juntas; que concurra en la comisión de un variado elenco de figuras delictivas -aunque como cualquier droga no sea la causa directa- que abarcan desde los delitos contra la seguridad del tráfico vial hasta la violencia familiar; que más que ninguna droga afecte a la estructura familiar, al ausentismo y accidentes laborales; y por ende, sea el consumo de drogas que conlleva un mayor gasto económico por parte del Estado.

La tolerancia social o socialización del consumo de alcohol ha sido una de las razones argüidas a favor de su legalización, situación que no sucede con aquellas drogas cuyo consumo con fines personales actualmente está prohibido. Sin duda, la socialización de las drogas favorece un consumo responsable, pero no significa necesariamente que disminuya sus efectos nocivos, a lo sumo puede existir una percepción en tal sentido. Por esta razón, no sólo socializamos el consumo de una droga sino también sus efectos perniciosos.

No obstante, si aceptamos que el grado de socialización como un criterio determinante a la hora de legalizar un determinado consumo, podemos afirmar que el consumo de marihuana ha sido objeto de un proceso de socialización por una gran parte de la sociedad chilena y, si unimos esta consideración sus menores efectos en la salud, tenemos unos poderosos argumentos para postular su completa despenalización⁴⁷.

También, el grado de socialización puede resultar determinante a la hora de fundamentar o explicar una determinada causa de exclusión de la responsabilidad penal o una atenuante. Así, a modo de ejemplo, el posterior pago de los impuestos defraudados como una causa de exclusión de la pena viene sustentada no sólo por el afán recaudatorio de la Administración, sino también por la adecuación so-

⁴⁷ Véase con mayor detenimiento: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «Tráfico de drogas, ética, realidad social y discurso», en Bueno Arús, F. - Kury, H. - Rodríguez Ramos, L. - Zaffaroni, E. R. (directores), *Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (Madrid, Dykinson, 2006).

cial, al menos parcial, de estas conductas; o, por ejemplo, la atenuante de vindicación próxima (artículo 11 N° 4° CP.), circunstancia modificativa que contiene una clara alusión a las conductas adecuadas socialmente, al menos de manera parcial.

Excede de las pretensiones de este trabajo y de las capacidades de su autor establecer los criterios metodológicos e instrumentos de medición más adecuados para realizar una aproximación empírica al grado de socialización de las conductas que se pretenden intervenir penalmente, pero, sin duda, resulta un aspecto central en el conocimiento de la realidad criminal a efectos de legitimar una decisión político criminal.

4. Un problema específico: la legitimación social de las leyes penales en la nueva sociedad del riesgo.

Los avances científicos y tecnológicos unido a la era de la globalización han generado la creación de nuevos riesgos (medio ambiente, riesgos informáticos, manipulación genética, etc.) y la transformación de riesgos, por así decirlo, clásicos (imprudencia, protección del consumidor, etc.)⁴⁸. La complejidad de la sociedad del riesgo ha supuesto un nuevo reto para la legitimación social de la ley penal⁴⁹. De hecho en este fenómeno social se plantean serios problemas en la constatación de su impacto social.

El carácter difuso de estos fenómenos sociales constituye un obstáculo tanto para su constatación empírica como para su posterior legitimación. Las intrínsecas dificultades que conlleva la verificación empírica de determinadas manifestaciones de la sociedad del riesgo, se manifiesta no sólo en la constatación de la peligrosidad, sino también en la predicción de cómo incidirán de manera general en las relaciones sociales, por ejemplo, en las generaciones futuras respecto de la protección del medio ambiente.

También, se plantean arduos problemas a la hora de determinar el impacto que conlleva la criminalización de estas conductas. Así, parte de la doctrina califica estos delitos como una expansión ilegítima del poder

⁴⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 34.

⁴⁹ La teorización de este fenómeno social comienza con la conocida obra del sociólogo alemán Beck; véase: BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., trad., Navarro, J. y Jiménez, D., Barcelona, Paidós, 1998; *La sociedad del riesgo global*, trad. Albores, Rey, Madrid, Siglo XXI, 2001.

punitivo⁵⁰. Otros, desde una perspectiva más pragmática y a pesar de que la gravedad de estas conductas ameritaría una protección penal, mantienen que, debido a los efectos contraproducentes que conlleva su falta de eficacia, resulta conveniente proteger estas conductas por otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial, el derecho administrativo. Tampoco se esconden las negativas consecuencias para el libre mercado y la inversión extranjera. Aunque, este aspecto político criminal no es objeto de este estudio⁵¹, debemos constatar que la protección de riesgos ha sido una constante en la historia de las codificaciones penales. El *vestu*to Código Penal chileno (1874) constituye uno de sus principales vigentes exponentes, donde aproximadamente la mitad de su articulado protege delitos de peligro.

Y por último, este fenómeno social no se encuentra exento de problemas a la hora de transmitir estos riesgos a la conciencia colectiva, debido fundamentalmente a su falta de desvaloración o adecuación social. Estas conductas que se encuentran directamente conectadas con la legitimación democrática (discursiva) de las leyes penales. Así, de acuerdo con Díez Ripollés, una disfunción social debe poseer las características susceptibles de despertar atención social y mediática, bien escaso tanto en el número de asuntos como en su persistencia. Así, los asuntos irresolubles o incomprensibles como sucede en gran parte de los delitos de peligro abstractos no producen el mismo interés respecto de aquellos conflictos con componentes dramáticos, vinculados a la experiencia personal de la mayoría de los ciudadanos⁵².

IV. A modo de conclusión

La legitimación social de una intervención penal debe tener presente que las conclusiones de los estudios empíricos realizados por la Criminología suelen ser modestos y, en muchos casos, controvertidos. Esta situación hace que muchas decisiones político criminales no

⁵⁰ La expresión expansión del derecho penal, acuñada por Silva Sánchez en una monografía homónima, incluye, entre otros factores de este aumento de la presión penal, en la aparición de nuevos riesgos. Véase: SILVA SÁNCHEZ, José María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

⁵¹ Véase una actualización de este debate, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Cultura, control y sociedad del riesgo y política criminal», en Mir Puig, Santiago - Corcoy Bidasolo, Mirentxu (directores), *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires, Edisofer, 2007.

⁵² Díez RIPOLLÉS, cit. (n. 6), p. 22. El autor citado toma como referencia a EDELMAN, M., *Constructing the Political Spectacle*, University Chicago Press, 1991.

posean del sustento empírico deseable. Hemos intentado poner de manifiesto la enorme complejidad que encierra las técnicas de medición del delito que, además en el caso chileno posee serias deficiencias añadidas, aunque en los últimos años se ha producido un notable avance⁵³. Como manifiesta Serrano Maíllo a la hora de configurar, ejecutar e interpretar las estadísticas criminales «toda cautela es poca». Además, hemos intentado demostrar las deficiencias tanto estructurales como contingentes que pueden y deben mitigarse con las otras dos legitimaciones y, en especial, la discursiva. La intrínseca limitación de la ciencia criminológica para conocer la realidad social, significa en último término que las decisiones político criminales contienen una importante carga de incertidumbre sobre su efectividad. La única manera de mitigar esta incertidumbre es crear otra realidad paralela: la discursiva. Esta relación entre estas dos legitimaciones se manifiesta en el hecho de que una adecuada legitimación discursiva incida favorablemente en el grado de socialización de la medida penal.

En el sentido opuesto, una sobredimensión de la legitimación social puede derivar en la tiranía de la ética científica, es decir, que las decisiones político-criminales se sustenten exclusivamente en estudios empíricos, que por otra parte, nunca se encuentran a salvo de manipulaciones y de determinadas concepciones éticas. En el mismo sentido, la dañosidad de una determinada conductas puede llevar a atribuir al derecho penal un papel preponderante en la solución del conflicto social. Así, conflictos sociales, como el de la violencia intrafamiliar, están otorgando al derecho penal cometidos sociales que hasta estos momentos les eran ajenas, incluso, atribuyéndole funciones de discriminación positiva. La necesidad de una intervención por parte de las instituciones públicas no debe derivar en un «bienestarismo» autoritario, en otras palabras, que con la pretensión de intervenir en un problema social se sobrepasen los espacios de libertad individual⁵⁴.

Como conclusión, la imposibilidad de conocer la realidad social hace que la decisión político criminal no se pueda abstraer de cierta intuición, que, a mi entender, tiene que ser mitigada por la legitimación ética y discursiva. En cuanto a la primera, resulta esencial que se cumplan los presupuestos de la ética comunicativa: libertad e igualdad en los debates discursivos; y en cuanto, a la legitimación propiamente democrática su aportación al proceso de legitimación se rea-

⁵³ Véase con mayor detenimiento: DAMMERT, cit. (n. 28), p. 8.

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, cit. (n. 36), p. 20.

liza a través de procesos discursivos, como por ejemplo, de simplificación a la hora de explicar y comprender un determinado conflicto social. Un ejemplo son los denominados macrotemas. Los usuarios de una lengua no son capaces de memorizar y manejar todos los detalles del significado conflicto social, y por tanto, organizan mentalmente estos significados mediante temas globales o macrotemas semánticos, como por ejemplo, drogas-delincuencia o inmigración-delincuencia. Estos procesos discursivos inherentes en nuestra sociedad de la información deben ser sometidos también a este mismo proceso de racionalización.

Por tanto, las deficiencias a la hora de conocer la realidad social como presupuesto para una legitimación de una ley penal constituyen un poderoso argumento para postular que las tres legitimaciones (ética, social y democrática) confluyan en un mismo sentido (principio de convergencia).

