

PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Prof. Alonso Salazar

RESUMEN

En el presente texto el autor realiza una crítica hacia el poder del Estado, el cual denomina como el “poder oculto”, un poder que no deriva de fuentes formales, que no siempre es legítimo. Así, pretende demostrar la influencia de este poder oculto, en el fenómeno de la criminalización, la formación del derecho y la concepción que del delincuente tenga la sociedad.

ABSTRACT

In this text the author makes a critic about the power of the State, that he denominates “occult power”, a power that isn’t come from the formal sources, that isn’t always is legitimate. In this form, he pretends to demonstrate the influence of this occult power in the criminalization phenomenon, the creation of the law and the society’s perception of the criminal.

PALABRAS CLAVE

Poder del Estado-Poder Político-Poder Oculto-Criminalización-Derecho- Delincuente

KEYWORDS

Power of the State-Occult Power- Criminalization-Law-Criminal

SUMARIO

- a) Concepto de poder político.
- b) Concepto de proceso de criminalización.
- c) El proceso de creación del derecho.
- d) El delito como un problema o como un conflicto.

SUMMARY

- a) Concept of Political Power.
- b) Concept of the criminalization phenomenon.
- c) The process of law creation.
- d) The crime like a problem or like a conflict.



PODER POLÍTICO “DERIVADO Y OCULTO” Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Prof. Alonso Salazar

a) Concepto de poder político.

“...declarar la guerra a la criminalidad política es una forma ancestral de reacción social y alienta aquello que trata de erradicar...”

Ruggiero¹

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política. “Ha habido numerosos intentos y conflictos para conceptualizar satisfactoriamente el poder, tanto de un modo teórico como empírico. Ante esta situación, una teoría del poder no puede satisfacerse con una declaración descriptiva, con un análisis de rasgos esenciales que incorpora, por medio de supuestos, los resultados que produce.

[Esto porque] “el poder se compone de la distribución de las preferencias para las alternativas, y por lo tanto, depende, en lo que respecta a sus componentes de las combinaciones de estas preferencias”. [De ahí que] los intentos de analizar el concepto en sí mismo y de llegar a un acuerdo con respecto a sus diferentes significados no nos llevan a nada, excepto a la cautela y, al final, a la resignación”². Por eso aquí no se busca una definición de poder, sino que se parte de su existencia como tal, sin profundizar en el concepto dados los problemas a nivel teórico que una definición del concepto implican y que para los efectos de esta exposición, se torna innecesario analizar.

CASTILLO señala que si poder es la potestad de imponer decisiones a los demás, el ejercicio del poder estatal es, en el sentido más puro del término, ejercicio político. Si el poder del Estado se emplea en propiciar el desarrollo de la sociedad o en tratar el

¹ RUGGIERO (2009:41).

² Así LUHMANN (2005:3,85), quien hace uso de la teoría de los medios de comunicación como base para una teoría del poder.



fenómeno criminal, es cosa poco menos que circunstancial: ambas cosas tienen en común la misma esencia, es decir, son práctica o ejercicio del poder estatal³.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

Téngase eso sí presente que LUHMANN ha señalado que “una definición, operacionalización y medición más cercana de las relaciones concretas de poder, es una empresa extremadamente compleja”⁴. ¿Quién va a dudar por ejemplo que el Jefe ejerza cierto poder sobre sus subalternos, o que el guardia penitenciario tenga cierto

poder para dirigir la vida de los privados de libertad, o bien, que el maestro de clase ejerza su poder sobre los alumnos? Si se analiza más profundamente, nadie se cuestiona el poder que tiene un Ministro, un Presidente por citar dos ejemplos, ese poder les ha sido otorgado, su poder se “deriva” de un marco institucional, de una normativa o reglamentación, para ser ejercido dentro las prerrogativas que el mismo marco institucional define con sus frenos y contrapesos, con instancias de control, más o menos eficaces, ese tipo de poder no es el que aquí nos interesa.

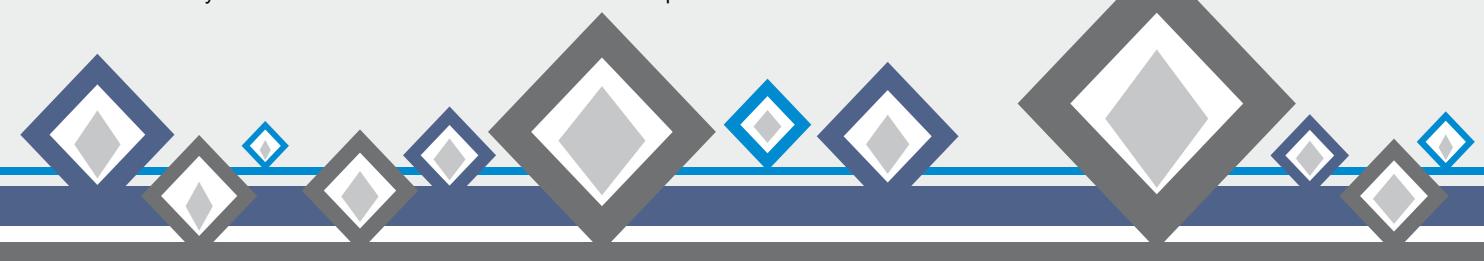
El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización⁵, es precisamente el otro poder: “el oculto”, el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales⁶.

3 Así CASTILLO E. (2008:357).

4 LUHMANN (2005:15).

5 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”. Así GÓMEZ PÉREZ (1999:204)

6 Continuando con la cita de FERRAJOLI, n. p. [28, en cuanto al protagonismo del sistema penal, nos señala: “Las razones de este protagonismo de la justicia penal son muchas y complejas. De ellas trataré solo dos, aparentemente opuestas. La primera, evidente y llamativa, es la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, en años pasados, al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de la población ligadas al mundo de la política por turbias relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por connivencia o incluso sólo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde la legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder. La segunda razón del papel decisivo ejercido por la intervención penal en la crisis del viejo sistema político ha sido la fuerte demanda social de legalidad que ha dado apoyo a esa reserva institucional de la democracia italiana representada, quizá más que en otros países, por la independencia de la magistratura y en particular de la acusación pública. No obstante su difusión social y su arraigo, el conocimiento de la ilegalidad de los poderes públicos en la impresionante extensión de sus verdaderas dimensiones ha supuesto para aquellos la pérdida total de legitimación política. Sólo así se explica que la incompatibilidad estructural entre poderes de gobierno ilegales e independencia del poder judicial, que en la última década había dado lugar a una permanente confrontación institucional dirigida a la neutralización de la segunda, se haya resuelto finalmente con el hundimiento de los primeros.”



Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión resultan de fácil descubrimiento. ZAFFARONI ha señalado que el sistema penal no respeta la legalidad, porque para su verdadero y fundamental ejercicio de poder (el positivo configurador disciplinante) la misma ley se ocupa de renunciar a ella concediendo un amplísimo margen de arbitrariedad a sus agencias⁷.

De que el poder existe, creo que nadie duda⁸. Me refiero al poder “oculto”, ¿de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido?, esa es otra historia, ¿quién lo ostenta?, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta, aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores. Algo en lo que tampoco tengo duda, es en que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera. En el fondo, lleva razón LUHMANN al apuntar que “el poder hace el trabajo de transmitir, al ser capaz de influenciar la selección de acciones (u omisiones) frente a otras posibilidades. El poder es mayor si es capaz de mantenerse incluso a pesar de alternativas atractivas para la acción o inacción. Y sólo puede aumentarse junto con un aumento de la libertad por parte de cualquiera que esté sujeto al poder”⁹.

A lo largo de todos los años en que he estudiado el derecho y en particular el derecho penal, me he hecho siempre una pregunta ante la cual no encuentro respuesta aún y es precisamente el origen y los límites del poder “oculto”. Como un pequeño ejercicio ejemplificativo, por supuesto, no pretendiendo agotar en ello la discusión, permítaseme citar algunas fuentes de poder “oculto” que he visto ejercer o que incluso lamentablemente he ejercido a veces hasta sin querer¹⁰.

Las fuentes del poder como dije, no me son del todo claras, sin embargo las encuentro a menudo en la vida, a veces hasta sin proponérmelo, en mi labor docente, en no pocas oportunidades, he encontrado alumnos con ciertos problemas para aprobar algunos cursos, en ciertos casos se trata de alumnos con problemas de promoción, en otros casos alumnos con problemas con sus trabajos finales de graduación incluso me ha sucedido con alumnos sin ningún tipo de problema, luego más adelante en nuestro devenir profesional, volvemos a toparnos con estas personas y ahí veo una fuente de poder oculto, veamos.

Cuando se ejerce la labor docente, y creo que a casi todos los docentes nos ha sucedido, encontramos a ex alumnos en puestos de autoridad con poder “derivado”

7 Cfr. ZAFFARONI (1989:33).

8 Resulta bastante ilustrativa la observación de LUHMANN citando a CROZIER, quien dice que en las organizaciones muy estructuradas el poder cambia a donde aún existe, en relación con las elecciones de acción de que dependen otros, un remanente de inseguridad. Así LUHMANN (2005:13).

9 Así, LUHMANN (2005:14).

10 Voy a prescindir aquí de manera deliberada de algunas fuentes del poder “oculto” como lo son los grupos económicos, las estructuras de los partidos políticos, los grupos criminales organizados, las organizaciones sindicales, las cámaras empresariales y toda clase de grupos o colectivos sociales organizados, pues no es el objetivo del presente trabajo el análisis de dichos grupos y/o sus injerencias en el proceso de creación jurídica, sino que quiero simplemente ejemplarizar el fenómeno como tal. Quizás en otro momento y con mayor amplitud, pueda dedicar un esfuerzo a explicar la relación de uno o algunos de esos grupos con respecto al derecho penal, más no ahora.

y si ha existido empatía con ellos, si ha existido una buena relación en el pasado, nos vemos favorecidos con el ejercicio del poder “derivado” precisamente como producto de esa relación preexistente, esto lo que significa es que tenemos un cierto poder “oculto” sobre aquellas personas por el rol que hemos jugado en sus vidas en un momento anterior, precisamente cuando ellos enfrentaron problemas en el campo académico.

He visto en otras oportunidades la relación de poder, surgir de hechos tan comunes y simples, como la información. Esto se da en distintos ámbitos del quehacer del ser humano, por ejemplo, el empleado que domina o conoce alguna información sensible y/o delicada de la vida privada o las relaciones de su jefe en la empresa, creo que nadie duda de que por temor a que esa información fluya, tiene cierto “poder” incluso frente al poder “derivado” del jefe, precisamente porque el poder “oculto” en la mayoría de los casos influye y limita el ejercicio del poder “derivado”.

Por citar un tercer ejemplo, ya no de mi labor docente, sino de mi labor profesional, en el pasado he tenido el honor y/o el privilegio de ejercer la representación legal de jueces con poder “derivado”, pero que no por ello, dejan de ser seres sociales y por tanto sufren las mismas vicisitudes del resto de los mortales. Resulta que luego de haber ejercido con éxito alguna de estas representaciones, he sentido cómo en algún momento el poder “derivado”, se ha visto limitado por el poder

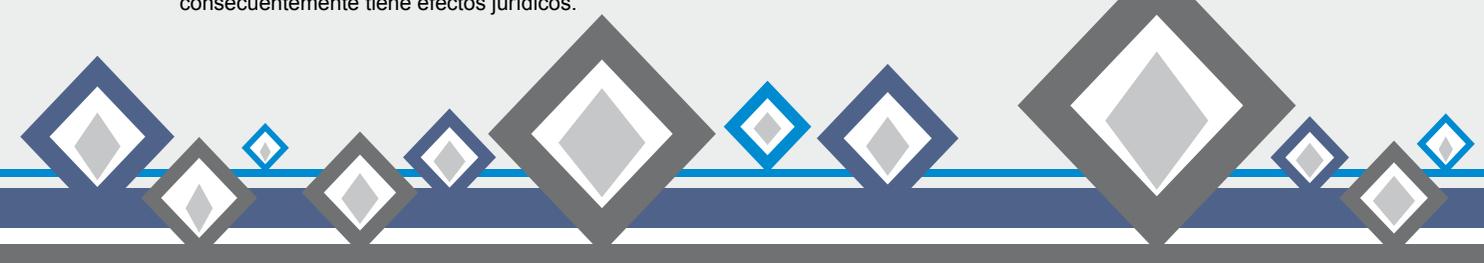
“oculto” ante la toma de decisiones, en donde incluso se nota la incomodidad del o los jueces por resolver una cuestión que pueda resultar desfavorable para mis intereses o los de mi cliente [claro está, cuándo ello se encuentra en conflicto con la interpretación de la ley que hace el funcionario, pues en caso contrario lo hace sin reparo alguno y hasta con placer, creo que más convencido de que es una forma de devolver el favor, que de aplicar “correctamente”¹¹ el derecho].

Los ejemplos pueden abundar y las fuentes de poder son ilimitadas, he de indicar de igual manera, cómo en ocasiones he sentido el fenómeno inverso, cuando teniendo la razón [diría yo, creyendo tener la razón] y el derecho de mi parte o de parte de mis representados, se percibe la presencia de un poder “oculto” que limita el ejercicio del poder “derivado” y en consecuencia se experimenta una gran frustración e impotencia cuando se toma consciencia de ello.

Pues bien, con un criterio amplio de la política, entendiendo por política toda relación y/o forma de vinculación social que abarca desde las más simples hasta las más complejas relaciones del ser humano con sus semejantes, hemos de entender que el poder “oculto” encuentra fuentes materiales en todo tipo de relaciones y que de su ejercicio depende la subsistencia misma de la colectividad, sin el ejercicio del poder la sociedad no subsiste como tal.

Lo expuesto es más que claro, desde que tomamos consciencia de que el poder

11 Si es que se puede hablar de que exista una aplicación “correcta” de la ley. Sobre eso me ocuparé en otro momento, baste por ahora señalar que en mi opinión lo que existe es una aplicación de la ley, de acuerdo con lo dispuesto por un intérprete de ella, cuando existe coincidencia en que dicha interpretación la realice un “intérprete autorizado” de la ley, consecuentemente tiene efectos jurídicos.



“oculto” se relaciona íntimamente con la figura de quien lo ejerce y que en no pocas ocasiones, la simple presencia de quien lo ostenta, sin ninguna otra manifestación de su parte, transmite de manera indubitable que se ejerce y que la inobservancia de las reglas que ese poder establece acarrea consecuencias. La falta de ejercicio de poder “oculto”, hace que las vinculaciones sociales desaparezcan y se genera un caos, que es la forma menos aceptable de vinculación social.

Baste un ejemplo, para dejar en claro a qué me refiero. Pensemos en un colectivo conformado por un Presidente electo popularmente y en pleno ejercicio¹², un Ministro de Estado, un guardia de Seguridad presidencial, un encargado de servicio personal de Presidente y un chofer del coche presidencial. A simple vista, está claro que he expuesto el orden de jerarquía del colectivo, con base en un poder “derivado” de carácter formal. Ejemplos del poder “oculto” sobran aquí. Si suponemos que el Ministro de Estado despide de su cargo al chofer del Presidente porque quiere colocar en su puesto a un tercero, está claro que primero deberá cerciorarse de hasta dónde llega el poder del chofer en relación con el Presidente, pues una imprudencia de su parte podría más bien costarle el cargo de Ministro. Piénsese en el chofer quien además conoce de las “andadas” del Presidente y es quien atiende sus “asuntos personales” con absoluta discreción y reserva, y que venga un Ministro imprudente y desbordado a pretender prescindir de sus servicios; posiblemente le

resulte al Presidente más fácil conseguir un nuevo Ministro que poner en manos de un extraño sus infidencias más íntimas.

Pensemos por otra parte en el caso en que se accidentan en una montaña los miembros del colectivo antes citado y que resulta que el encargado del servicio personal del Presidente es un experto en montaña y salvamento, mientras que el resto son unos legos desconocedores por completo del desplazamiento y supervivencia en ese tipo de terrenos. No deberíamos tener que pensar mucho, para inferir que a partir de este momento habría un nuevo jefe de la delegación, por la supervivencia de todos, por el interés colectivo y que a mayor peligro para la vida propia, mayor delegación de poder y mayor poder “oculto” tendrá quien domine la escena, llegando incluso a imponer su criterio conforme aumente el nivel de crisis por encima de cualquiera otro de los miembros del grupo. Es más, muy probablemente su poder no se limite al lapso en que lo ejerza como tal y durante la crisis, sino que lo conserve aún después de la emergencia, precisamente sobre los miembros del grupo quienes le estarán eternamente agradecidos por salvar sus vidas.

Es a partir de lo expuesto y bajo este entendimiento, que pretendo desarrollar algunos conceptos básicos del fenómeno delincinencial, en particular con respecto al poder y los procesos de criminalización, que es el objeto de este estudio, más no pretendo enfocarme en los procesos “formales” de creación jurídica, sino por el contrario, poner

12 Téngase presente aquí que como bien apunta LUHMANN que las jerarquías de poder sirven como substitutos. “Se supone que un superior tiene más poder que un inferior (aunque en las organizaciones burocráticas lo contrario pueda ser lo normal). Así LUHMANN (2005:15). Más adelante apunta que dado que el poder se anula por el ejercicio real de la coerción física, debemos entender que el poder es “específicamente político”, siempre con la condición de que el poder no se degenera en coerción física LUHMANN (2005:87).



el dedo en la yaga en cuando al delito como un producto en no pocos casos, del poder “oculto” en la sociedad y de cómo éste se ejerce para la creación de los tipos penales.

Resumiendo, afirmo que existen dos tipos de poder, por un lado el poder derivado [originado en una fuente formal] y por otro lado el poder oculto [de cuyo origen no existe formalmente una fuente, pero se da por sentada su existencia]. Adicionalmente, claro está, de lo que se trata aquí, no es de un estudio de las fuentes formales del poder y sus consecuencias, sino que por el contrario, me ocuparé de analizar cómo es que el “poder oculto” influye en lo que conocemos como fenómeno delincencial.

Una primera conclusión que se puede extraer de lo dicho, es que el poder como tal, sea este derivado u oculto, constituye en definitiva un factor determinante en el proceso de formación y aplicación del derecho. Las fuentes de poder “derivado” son claras y conocidas, por lo tanto controlables y verificables, debe de prestarse especial atención al poder “oculto” como génesis en la formación del fenómeno jurídico, especialmente desde una perspectiva penal, no sólo en cuanto a su función como generador de tipos penales, sino -cuanto más-, como escudo frente a la aplicación de los tipos penales y su individualización.

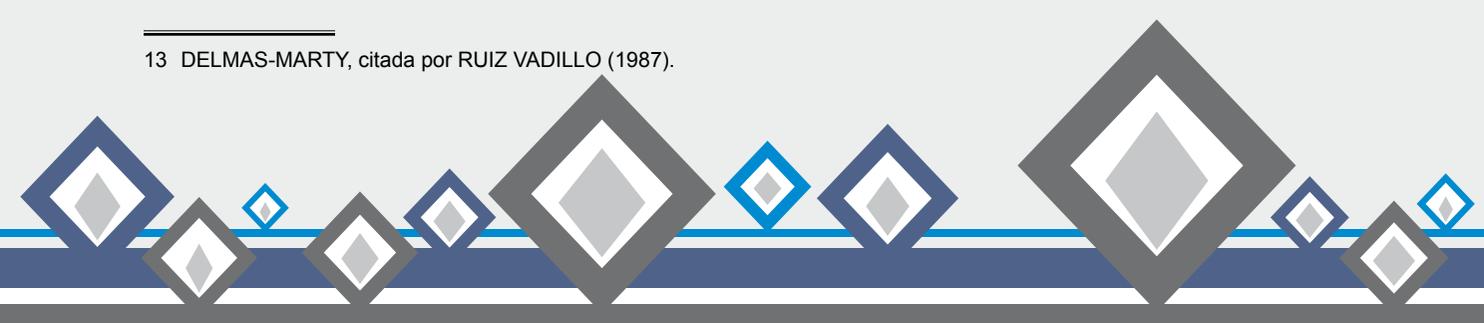
b) Concepto de proceso de criminalización.

Un primer aspecto que debe tenerse claro, es qué se entiende por proceso de criminalización:

“Como dice DELMAS-MARTY, las respuestas al crimen están condicionadas por el tiempo y por el espacio, porque el mismo crimen se configura en cada sociedad según criterios múltiples y, a veces, contradictorios. Por ello se hace indispensable, especialmente en esta época de tan profundos cambios reflexionar sobre las líneas de orientación en la configuración de aquellas conductas o comportamientos que deben ser considerados como infracciones penales, sobre cuáles hayan de ser las penas y/o medidas penales que a ellos hayan de asociarse y, en definitiva, examinar con detenimiento el catálogo de delitos y faltas y la relación de sanciones para descubrir si en el momento actual, sujeto a múltiples circunstancias, a tan profunda crisis de valores y de jerarquía de los mismos, la política criminal que se sigue es o no correcta desde el punto de vista de los postulados básicos de un Estado de Derecho y si son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que el Derecho penal se aplica”¹³.

LOMBROSO trató de explicar el delito como una patología del individuo, trató de encontrar sus causas y cómo reaccionar ante esta patología, desde luego fracasó, no podría bajo ningún concepto tener éxito un intento de esta naturaleza, desde que se atribuye al delito una entidad propia.

13 DELMAS-MARTY, citada por RUIZ VADILLO (1987).



“La abstracción jurídica ve en el crimen el frío supuesto de hecho de la norma: el presupuesto conceptual de la pena. Para los patólogos sociales, el delito es una epidemia, una lacra; para los teólogos, un castigo del cielo; para los expertos en estadística, una cifra, un guarismo; para la Criminología científica el crimen es, ante todo, un problema social: esto es, un fenómeno masivo, que no circunscribe su existencia a un determinado período temporal o coyuntural, que produce dolor a todos -y es percibido por todos como fenómeno aflitivo-, y no cuenta con consenso alguno en el momento de explicar su génesis ni en el de diseñar los oportunos programas de prevención e intervención en el mismo. El crimen, en efecto, es tan antiguo como el hombre mismo, la otra cara de la moneda. Fascina, produce alarma y dolor: y no sólo a quien lo padece, ni a quien después sufre

las consecuencias de la pena, sino a toda la comunidad jurídica. No existen fórmulas mágicas para controlarlo, ni, desde luego, para terminar con él, pues la experiencia revela su faz humana, cotidiana e incluso doméstica: convivimos con el crimen, día a día. Todo sistema social produce necesariamente crimen, incluso un orden social intacto, en buen estado de funcionamiento (también el sistema democrático de nuestro tiempo, necesariamente plural, conflictivo y antagónico), sin que sea necesario referir el mismo a patologías, desorganización social, carencias o vacíos normativos”¹⁴.

Por mi parte, concibo el delito como una manifestación de poder del Estado, esto es, que desde mi óptica es delito aquello que el Estado defina con tal carácter, independientemente de la construcción teórica que se escoja¹⁵. Desde luego, un tema aparte lo constituye la legitimación ética,

14 Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994).

15 “El estructural-funcionalismo (teorías de la anomia) ha rebatido la naturaleza patológica que tradicionalmente se atribuía al delito, argumentando que éste es consecuencia del normal funcionamiento del sistema social. Frente al principio del bien y el mal (la sociedad representa el bien, el delito y el delincuente, el mal), las teorías anómicas apelan a la funcionalidad del crimen, cuya etiología aparece unida -afirman estas teorías-a los procesos sociales ordinarios y cotidianos de un orden social intacto.” Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994). La teoría estructural-funcionalista de la anomia y de la criminalidad afirma:

- 1) Las causas de la desviación no deben buscarse ni en factores bioantropológicos y naturales (clima, raza), ni en una situación patológica de la estructura social.
- 2) La desviación es un fenómeno normal de toda estructura social.
- 3) Sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social, si se acompaña un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conducta pierde valor, mientras no se haya afirmado o formado??? aún un nuevo sistema (es ésta la situación de “anomia”). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio del desarrollo sociocultural. Así BARATTA (1986:56).

moral, social y/o religiosa de la conducta descrita en la ley¹⁶. Desde esta perspectiva, delito es aquello que un Estado defina como tal y no otra cosa, pero lo más importante es, que eso y nada más eso, es delito. Así el proceso de definición de la conducta delictiva tiene un rol tanto creador como limitador. Por una parte crea la figura del delito y a la vez lo define y en esa definición encuentra sus límites¹⁷.

De lo expuesto se colige, que en última instancia el delito ni existe como tal fuera de un proceso formal de creación jurídica y tampoco existe más allá de ese proceso. No obstante, a la vez que definimos la conducta delictiva, creamos el delito y por eso la pregunta obligada es ¿quién crea el delito,

por qué, cómo y cuándo se crea? y es a esto que se le denomina criminalización.

Así las cosas, se define el proceso de criminalización como el proceso a través del cual se llega a la creación de una figura delictiva, el cómo se criminaliza una conducta determinada, cuya característica será sin duda alguna la consecuencia jurídica que se le atribuye a determinada conducta que es seleccionada por el Estado con carácter positivo (en lenguaje de KELSEN) para dotarla de vigencia en un ordenamiento jurídico específico¹⁸. Señala SANDOVAL HUERTAS:

“De allí que parézcamos correcta en lo esencial la siguiente explicación de BUSTOS

16 No se desconoce aquí ni las tesis de ROUSEAU, acerca de la función legislativa de que “con el pacto social le hemos dado vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad con la legislación”, ni tampoco los límites establecidos sobre todo desde la perspectiva del derecho constitucional, al principio de libertad jurídica, como tampoco el contrapeso establecido desde las corrientes constitucionales del derecho español con base en el “pluralismo político” o bien la doctrina de la racionalidad constitucional de cuño alemán y de origen anglosajón “due process of law” que pasó como garantía innominada de derechos fundamentales (1984 caso Hurtado vs California), Pasim, HERNÁNDEZ VALLE (2007). No obstante, desde mi perspectiva una cosa está clara, se podrá cuestionar la legitimidad de una ley penal desde cualquier punto de vista, pero mientras esté vigente en el Estado, se aplicará y en consecuencia será derecho positivo por más que se le cuestione.

17 Claro está eso sí, que me parecen muy acertados los comentarios de HULSMAN, en entrevista con BERNAT DE CELIS y ante la expresión de éste último “Lo que usted explica proyecta una imagen bastante inquietante sobre la manera como se consigue la aprobación de los proyectos de ley! Y sobre la manera como son elaborados! Durante ese período de mi vida vi claramente cómo son fabricadas las leyes por funcionarios subalternos. Enmendadas luego precipitadamente y por compromisos políticos, no tienen absolutamente nada de democráticas y difícilmente son el efecto de una coherencia ideológica. Peor aún, son dictadas ignorando la diversidad de situaciones sobre las que van a influir... Pero esta confrontación con una realidad sin relación con los principios recibidos no fue sino una etapa en mi descubrimiento de que, en nuestra sociedad, nada funciona en el fondo según los modelos que se proponen. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:8).

18 Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994): “Durante mucho tiempo se concibió el crimen como mero conflicto individual con la norma, propio de una minoría asocial y desviada. El delincuente era el «otro», una persona distinta de las demás, en términos cualitativos, un producto ajeno a la propia sociedad y externo a la misma; procedente, desde luego, de las clases de más baja extracción social. Las causas del comportamiento criminal se buscaron siempre en determinados factores individuales biofísicos o biopsíquicos, sin que sea necesario recordar ahora el conocido estereotipo lombrosiano de delincuente. El crimen aparecía, naturalmente, como comportamiento disfuncional, nocivo, patológico -fruto, incluso, de la propia «patología social» que la sociedad tenía que extirpar como cuestión de supervivencia.

Hoy día, sin embargo, se piensa de un modo bien distinto. La delincuencia de cuello blanco, la de tráfico, la problematización creciente del campo oscuro de la criminalidad y el incremento de la criminalidad juvenil, evidencian

Continúa en la siguiente página

RAMÍREZ, aunque pensamos exagera la valoración positiva de los sistemas jurídicos europeos: "mientras que en los Estados de derecho europeos de la sociedad burguesa desarrollada, el derecho escrito, esto es, la ley, tiene como función básica la de dar cauce a un proceso transparente de participación y discusión de las decisiones, lo que es fundamental para la constitución de un Estado de derecho democrático, en los países latinoamericanos, en cambio, ese derecho escrito tiene una función inversa, los signos se cambian. En efecto, el derecho escrito, la ley, no es garantía, sino arbitrariedad; representa solo la fuerza del que lo impone y, por otra parte, encubre -no es transparente- un proceso de pura dominación o manipulación" (JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estructura jurídica y Estado en América Latina", en GEORG RUSCHE y OTTO

KIRCHHEIMER, Pena y estructura social, trad. De E. García Méndez, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. LVI)¹⁹.

El entender el fenómeno jurídico penal, como manifestación de poder del Estado, nos permite de igual manera, determinar que ninguna consecuencia desde una perspectiva ontológica conlleva el no criminalizar determinadas conductas, esto es, si el Estado decide qué es delito, de igual forma define qué no es delito, por un proceso de definición negativa, a saber, todo aquello que no está sancionado como delito, no será delito hasta que el Estado así lo decida y lo que es delito hoy en día, será delito mientras el Estado lo determine²⁰.

Delito y delincuente están vinculados por una relación de género a especie, por lo tanto, el Estado al definir el delito, define de igual manera al delincuente, y no debemos olvidar por supuesto a la víctima; y ya veremos cómo opera el proceso de selectividad que descarta y/o incluye a determinados sujetos dentro de las denominadas agencias que controlan el ejercicio legal y monopólico de la

que cada vez es mayor el número de ciudadanos «normales» que transgreden la norma. El crimen se caracteriza como comportamiento desviado, pero «normal»: la otra cara de la ley, la sombra inevitable de la convivencia humana. Un fenómeno social -un «problema social» según el significado que cobra este término en OVCHARCHYN-DIEWITT y otros teóricos de las ciencias sociales- más que individual, mayoritario y esparcido en todas las capas de la pirámide social (ubicuo); unido inseparablemente a las estructuras de cada forma de sociedad (ubicuo); y capaz de cumplir, incluso, importantes funciones en el equilibrio y desarrollo de aquella. Hasta el punto de que algún autor ha recordado que cada sociedad suele tener «la delincuencia que necesita y merece». Por otra parte, es difícil cuestionar en nuestros días que el único objetivo racional y posible, desde un punto de vista de política criminal, no es aniquilar la delincuencia, sino controlarla y someterla a índices tolerables."

¹⁹ Así SANDOVAL HUERTAS (1985:11).

²⁰ No debe perderse de vista, no obstante, que no siempre la ley como tal, está diseñada para la protección de bienes jurídicos en principio y por tanto para la protección del ciudadano alcanza los fines formalmente propuestos... "las leyes y las estructuras, hechas teóricamente para proteger al ciudadano, pueden, en ciertas circunstancias, volverse contra él. Es decir, vi que era falsa la idea oficial que, por una parte, pretende que el Estado es necesario para la supervivencia del individuo y, por otra parte, lo legitima dotándolo de la representatividad popular." Así HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:11).

violencia estatal²¹, que es como se entiende aquí el sistema jurídico penal²². No perdamos de vista eso sí, que ya FOUCAULT en *Vigilar y Castigar*, desde hace mucho tiempo, sentó las bases de la idea de que existe una correlación estricta en nuestras sociedades y hay que situar los sistemas punitivos en “cierta economía política del cuerpo”²³.

Como señala CARBONELL “...al organizarse políticamente la sociedad en el Estado, la tutela de los bienes ha pasado a ser atributo de éste, entre otras cosas porque el Estado tiene el monopolio legal de la violencia y, como hemos, visto, la defensa de la estabilidad requiere de la amenaza de la fuerza y del uso de la violencia. El Derecho penal, es, precisamente, el instrumento encargado de dicha tarea”²⁴.

Parafraseando a SANDOVAL HUERTAS²⁵, “la reacción social formal comienza con la

creación de normas penales, esto es, con lo que jurídicamente se suele denominar su aprobación, expedición y entrada en vigencia”. A esto es a lo que me refiero, precisamente es en la forma en que se crea, expide y entra en vigencia la ley penal, que se manifiestan exactamente los fenómenos de criminalización.

Continúa SANDOVAL HUERTAS señalando que de igual forma debe estudiarse y averiguarse por qué otras normas no llegan a crearse, ve como unidad fenomenológica también junto con la creación, la abolición de éstas. Considera de la misma manera al estudio de la decisión judicial de crear normas penales y no de otra índole y parte de que la diferenciación entre las distintas normas jurídicas no es de tipo ontológica ni naturalista sino simplemente de una decisión política²⁶.

21 No es el objeto de este estudio, pero sí resulta interesante el análisis que sobre la ideología y el derecho realiza CAMPOS, quien nos señala: “...un primer eslabón importante entre ideología y derecho penal tiene que ver con el rol de este último en la construcción social de la violencia, es decir, en la formación de representaciones sociales y valores acerca de lo que se entiende como violento...” y nos aporta amplias referencias al respecto. Cfr. CAMPOS (2010:125).

22 HULSMAN define al derecho al igual que la teología moral, la interpretación de las entrañas, la astrología en cuanto a su funcionamiento como sistemas señalando que funcionan de la misma manera... “Son sistemas que tienen su propia lógica, una lógica que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente. En cada sistema, me decía, se hacen depender las respuestas de signos que no tienen nada que ver con las verdaderas cuestiones planteadas.” HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:16). Más elocuente y ejemplificativa de la posición de HUSLMAN deviene la cita que hace de ORTEGA Y GASSET: “Se construyen sistemas abstractos para sentirse seguro en tanto civilización y se trabaja para perfeccionarlos. Pero, con el tiempo, su elaboración se ha hecho detallada y las condiciones para las cuales han sido creados dichos sistemas han cambiado de tal manera, que toda esta construcción no corresponde ya a nada. La distancia entre la vida y la construcción llega a ser tan grande, que ésta se reduce a ruinas... Así HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:17).

23 Cfr CAMPOS (2010: 128-129), con referencias adicionales.

24 Así CARBONELL (1999:28-29).

25 SANDOVAL HUERTAS (1985:9).

26 Consultar SANDOVAL HUERTAS (1985), “La creación de normas penales como objeto de estudio criminológico, en síntesis, tiene un alcance mucho mayor que el que posee desde la perspectiva estrictamente jurídica”, p. 9. Más adelante señala “Estimamos, incluso, que para efectos del examen del sistema penal desde la perspectiva de la criminología crítica, la creación de normas reviste aún mayor importancia en los países latinoamericanos que en los de Europa occidental, como quiera que en estos últimos las condiciones materiales y la relativa influencia de partidos de izquierda y ecologistas, han conducido a que, al momento de proponer, dictar, abolir o modificar disposiciones penales, los intereses colectivos y de los sectores sociales mayoritarios no sean tan desatendidos como ocurre en nuestras naciones en las que, salvo excepciones, dichos intereses carecen totalmente de auténtica representación en los órganos que deciden sobre la creación de normas penales.”, p 10.

Apuntan NUÑEZ PAZ y ALONSO PÉREZ que "...la entrada en juego del control formal presupone el fracaso de las instancias de control informal, de la política social y económica que constituye la llamada PREVENCIÓN PRIMARIA y comprende, como señalan algunos criminólogos clásicos, más modernos y críticos (vid. BERGALLI, KAISER y ALBRECHT), tanto la actividad que se refiere a los delincuentes ocasionales (PREVENCIÓN SECUNDARIA) como la relativa a los autores criminales reincidentes (PREVENCIÓN TERCIARIA)"²⁷.

Cómo el poder político influye en este proceso, es precisamente lo que trataré de exponer, no sin antes resaltar lo expuesto por BARBERO SANTOS:

"La Humanidad, dice BARBERO SANTOS, se enfrenta últimamente a la agravación cualitativa y cuantitativa del fenómeno criminal. Y en no pocos Estados se observa una clara inclinación a reinstaurar una política criminal represiva, tanto en el plano de aumentar la severidad de las sanciones como en el ámbito del procedimiento, sea en la instancia policial, sea en la judicial y penitenciaria. A esta poderosa corriente confluyen

*incluso antiguos modelos liberales que se infiltran de autoritarismo y hasta de totalitarismo. El Estado tentacular moderno tiene no sólo la facilidad de convertirse en el temible Leviatán. Dispone de medios que pueden conducir a la anulación de la persona. Se ha advertido por ello del peligro de que el dirigismo y la socialización creciente del Derecho puedan desembocar en un totalitarismo no larvado. Nada de extraño que cada día se clame más por el control of control con el fin de evitar el daño que el no controlar al Estado puede ocasionar a la credibilidad del sistema y a la obligada protección de los ciudadanos y de la sociedad. Pocas dudas caben, pues, dice, de que los modelos en vigor están en crisis"*²⁸.

Resumiendo, entiendo por "criminalización" al proceso [también denominado fenómeno ²⁹] mediante el cual el Estado "crea" los tipos penales, por lo tanto, me refiero propiamente a la génesis, desde el punto de vista normativo de un fenómeno delincuencial en cuanto tal y en tanto lo percibimos. No es a lo que la criminología -desde un punto de vista

27 Así, NUÑEZ PAZ/ALONSO PÉREZ (2002:158).

28 Citado por RUIZ VADILLO (1987), con referencias adicionales. El mismo FERRAJOLI (1995) en el prólogo de la edición de su libro para la versión española señala: "Hace algunos años que el derecho penal ha asumido en Italia un insólito papel central, convirtiéndose en protagonista de una crisis política e institucional sin precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas. Nunca hasta ahora toda una clase de gobierno, quizá la más longeva y estable entre las de los países occidentales, había sido sacudida de modo semejante desde los cimientos por el ejercicio de la jurisdicción penal, ni experimentado una tal conmoción junto a amplios sectores del mundo económico y financiero, p. 9.

29 En filosofía, el fenómeno (del griego: φαινόμενον: 'aparición, manifestación', en plural: phenomena φαινόμενα) es el aspecto que las cosas ofrecen ante nuestros sentidos; es decir, el primer contacto que tenemos con las cosas, lo que denominamos experiencia. La misma palabra hace pensar que detrás del fenómeno puede existir una estructura no perceptible directamente, el filósofo Immanuel Kant lo llamó nómeno.

Continúa en la siguiente página

estrictamente formal- llama el análisis del delito en cuanto tal, o la dogmática reconoce de manera generalizada como el tipo penal [Tatbestand en alemán³⁰]. De la misma manera, aclaro desde ya, que ese fenómeno de criminalización es conceptualizado en este texto no como un punto específico y determinado que no trasciende de la creación jurídica (promulgación de una ley), sino que es percibido como un proceso dividido en varios niveles.

Una segunda conclusión de lo expuesto constituye por consiguiente entender que más importante que el estudio del proceso de criminalización, entendido como la génesis de los tipos penales (delitos) de especial importancia para la comprensión de la operatividad del sistema jurídico penal y su individualización [direccionamiento del tipo a

un sujeto determinado con consecuencias con respecto a ese sujeto], siguiendo el lenguaje de Kant, debemos avocarnos al estudio del fenómeno del delito, entendido el delito como un proceso que va desde el arquetipo normativo (tipo penal) hasta su aplicación a un sujeto determinado, comprendiendo que la aplicación del tipo se agota con el cumplimiento de una pena, esto es, tratar de comprender el delito tal y como se nos presenta en la realidad.

c) *El proceso de creación del derecho.*

Evidentemente, no me propongo aquí hacer una amplia exposición del proceso de formación de las leyes en nuestro medio, no interesa para los fines de este trabajo, baste con indicar que las leyes son discutidas y

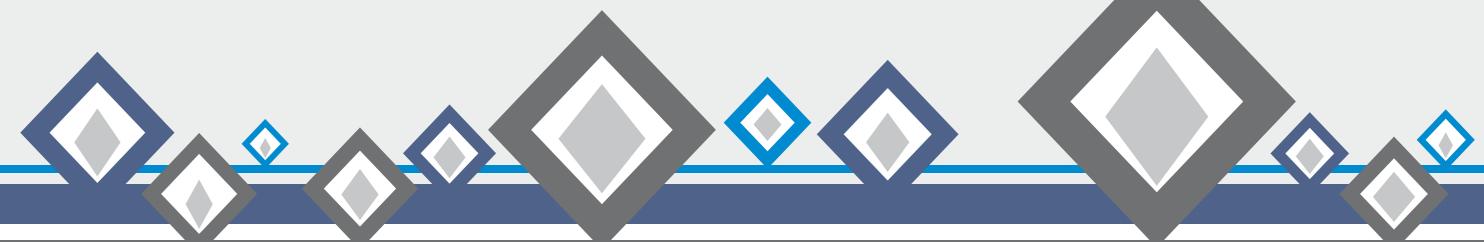
Durante mucho tiempo se valoraba como verdadero lo que “estaba oculto” más allá de la apariencia, del fenómeno, y el intento del conocimiento era “desvelar” eso oculto como esencia, la cual así como diversas clases de verdad. El término fenómeno tiene un sentido especial en la filosofía de Kant, al poner en contraposición el concepto de fenómeno con el de noumeno. Los fenómenos constituyen el mundo tal como lo percibimos, en oposición al mundo tal como existe independientemente de nuestra experiencia, a lo que Kant llama «la cosa en sí misma» (Das Ding an sich). Según Kant, el ser humano no puede conocer las cosas-en-sí-mismas, sino solamente las cosas tal como las percibe o experimenta. Por lo tanto, la tarea de la Filosofía consiste en tratar de comprender el propio proceso de la experiencia. El concepto de “fenómeno” condujo a una corriente de la filosofía conocida como Fenomenología. Entre las figuras señeras de dicha corriente se encuentran los filósofos alemanes Hegel, Husserl y Heidegger, así como el francés Derrida.

La versión kantiana de los fenómenos se ha considerado asimismo que ha influido grandemente en el desarrollo de los modelos psico-dinámicos en la Psicología, así como de las más recientes teorías sobre el modo en que interaccionan el cerebro, la mente y el mundo exterior. Así <http://es.wikipedia.org/wiki/Fen%C3%B3meno>, consultado el 07 de septiembre de 2011.

- 30 Concepto introducido por Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906. Tatbestand debe entenderse como un estado que involucra tanto la Tipicidad (Rechtsbeschreibung) como las circunstancias del hecho (Tatumstände) [En castellano se habla por lo general de tipo objetivo y de tipo subjetivo, que corresponde en alemán a „objektiven“ und „subjektiven“ Vertypung (tipo). Tiedemann señala, que el concepto “Tatbestand” -al contrario de una gran cantidad de interpretaciones erradas- las que sobre todo conforman la teoría del tipo, representa una categoría penal específica ante todo clara, la que no coincide con el concepto de tipo penal (Gesetzatbestand) ni con el concepto de Tatbestand en la teoría general del derecho (como suma de presupuestos jurídicos) [Cfr. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, p. 22 s., con más referencias. Sobre el concepto de Tatbestand como tal Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993: 6/46 ss.]. El concepto de Tatbestand como parte de la teoría jurídico-penal puede definirse de la siguiente manera:

Tatbestand = objektiver Tatbestand + Vorsatz (tipo objetivo + dolo)

Acerca de este concepto con un tratamiento más amplio, puede consultarse SALAZAR (2000:158). Así como la literatura allí citada.



aprobadas en la Asamblea Legislativa³¹ y luego de este proceso, son sancionadas por el Poder Ejecutivo. De la misma manera, salvo las excepciones previstas en la misma Constitución como iniciativas populares, la iniciativa en el proceso de formación de las leyes corresponde en períodos de sesiones ordinarias a los mismos miembros de la Asamblea Legislativa y en períodos de sesiones extraordinarias al Poder Ejecutivo; este sería, en síntesis y a groso modo, el proceso resumido.

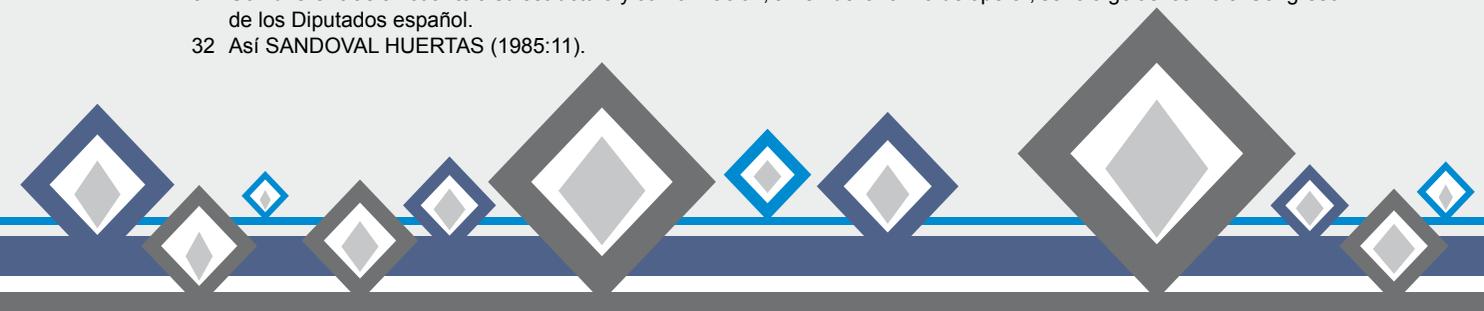
Claro está, que las anteriores son las previsiones de orden jurídico y marco legal que rige para tales efectos. “No obstante esa intrínseca importancia de la etapa de la que hablamos, ésta ha sido particularmente descuidada en los análisis criminológicos y cuidadosamente disimulada, casi escondida, a los ojos de la colectividad. Por eso con alarmante frecuencia se cree que la expresión “sistema penal” alude solo a instituciones jurisdiccionales y administrativas, como si las normas penales constituyesen un dato dado y natural, proveniente de un “ser superior” cuyas decisiones fuesen incuestionables, o como si los legisladores pudieran ser un ente neutral y abstracto, al margen o por encima de los conflictos sociales”³².

“Buena parte del éxito de los modelos sociológicos estriba en la utilidad práctica de la información que suministran a los efectos político-criminales. Pues sólo estas teorías parten de la premisa de que el crimen es un

fenómeno social muy selectivo, estrechamente unido a ciertos procesos, estructuras y conflictos sociales, y tratan de aislar sus variables. Claro que algunas formulaciones macrosociológicas llegan a prescindir por completo del hombre, desindividualizando -despersonalizando- la explicación del suceso criminal, que pierde así su faz humana (vg. teoría sistémica). Que otras confunden las realidades estadísticas con las axiológicas, el mundo empírico y el de los valores, confiando a la aritmética de las mayorías sociales la distinción entre lo normal y lo patológico (vg. el relativismo y la neutralidad axiológica de la teoría de la desviación); o, en otro sentido, corren el riesgo de identificar el discurso sociológico y el político, equiparemos autenticidad y legitimidad (vg. teorías subculturales). Que algunas teorías exacerban la relevancia de ciertos conflictos sociales en la génesis de la criminalidad (versiones radicales del modelo conflictual) o asignan a la reacción y a los mecanismos del control social (procesos de criminalización) una desmedida función «constitutiva», creadora de delincuencia (naturaleza «definitorial» del delito según

31 Con diferencias en cuanto a su estructura y conformación, amén de la forma de operar, sería algo así como el Congreso de los Diputados español.

32 Así SANDOVAL HUERTAS (1985:11).



el «labelling approach»), desentendiéndose del análisis de la «desviación primaria»³³.

Desde luego, que en torno al tema del poder político y su injerencia en el proceso de criminalización, es aquí en donde cobra especial relevancia lo hasta ahora expuesto.

Lo anterior, precisamente a partir de la conceptualización del derecho como manifestación del poder de Estado, la pregunta es ¿cuál poder, el “derivado” o el “oculto”?; lo no dicho, lo no expuesto tiene que ver y está íntimamente ligado con ese poder “oculto” y su influencia en el proceso de criminalización, puesto que el ejercicio del poder “derivado” dentro del marco legal preestablecido, con transparencia y en aras del interés colectivo, que es una de las metas manifiestas del Estado, no ofrece mayor problema y más aún, es un ideal por alcanzar, más que ello, diría yo, una utopía o una quimera de la que se alimentan los ingenuos que consideran que el Estado como tal existe que es un ente con vida propia, que tutela los intereses colectivos y se olvidan que al igual que el derecho, el Estado no es más que una ficción legal, que representa los intereses de quien ejerce el poder y no necesariamente el poder derivado como se expuso, sino por el contrario y esto es lo grave, el poder “oculto” de ciertos grupos y/o sectores sociales que se manifiestan precisamente a través del derecho en salvaguarda de sus intereses particulares y con un claro objetivo de mantenimiento del orden establecido.

“Dicha mimetización de la relevante injerencia del legislador en la configuración del sistema penal, no es gratuita ni fortuita. Ella, en efecto, tiende a conseguir que aquellas instituciones políticas en las que, por su carácter exclusivista, mejor se reflejan las relaciones de dominación, queden a salvo de las críticas y reacciones por el funcionamiento del sistema penal y que estas sean soportadas exclusivamente por los aplicadores de normas. Contemporánea y especialmente en los países latinoamericanos, sin embargo, preténdese hacer pasar inadvertido aún algo más, a saber: que, en forma sistemática, la función de legislar en materia penal no está siendo desempeñada por las entidades de la rama legislativa a las que teóricamente está asignada, sino que ha venido siendo asumida por el poder ejecutivo”³⁴.

En nuestro medio por ejemplo, desde hace aproximadamente tres lustros, se ha manejado la tesis de que la legislación penal, por su carácter “especialmente técnico”, requiere de un tratamiento y abordaje por “expertos” que comprendan el funcionamiento del sistema y que se encuentren “verdaderamente” capacitados para tal labor. Ello ha significado incluso, que el mismo Poder Legislativo a través del mecanismo de los denominados textos sustitutivos³⁵, se haya visto limitado en

33 Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994).

34 Ver SANDOVAL HUERTAS (1985:11).

35 Esto es que una vez sometido un proyecto de ley a discusión en la Asamblea Legislativa y previo al acto de aprobación, se sustituye el texto del proyecto por otro, supuestamente más preciso, corregido y ampliado, que evade el escrutinio legislativo precisamente por su alto grado de tecnicismo.

su función de analizar y discutir las leyes, pues ésta labor ha sido realizada por los tecnócratas del Poder Judicial, quienes les hacen llegar los textos legales como paquetes “listos para ser aprobados”.

Ya el mismo SANDOVAL HUERTAS ha expuesto lo antes dicho al señalar que “de una parte, acudiendo muchas veces al argumento de que la creación de ciertas normas requiere un manejo “altamente técnico”, dizque incompatible con la discusión de grupos más o menos numerosos, se restringe aún más la ya reducida participación democrática, que menos difícilmente podría tener lugar, mediante el conocimiento y debate previos de las futuras normas, si se siguieran los canales legislativos ordinarios”³⁶.

Resumiendo, el proceso de formación de la ley es un proceso más complejo de lo que se piensa, varía desde luego de país en país y por tanto, su análisis no admite ningún tipo de generalización.

Al abordar el proceso de creación del derecho, debe de tenerse presente, que no existe prácticamente un acceso directo para la proposición de fórmulas legales, sino que son ciertos sujetos quienes ostentan legitimación para la proposición de textos legales, su discusión, posterior aprobación y/o improbación.

De la misma manera, no siempre quienes formalmente discuten y aprueban la ley, son

quienes conocen los intrincados conflictos y problemas internos del texto jurídico, pues incluso en algunas ocasiones se ocultan detrás de fórmulas un tanto complejas, las verdaderas motivaciones y/o intereses existentes detrás del texto legal.

Como una tercera conclusión de lo dicho, se extrae que factores determinantes del contenido de la ley lo son todos aquellos “componentes” meta jurídicos que, de una u otra forma, influyen en el proceso de formación de la misma.

Si el derecho es [como aquí se ha expuesto] una manifestación de poder del Estado, importa en consecuencia y de una forma determinante, conocer las fuentes de poder “oculto” que influyen directamente en el proceso de formación de las leyes.

Las leyes no serán otra cosa, que el fiel reflejo de los intereses [derechos] de quienes ejercen ese poder y por tanto, responderán de forma directa a la salvaguarda y protección de esos intereses, esta y no otra será la función que cumplan las leyes penales, por lo que el concepto de delito o delincuente no son categorías ontológicas, sino que por el contrario, son fenómenos absolutamente normativos.

d) El delito como un problema o como un conflicto.

Otro aspecto de importancia capital es la concepción que se tenga del delito como

³⁶ Así SANDOVAL HUERTAS (1985:14). Continúa señalando: “En países como los latinoamericanos, donde, generalmente, los sectores sociales mayoritarios están actualmente separados de la posibilidad concreta de controlar los órganos de la rama legislativa, la mencionada acumulación de poder en manos del ejecutivo no configura un mecanismo para eludir la eventual oposición de congresos o parlamentos contra los intereses de grupos dominantes, pues estos últimos, por lo antes dicho, carecen entonces de cualquier motivo para temer que el enfrentamiento de esa especie adquiera, a corto o mediano plazo, unas características tan agudas como para que situación de privilegio peligre.”



fenómeno social³⁷. Ya he expuesto que considero el delito como una manifestación de poder del Estado, la pregunta ahora es, ¿se manifiesta el Estado para solucionar un problema, o por el contrario, la meta es enfrentar un conflicto?.

Señala HASSEMER que autor y víctima representan la realidad de la que se ocupa el Derecho penal, ambos son los actores del caso práctico jurídico-penal. El «conflicto por desviación» que el sistema penal ha de solucionar o, en su caso, tratar con su instrumental, surge entre personas, cada una de las cuales juega su papel en el caso, el papel del autor y el de la víctima³⁸. Allí mismo el autor manifiesta sus reservas acerca de si resulta o no probable que el sistema penal

pueda «solucionar» verdaderamente los problemas de los que se ocupa.

Si el delito es visto como un problema y como comúnmente se le denomina, como un problema social³⁹, al que se le atribuye una entidad grave, no tiene sentido que el Estado como tal no pueda solucionar el problema, pues lo más simple, dado que el Estado es el que crea los tipos penales, bastaría con dejar de crear tipos penales para evitar que nuevos delitos aparezcan y además, con la simple derogación de tipos ya existentes, dejaría de criminalizarse esas conductas, con lo cual, disminuiría sensiblemente el fenómeno delictual, pudiendo incluso llegar a desaparecer⁴⁰.

37 El mismo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), en torno a los modelos explicativos del fenómeno delictual de corte sociológico señala: "Pero prescindiendo de tales excesos, los modelos sociológicos constituyen hoy el paradigma dominante y han contribuido decisivamente a un conocimiento realista del problema criminal. Muestran la naturaleza «social» de éste y la pluralidad de factores que interactúan en el mismo; su conexión con fenómenos normales y ordinarios de la vida cotidiana; la especial incidencia de variables espaciales y ambientales en su dinámica y distribución, que otorgan, por ejemplo, un perfil propio a la criminalidad urbana; el impacto de las contradicciones estructurales y del conflicto y cambio social en la dinámica delictiva; el funcionamiento de los procesos de socialización en orden al aprendizaje e identificación del individuo con modelos y técnicas criminales y la transmisión y vivencia de dichas pautas de conducta en el seno de las respectivas subculturas; el componente definitorio del delito y la acción selectiva, discriminatoria del control social en el reclutamiento de la población reclusa, etc."

38 Así HASSEMER (1984:31).

39 Para la Criminología el delito se presenta, ante todo como un «problema» social y comunitario, caracterización que exige del investigador una determinada actitud (empatía) para aproximarse al mismo. Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2001):61.

40 Cfr. JORGE MESAS (1994): "Este es, pues, el marco teórico en el que se desenvuelven los autores abolicionistas, esto es, partidarios de la supresión del Derecho penal. La crítica a la legitimidad de la sanción penal y a la función del sistema penal es lo que los lleva a propugnar en principio su desaparición. Aún dentro de los abolicionistas cabe distinguir entre aquellos que llegan hasta las últimas consecuencias, puramente abolicionistas, de preconizar la total y radical abolición del Derecho penal, como MATHIESEN y HULSMAN, y aquellos que postulan una drástica reducción del mismo, como BARATTA (con su propuesta de «minimalización penal»), o aceptan la referida reducción, como situación provisional de tránsito hacia la total abolición. Un elemento esencial en las posturas de minimalización penal es la desaparición de las prisiones.

Todos estos autores, tanto los que proponen soluciones extremas como los que se decantan por otras más matizadas, integran un grupo, en la base de cuyas concepciones se encuentra la idea de que el sistema penal es una forma de control social que sirve al poder de la clase dominante en la sociedad capitalista. El poder actúa etiquetando como delincuentes a determinados individuos, en un proceso de criminalización selectiva, con el fin de someterlos al rigor coactivo del Estado, para lograr el mantenimiento de las relaciones de dominación, en beneficio de los poderosos. El crimen no tiene una realidad ontológica, sino que es un concepto artificial, definiéndose las conductas criminales en función del mantenimiento de las relaciones de poder".

De lo dicho se concluye por consiguiente, que el delito no es un problema y no puede serlo, lo cual nos deja ante la visión del delito como un conflicto⁴¹. El conflicto como tal existe desde que se enfrentan por una parte sectores sociales que procuran criminalizar una conducta, con otros sectores que buscan cómo evadir la acción criminalizante del Estado⁴².

En una oportunidad, tuve -y lo digo sin ningún reparo-, que ejercer una defensa técnica de un sujeto que no reúne el perfil de mi clientela común. Se trataba de un sujeto proveniente de una familia disfuncional, con un padre quien había pasado la mayor parte de su vida en prisión, con una madre adicta

abandonada. El sujeto además era padre de familia y vivía en una de las zonas calificadas como de las más duras por la policía, en donde incluso, la misma policía suele evitar ingresar por lo peligroso que ello resulta.

Con el transcurso del tiempo, entablamos una especie de amistad, un tanto utilitaria pues el sujeto y yo no teníamos nada en común, más que el hecho de que yo era su defensor y él mi cliente, pero se trataba de un adulto joven, con un largo expediente de ingresos y salidas de prisión, con constantes enfrentamientos con la justicia [es decir, un individuo prisionizado⁴³]. En una oportunidad hablando un poco de sus problemas legales y la incidencia delictiva reiterada me expuso

41 Al respecto señala JORGE MESAS (1994): "El sistema de la justicia penal constituye un mecanismo, o más bien una maquinaria, de respuesta frente al problema de la criminalidad: es el llamado sistema del control social formal, que es objeto de estudio por la criminología moderna, como consecuencia del influjo de la sociología y de modernas teorías, como la del «labelling approach» (teoría del etiquetamiento y de la reacción social).

Surge por tanto, y tiene su razón de ser en ello, como una de las respuestas o soluciones para el hecho criminal. Pero éste último es un fenómeno complejo que no se agota en el delito y el delincuente, los cuales constituyeron el objeto de la criminología tradicional, positivista, hasta el nacimiento y consolidación en su seno de la victimología.

A la vista de las aportaciones científicas de la nueva disciplina, podemos -y debemos- considerar al fenómeno criminal como comprensivo de los siguientes términos o elementos, que lo integran:

a) El delincuente y su medio) (su persona, sus características y su medio).

b) El delito y su correlativo, la victimización (qué son, cómo son, cuál es su génesis respectiva; cómo se controla el delito y cómo se previene, se impide o se trata la victimización). Ambos conceptos son sub aspectos de una misma realidad, aunque en algunos casos pueden existir delitos sin victimización en el sentido más estricto; y son susceptibles de considerarse como producto de la interacción delincuente-víctima-medio social.

c) La víctima (sus necesidades y expectativas, su medio, su influencia en el delito, etc.)."

42 Aunque con cierta crítica [no del todo clara sobre esta noción], señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE: Aunque el objeto de la Criminología, como el propio origen etimológico de la palabra indica, es principalmente el estudio (empírico) de la criminalidad, es decir, del conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial, en el lenguaje cotidiano y en la apreciación vulgar (aunque también a veces en la exposición científica) el fenómeno de la «criminalidad» se suele explicar en clave de enfrentamiento entre dos actores o protagonistas: el autor, o si se prefiere, el delincuente, por un lado, y la víctima, por otro. Desde este punto de vista, el delito en particular y la criminalidad en su conjunto no sería más que la consecuencia de un conflicto entre dos personas o roles, en que alguien, el delincuente, lesiona injustamente los intereses de otro, la víctima. Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001):37-38. Nótese que la noción aquí planteada, hace referencia más a conflicto entre clases (en el plano político), que entre sujetos en cuanto a la conducta individual.

43 Este concepto fue creado por Clemmer en 1958 al estudiar la repercusión de la subcultura carcelaria y de la vida institucional sobre los internos. Este autor define la prisionización como la «adopción», en mayor o menor medida, de los usos y costumbres, y en general, de la cultura de la prisión. Estima la prisionización como «e(l) proceso de asimilación, lento, gradual, más o menos inconsciente durante el cual una persona aprende lo suficiente sobre la cultura de una unidad social en la que se ve tan insertado como para resultar característico de ella». Así LEGANÉS/ORTOLÁ (1999:346-347).

su situación, tratando de ser fiel al relato procuraré reproducir lo que me indicó⁴⁴:

“Vea licenciado, yo tengo un problema muy grande. Mi tata ha pasado media vida en el tabo, yo me he mamado un canaso larguísimo y tengo fama de que me pongo la leva. En mi barrio, si uno quiere que le respeten el chante y la vara, tiene que echar pa’ lante en todo momento, porque si no los cacos le pierden respeto y se lo lleva puta y tiene que jalar. Yo no tengo pa’ onde arrollar la mica, tengo dos güilas y la doña y si no quiero que las agarren feo, tengo que mantener la reputación. Ahora a los pintillas les agarra la nota de que para que los respeten, tienen que echarse con un mono bravo, es la única forma de probar que no se arrugan, entonces llego al barrio y uno de esos pintas pura tuza me sale armando un mosquero, solo para que les den la entrada en la pelota y si yo me aculo, el chamaco me jode, no queda más

que sacar la máquina o el pico y joderlo o sino el chamaco me jode. ¿Y qué cree?, otra vez va uno embroncado con un palmo, vienen los amigos, compas, hermanos y se arma el despiche. Es una maldición que lo persigue a uno, ¿qué voy a hacer?”⁴⁵.

Como puede apreciarse del relato antes descrito, que como indiqué procuro ajustar en lo posible a la realidad, se infiere que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincriminal difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire⁴⁶. Desde luego, para “mi cliente” el problema no es el delito en sí, no radica en la criminalización, el problema es que el delito le persigue, porque vive con él, no tiene opción.

De otra parte, este tipo de personas han hecho del delito una forma de vida, que incluso al estilo de los aprendices medievales, repiten como un oficio de generación en generación, perpetuando el ciclo del crimen y constituyéndose en una clase social⁴⁷,

44 Trataré de emplear aquí el lenguaje en la jerga común en la que se comunican estos sujetos, para evidenciar y poner de manifiesto el denominado proceso de prisionización idiomática.

45 Para posibilitar una mayor comprensión del texto, apporto la interpretación de algunos de los términos empleados: Tata=padre. Tabo=cárcel. He mamado=he estado. Canaso=largo período en prisión. Leva=soy pependenciero. Respetar el chante y la vara=respeten la casa y sus pertenencias. Echar pa lante=enfrentar la situación. Se lo lleva puta y tiene que jalar=la situación se complica y debe abandonar. Arrollar la mica=recoger mis cosas. Güilas=hijos. Pintillas=maleantes incipientes. Agarrar la nota=creer. Echarse con un mono bravo=enfrentarse a una persona con mala reputación. Pinta pura tuza=maleante incipiente sin reputación. Mosquero=problema. Pelota=turba, mara. Si me aculo=si no enfrento. Máquina=arma de fuego. Pico=arma blanca. El chamaco me jode=el maleante me va a hacer daño. Embroncado con un palmo=acusado de homicidio. Se arma el despiche=se arma la marimorena.

46 Señala HULSMAN: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52).

47 Haciendo un análisis de la incidencia delictiva en Costa Rica, por oficio o profesión, ENRIQUE CASTILLO señala que “...la administración de la justicia tiene una clientela que recluta sustancialmente de oficios que, en nuestro medio, son característicos de los estratos más bajos de la población costarricense, en su mayor parte, oficios manuales”. Así CASTILLO, E. (2008:291-292).

destinada por supuesto a ser clientela de los aparatos de poder estatal encargados del control social formal, a través del subsistema jurídico penal.

El control social penal es un subsistema en el sistema global del control social; difiere de éste por sus fines (prevención o represión del delito) y por los medios de los que se sirve (penas, medidas de seguridad, etc.). En el mismo sentido se manifiesta gran parte de la doctrina alemana capitaneada por KAISER, cuando afirma que el control del delito se diferencia del control social porque se limita por sus fines y empleo de medios, a la prevención o represión de delitos⁴⁸.

Por lo expuesto, quienes viven ajenos a esta realidad y no comprenden que con su apatía y la desigualdad social en la que habitan, segmentarizan la sociedad y con ello provocan mayor distanciamiento social, tampoco pueden comprender que el delito más que un conflicto en sí mismo, es una forma de enfrentar el problema generado por el conflicto de clases, la no conformidad de ciertos agentes con los roles asignados a cada uno y la falta de mecanismos que posibiliten la movilidad social, que a la postre es terreno fértil para el desarrollo de comportamientos socialmente inaceptables y sancionados penalmente.

“Desde el punto de vista social, no es exagerada la afirmación de que la columna vertebral de la sociedad es su sistema de estratificación social. Si la delincuencia tiene sus imbricaciones profundas en la estructura de clases, es

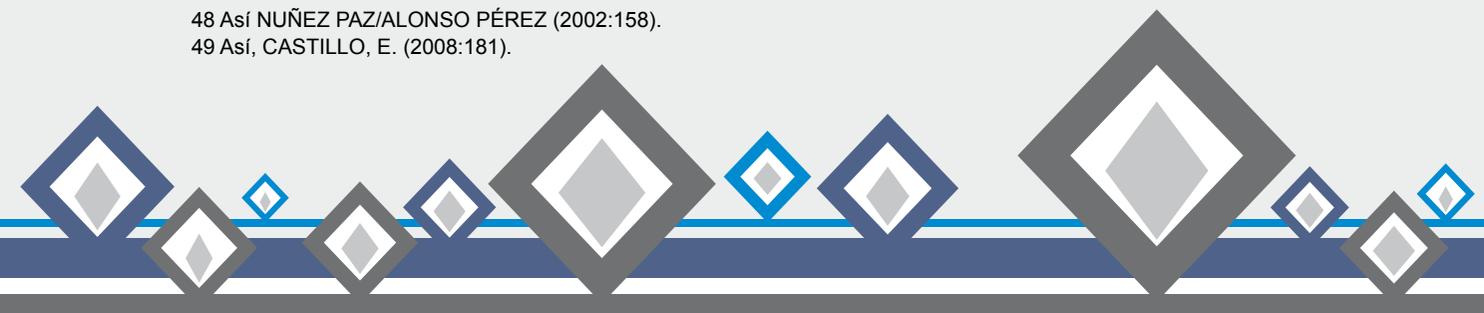
algo que debemos determinar a ciencia cierta y demostrar en toda su extensión. La estructura de clases tiene ramificaciones profundas en la desigual distribución de la riqueza, el prestigio y el poder, y estas tres dimensiones de la estratificación plantean interrogantes esenciales respecto de la delincuencia, que los sociocriminólogos latinoamericanos tenemos la responsabilidad de tratar de resolver mediante la investigación”⁴⁹.

Al respecto, resulta ilustrativo lo que CASTILLO nos apunta: “...de acuerdo con los conocimientos comúnmente aceptados en la criminología moderna, estos delitos, como hurto y robo, son propios de las capas socio-económicas más bajas de la población, con la excepción de dos o tres de ellos, como la estafa mediante cheque y el libramiento de cheques sin fondos.

Lo anterior puede significar que las desigualdades del sistema social costarricense y su estructura socio-económica están conformando (o deformando?), la actividad de la administración de la justicia y que esta es llevada a dedicar una parte importante de sus esfuerzos en mantener la separación entre los titulares de la propiedad y aquellos que quieren alcanzarla por medios que el ordenamiento jurídico ha definido como ilícitos. En esta última instancia, podría significar también por esa vía, que la administración de la justicia es llevada, inadvertidamente, a consolidar un estado

48 Así NUÑEZ PAZ/ALONSO PÉREZ (2002:158).

49 Así, CASTILLO, E. (2008:181).



de desigualdad social, legitimado por la ley penal, a la que tiene que dar cumplimiento”⁵⁰.

Claro está, que tampoco se debe caer en la ilusión de que únicamente las clases más desposeídas son las que delinquen, ni tampoco que dentro de los sectores sociales que se encuentran en las altas esferas del poder no se delinque⁵¹, recuérdense aquí las palabras de ZAFFARONI citadas al inicio de este texto “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales”. Lo que quiero evidenciar y quedará de manifiesto más adelante, es que si bien es cierto, el fenómeno delincuencial se presenta aunque ya diferenciado y con mayor incidencia en ciertos delitos ubicados igualmente en ciertas clases sociales, hay delinquentes en todos los estamentos de la sociedad.

Lo que sucede, es que el sistema jurídico-penal no reacciona igual cuando se trata de unos u otros sujetos, y ello provoca que el fenómeno delincuencial en las altas esferas sociales, se disimule por la operatividad del sistema. Sin embargo, es indudable que la criminalización primaria, a la que ya me he referido de manera inicial⁵², es en primera instancia la definidora de las conductas delictivas mientras que la criminalización secundaria, se encarga más que todo de la aplicación efectiva de ese primer proceso,

con lo cual se cierra el círculo de selectividad social, no obstante como veremos, aquí prefiero estratificar los fenómenos de criminalización en cinco niveles, y abandonar por completo esa diferenciación que parece no enfoca con la precisión requerida lo que pretendo exponer.

“Hay que advertir, sin embargo, que en aquella valoración que los sectores dominantes hacen contemporáneamente de la importancia del sistema penal, no parece haber exageración alguna. En efecto, si se tiene en cuenta que dicho sistema constituye, por excelencia, una de las formas más violentas y extremas de control social, resulta entendible (no justificable, ni mucho menos plausible) que los grupos dominantes procuren utilizar las instituciones penales con las mayores intensidad y celeridad posibles, para enfrentar (no para solucionar, lo que implica medidas totalmente distintas) la actual agudización de los conflictos sociales, esto es, para defender posiciones de privilegio”⁵³.

Como corolario de lo expuesto, debemos aceptar en consecuencia, que el delito

50 Así, CASTILLO, E. (2008:294).

51 “Desde este último punto de vista, la teoría funcionalista de la anomia ha sido desarrollada por Richard A. Cloward y L. E. Ohlin como teoría de las subculturas criminales basada en las diversidades estructurales de las chances que tienen los individuos de servirse de medios legítimos para alcanzar fines culturales. Según estos autores, la distribución de las chances de acceso a los medios legítimos sobre la base de la estratificación social está en el origen de las subculturas criminales en la sociedad industrializada, especialmente de aquellas asumen las formas de bandas juveniles. En el ámbito de ellas se desarrollan normas y modelos de comportamiento desviado respecto de aquellos que son característicos de los estratos medios. La constitución de subculturas criminales representa, pues, la reacción de minorías desfavorecidas y su tentativa de orientarse dentro de la sociedad, no obstante las reducidas posibilidades legítimas de actuar de que disponen. Así BARATTA (1986:67).

52 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, n. p. [26].

53 Así SANDOVAL HUERTAS (1985:18).



(producto de la criminalización estatal) no pretende bajo ninguna tesitura “solucionar” problema alguno, más bien, me atrevo a afirmar que es la forma de enfrentar un problema que consiste en la no conformidad de ciertos sujetos con las normas de convivencia y los roles asignados y establecidos por una minoría dominante a las grandes mayorías que conforman la sociedad⁵⁴.

Esta forma de enfrentar el problema, ha sido el control social formal, que se expresa como el ejercicio legal y monopolístico de la violencia

⁵⁵por parte del Estado, que es producto del ejercicio del poder político “oculto”, que en no pocas ocasiones, es ejercido por quienes ostentan un poder político “derivado”, pero que no necesariamente son coincidentes y en no pocos casos, ese mismo poder político “oculto” coloca en los estamentos del poder político “derivado” a agentes que representan sus intereses y así se aseguran su beligerancia política.

Ha de indicarse sin embargo, que ese poder político “oculto” no se limita a la producción

54 Este proceso lleva a ciertos individuos a conformar una especie de segmento social perteneciente al reclusorio y que pasa a formar parte de la clientela de los centros penales. El proceso de encarcelamiento, genera ciertos procesos sociales y llega incluso a crear una subcultura carcelaria. Siguiendo aquí a LEGANÉS/ORTOLÁ, resulta por demás interesante lo expuesto en su trabajo, acerca de lo que denominan subcultura carcelaria, no me ocuparé en este punto al respecto para lo cual remito al lector a dicha obra p. 342 y sgte. Si embargo, quiero rescatar lo que denominan “El «código» del preso, el cual ilustra claramente mi punto de vista. Señalan al respecto: “Existe, al parecer, un sistema universal de valores de los presos, es decir, hay un «código» integrado por normas que constituyen (dada la severidad de las «sanciones» derivadas del incumplimiento) modelos de conducta para los internos, a pesar de los países y de la diferencia de prisiones en los mismos [con cita de CABALLERO MORENO]. Según este autor [se refieren aquellos], los preceptos fundamentales del preso pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- Normas que imponen cautela: La premisa principal es «no inmiscuirse en la vida del prójimo», cada uno debe ir por su camino, sin hacer preguntas y sin hablar demasiado de los problemas propios. Cada cual ha de ir a lo suyo, buscando discretamente, salir lo antes posible en libertad, y mientras que está en prisión el objetivo es conseguir el mayor número posible de privilegios y placeres. La clave está en no «chivarse», lo que sucede entre los presos no debe llegar a oídos de los funcionarios. El preso debe ser leal a su grupo frente al de los funcionarios que es el enemigo.
- Normas que prescriben no ser conflictivo: No se debe perder la cabeza, deben evitarse las discusiones y peleas. La actitud debe ser fría y evitar irritarse con la vida diaria de la cárcel. Ahora bien, una respuesta violenta se considerará correcta cuando haya una clara provocación y, por lo tanto, se debe actuar contra el adversario sin pedir ayuda a los funcionarios, sólo podrá pedir colaboración a sus amigos o colegas.
- Normas que prescriben no explotar a los demás presos mediante fuerza, fraude o engaño. Además de otras como pagar las deudas, no faltar a la palabra dada, no robar a otros, etc.
- Normas que giran en torno al mantenimiento del «yo»: Se debe ser «duro», resistente a las frustraciones y a los peligros de la vida en prisión. Hay que mantener la integridad de la propia personalidad frente a la privación. No hay que buscar pelea pero tampoco hay que aguantarse si le buscan a uno ya que un hombre debe de responder...
- Normas que prescriben desconfianza y hostilidad hacia los funcionarios: Y no sólo a estos sino también al resto de la sociedad pues por las injusticias de la misma están en prisión. Si hay conflicto entre funcionarios y presos, hay que dar la razón por sistema a estos.

Hay autores que discuten acerca de la existencia de este «código», al se afirma por algunos en el modelo norteamericano, se niega por otros en el modelo alemán, al respecto ver LEGANÉS/ORTOLÁ (1999): 342-346. En lo que respecta a Costa Rica, por experiencia personal puedo afirmar que existe y se encuentra en plena vigencia sin lugar a dudas.

55 LUHMANN hace un apunte interesante en torno al Estado como monopolizador del ejercicio de la violencia, señala: “El surgimiento del Estado soberano moderno basado en el monopolio de la toma de decisiones sobre el uso de la violencia física, y su inflación a un grado de complejidad que difícilmente puede controlarse, es el ejemplo más significativo de este desarrollo en el ámbito social general [se refiere al principio de discontinuidad entre el sistema y el entorno, dentro de la teoría de los sistemas]. Al mismo tiempo, esta teoría del poder explica el modo en que esta situación es propicia para la revolución, es decir, para el recurso de la violencia con el objeto de modificar un sistema incontrolablemente complejo, por medio de la progresión regresiva”. Así LUHMANN (2005:94-95).

jurídica, y en particular la producción jurídico-penal, más bien, el derecho penal a través su aplicación es solo una de las formas de manifestación del mismo, existen desde luego otras formas de su ejercicio, baste nada más un par de ejemplos para evidenciar mi dicho, piénsese en los distintos discriminantes mecanismos existentes para la selección de los agentes que se dedicarán al ejercicio efectivo del poder “derivado” (entiéndase el ejercicio efectivo del derecho a elegir y ser elegido en ciertos cargos públicos), decisión que recae por lo general en los partidos políticos de una manera clara y evidente.

Otra forma de manifestación del poder “oculto” lo constituyen los procesos de selección de los beneficiarios del crédito público o las subvenciones estatales, una manifestación más grave y sutil, consiste en las grandes diferencias cualitativas al comparar la calidad de la educación privada (de acceso a las minorías económicamente privilegiadas) en relación con la educación pública a la que acuden las mayorías desposeídas o con menor acceso a la riqueza y que se yergue como la más sutil forma de segregación social por desigualdad de oportunidades⁵⁶. “El carácter complementario de las funciones ejercidas por el sistema escolar y por el penal responde a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, conservar la realidad social. Esta realidad se manifiesta con una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, en correspondencia con una estratificación en cuyo fondo la sociedad capitalista desarrolla zonas consistentes de subdesarrollo y marginación”⁵⁷.

56 Cfr. CASTILLO, E. (2007:444-445).

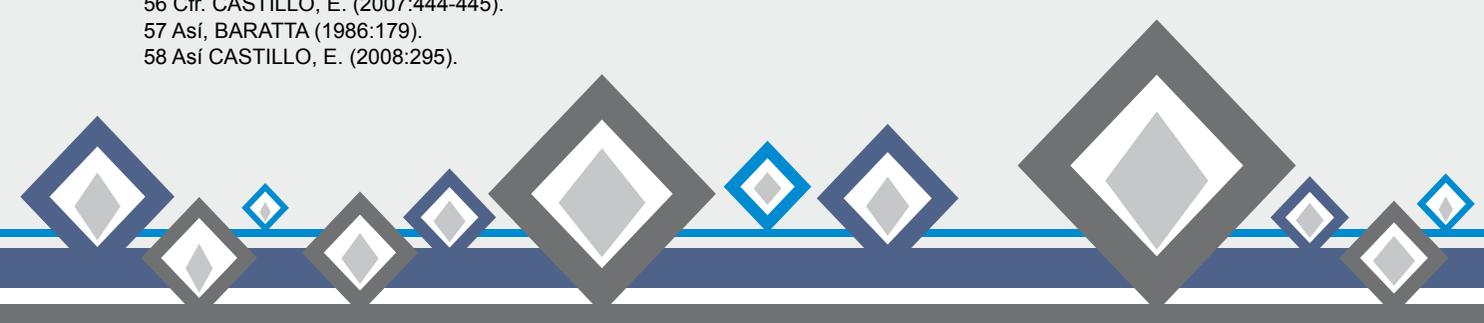
57 Así, BARATTA (1986:179).

58 Así CASTILLO, E. (2008:295).

Lo dicho vale *ceteris paribus* para la selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia por ejemplo. CASTILLO nos retrata al Poder Judicial de una manera muy descriptiva, al referirse sobre la contextura y el contexto estructurales de la justicia penal y el condicionamiento que de él hacen la constitución real del país.

Al respecto señala: “...y la conclusión que en este plano se puede derivar de la observación de la realidad es la de que la justicia penal corresponde muy poco al concepto de un sistema dinámico encargado de «restablecer el ordenamiento jurídico», «de dar a cada quien lo suyo», o de «ajustar y reconciliar intereses contrapuestos». Más bien se adecua al concepto de administración de justicia como uno de los componentes mayores del engranaje estatal, como la actualización vertical del poder del Estado, cuyas normas, cuya estructura y cuyos condicionantes se dan desde fuera del sistema jurídico, desde las entrañas políticas, sociales y económicas del país. No es un eufemismo el que la propia Constitución Política le denomine Poder Judicial; trasluce las relaciones de poder, las desigualdades internas, la estratificación del sistema social del que forma parte. Por eso y no porque los jueces así lo quieran, es un poder que se ejerce sobre las capas más humildes de la sociedad costarricense”⁵⁸.

Resumiendo lo expuesto puedo afirmar en este punto, que más que un problema, el fenómeno delincencial debe ser analizado como un conflicto.



Este conflicto presenta diferentes vertientes y hay muchas variables implícitas en él. Se abandona aquí por completo la visión del delito como un problema, a partir de la máxima de que si el Estado es quien crea el delito, la solución al denominado problema delincencial, sería [reduciendo al absurdo el argumento] la eliminación de toda forma de delito, pues ello necesariamente conduciría a la desaparición del delito [concepción abolicionista].

Si se quisiera rechazar por “absurdo” el argumento, podría argumentarse en sentido contrario, esto es, que bastaría con que el Estado como tal –en ejercicio de poder absoluto-, procediera a considerar como delito toda forma de conducta, de manera tal que si toda manifestación conductual constituye delito, nada sería delito, por cuanto desaparecería la noción de delito. Como consecuencia lógica, si una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, está claro que el delito como tal, no es un problema.

Como cuarta conclusión puedo señalar que el delito como tal, es una manifestación de poder del Estado, poder que puede ser derivado u oculto, para nuestros efectos, importa únicamente tener claro que el origen y fin del delito es de orden normativo.

Será delito lo que el Estado defina como tal y dejará de serlo en tanto el Estado lo derogue. No existe delito más allá de la norma, y la noción de delito más que un problema en sí mismo [ontológico] representa un conflicto que deberá ser abordado como tal. Del entendimiento de esta noción, depende la comprensión que se tenga del delito en cuanto tal.

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell Mateu, Juan Carlos, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1999.
- Castillo, Enrique, Vida Social y Derecho. Cuarenta años de investigación y análisis, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.
- García-Pablos de Molina, Antonio, Problemas y Tendencias de la Moderna Criminología, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1994.
- Baratta, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal, Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Baratta, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Larrauri Pijoán, Elena, ¿Para qué sirve la Criminología?, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia-director, Serie: Penal. Consejo Superior del Poder Judicial, San José, costa Rica, 1999.
- Larrauri Pijoán, Elena, La Herencia de la criminología crítica, Siglo XXI editores, Madrid, España, 1991.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.



- Ruiz Vadillo, Enrique, El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, Revista del Poder Judicial, Estudios, Serie: Penal. Consejo General del Poder Judicial, n° 7, San José, Costa Rica, Septiembre 1987.
- Luhmann, Niklas, Poder, Anthropos Editorial, España, 2005.
- Campos Santelices, Armando, Violencia social, EUNED-ILANUD, San José, Costa Rica, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.
- Gómez Pérez, Ángela, Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología en en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, Editora dos Tribunais, Año 7, n. 26, abr – jun/99.
- Hernández Valle, Rubén, La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa, en Lobet Rodríguez, Javier (compilador), Justicia Penal y Estado de Derecho, libro homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007.
- Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1984.
- Jorge Mesas, Luis Francisco de, La Eficacia del Sistema Penal, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1994.
- Leganés Gómez, Santiago/Ortolá Botella, Ma. Ester, Criminología, Parte especial, Tirand lo blanch, Valencia, España, 1999.
- Núñez Paz, Miguel Ángel/Alonso Pérez, Francisco, Nociones de Criminología, Editorial Colex, Madrid, España, 2002.
- Ruggiero, Vincenzo, La violencia política. Un análisis criminológico, Editorial Anthropos, España, 2009.
- Salazar, A., „Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), España, núm. 3, 2000.
- Sandoval Huertas, Emiro, Sistema penal y criminología crítica, Temis, Bogotá, Colombia, 1985.

