

1. FUNDAMENTO TEORICO DE LA POLITICA CRIMINAL

1.1. Desarrollo Histórico de la Política Criminal

1.1.1. Antecedentes Históricos

En la doctrina no existe un acuerdo unánime en relación a quien utilizó por primera vez el término política criminal. Un amplio sector de la doctrina atribuyen a Feuerbach la génesis del término, ya que este en 1801 expreso que la *Kriminalpolitik*, a su entender era *la sabiduría legisladora del Estado*. Iniciando de esta manera un estudio científico de políticas estatales para disminuir la criminalidad.

Otro sector de la doctrina atribuyen el término a Von Liszt quien en su famoso *Programa de Marburgo (1888)*¹, manifestó: “apelemos a una ciencia nueva-que puede ser llamada Política Criminal-, la cual investigue de un modo científico las causas de los delitos(aprovechando los ricos materiales y los excelentes medios de conocer que proporcionan hoy la Antropología y la Estadística), observe los efectos de la pena(para comprobar si esta consigue realizar de hecho sus fines) y emprenda una lucha activa contra el crimen, valiéndose de armas adecuadas al objeto perseguido; armas que pueden consistir, tanto en las penas útiles, como en otros medios afines con ellas(las medidas de seguridad)”. Debido a este programa tomo el nombre la escuela sociológica alemana o escuela de Marburgo, que analizaremos mas adelante.

Una minoría de autores como Langle² y Saldaña, opinan que quien utilizó por primera vez el término Política Criminal fue Kleinsrod, quien en el Prologo de la *Adiciones al Tratado de Von Liszt (1793)* quien dispuso en ese libro el termino *Política del Derecho Criminal (Politik des Criminalrechts)*, como se definió inicialmente y que posteriormente evoluciono y llego a ser la *Kriminalpolitik*.

Creemos que el término Política Criminal es tan antiguo como el mismo sistema de critica y reforma de las leyes penales, esto sin disminuir el trabajo sintetizador que logro Von Liszt y Feuerbach en sus respectivos trabajos, pero no es viable hablar tanto

¹ López-Rey y Arrojo, Manuel, Compendio de Criminología y Política Criminal, Editorial Tecnos, España, 1985

² Langle, Emilio, La Teoría de la Política Criminal, Editorial Reus, España, 1927

de nueva ciencia, sino mas bien de nueva doctrina, esto como lo explicaremos a continuación.

Según apunta Langle existen una larga serie de antecedentes que atestiguan la existencia-no cohesionada-de términos o conceptos que tiene similitudes con la concepción moderna de Política Criminal, así tenemos que Tomas de Aquino en su libro *Summa contra los gentiles*, aboga por principios sobre el fin y el papel de la represión en el combate a la criminalidad. Autores germanos de mitad del s. XVI y XVII, atestiguan la existencia de una ciencia que tiene por objeto la critica al derecho vigente y cómo éste debe ser reformado, llamándola *gesetgebungkunde* (ciencia de la legislación). Cesar Beccaria en su *Tratado de los delitos y las penas*, abogó por otorgar un sentido racional al derecho penal, convirtiéndose con ello en el critico mas audaz de la legislación penal y en propuestas para su reforma, elementos que forman parte de la Política Criminal. En este mismo orden de ideas, otro clásico como Filangieri habla de la *sciencia della legislazione* (ciencia de la legislación). Finalmente Ferri ya conocía estos antecedentes y hablo en del *arte de formular prácticamente en las leyes las reglas abstractas de la teoría criminal*.

Estos antecedentes fueron necesarios para que en 1801 Feuerbach hablara de *la sabiduría legisladora del estado*, pero no se puede atribuir mas que a Von Liszt la génesis de la doctrina de la Política Criminal, ya que este autor comienza a condensar todo ese conocimiento de la décadas pasadas e inicia el estudio científico *del conjunto sistemático de principios-garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales dirige el Estado la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus formas de ejecución*, que a la postre seria la Política Criminal.

1.1.2. Evolución Histórica

No es propósito del presente apartado estudiar detalladamente los sucesos socio-jurídicos que dieron origen a cada una de las llamadas escuelas penales, ni tampoco presentar y analizar todos sus postulados, así como las criticas a los mismos, sino mas bien plantear de forma general sus ideas y de ellas deducir –dado que no muchos de ellos disertan acerca de la Política Criminal-como fue concebido el combate a la criminalidad desde el punto de vista estatal.

Escuela Clásica o Precientífica

Se denomina Escuela Clásica o Fase Precientífica al conjunto de autores que iniciaron los estudios de una manera más o menos constante -no por ello homogénea- el fenómeno de la criminalidad y el delincuente, a efecto de determinar la mejor manera de eliminarlos de la sociedad, como grupo creemos que esta etapa inicia con la obra de Cesar Beccaria, en la medianía del s. XVIII. La Escuela Clásica según Trejo³ puede ser definida como “*el conjunto de doctrinas filosóficas caracterizadas por sus principios liberales humanitarios. Se le considera un movimiento contra la barbarie del derecho penal en el periodo de la venganza pública, lo cual era sinónimo de arbitrariedad y poder*”, es decir, la Escuela Clásica es una reacción a la ideología del derecho penal de la época, el cual se caracterizaba por el castigo público de los delincuentes, por la forma arbitraria de imposición de las penas y por el secretismo del Proceso Penal.

Su principal representante es Cesar Bonnesana, Marqués de Beccaria (conocido como Cesar Beccaria, 1738-1794) quien al haberse puesto en contacto con el mundo de las prisiones y sus habitantes, se despierta en él un interés que lo conduce a escribir su obra –*Tratado de los Delitos y sus Penas*- que se convierte en el manifiesto de la dirección liberal en el Derecho Penal. Con dicha obra se propuso encontrar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, escribir las leyes para que pudiera ser comprendida por todos los individuos y no solo por máximos juristas y sobre todo que la interpretación de esta no se pudiera dar de una forma desviada a la moral por los juristas o jueces y por ultimo el de limitar el ámbito de las leyes penales al mínimo necesario. La filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaria como una forma jurídica de la idea del *contrato social* de Rousseau, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: *nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por la ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley*⁴.

Beccaria, siguiendo a Grocio, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina, por tanto la justicia penal no tiene nada que ver con la de

³ Trejo, Miguel Alberto y otros: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ministerio de Justicia. El Salvador, 1992-1996.

⁴ Beccaria, Cesar, Tratado de los Delitos y las Penas, Capítulo 3

Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número. Este fundamento, esencialmente utilitario, debe ser modificado, limitado, completado con la ley moral, ya que es principio fundamental la alianza de la ley penal con la ley moral.

Otro representante destacado de esta escuela es Francisco Carrara⁵ (1805-1888), que en 1859 escribió su "Programa di Diritto Criminale", lo cual llevó a su verdadera esencia jurídica al Derecho Penal. Carrara presupone que en la sociedad se aceptan las doctrinas del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal. A él se debe la elaboración del concepto de delito como ente jurídico, al igual que la doctrina del Libre Albedrío y de la Imputabilidad moral del hombre.

Según este autor delito es *la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable o políticamente engañoso*. Con *acto externo*, se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice con *actos positivos o negativos*. Con *acto positivo* se refiere a un hecho humano. Con *acto negativo* a un "no hacer" lo que la ley manda a hacer, o sea a la omisión. *Moralmente imputable*, significa a que el hombre comete el delito basándose en su libre albedrío, el hombre puede escoger entre la comisión de un delito o no. Con *políticamente dañoso* se refiere a que el delito al violar los derechos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad.

Otro representante clásico es Pellegrino Rossi, quien consideraba que existía un orden moral que todos los seres libres e inteligentes debían seguir, este orden debían aplicarse en la sociedad civil puesto que todos los individuos estamos hechos para vivir en ella, esta obligatoriedad del orden deriva en la creación tanto de derechos como de obligaciones. Este autor habla de las gradaciones infinitas de la culpabilidad y de la gran dificultad para juzgarla. Responsabilidad penal, para Rossini, es *la cantidad de pena ejemplar que el autor de un delito debe esperar de la sociedad*. En cuanto al fundamento del derecho de penar este autor expresa *que la capacidad de juzgar le pertenece a un ser superior (léase Dios), pero no niego que todo hombre al ser tal es*

⁵ Según Antonio García-Pablos de Molina, Manual de Criminología(Introducción y teorías de la criminalidad), Editorial Espasa-Universidad, España, 1988

*inteligente y puede juzgar por igual, por ello fundamento del derecho de castigar es el eterno principio de la justicia*⁶.

Giovanni Carmignani, explica que el castigo que se le impone a un criminal por el delito que cometió no se hace con el ánimo de tomar una venganza, sino la de prevenir a que en un futuro no se realice otros delitos semejantes, el derecho de castigar no se basa en la justicia moral, sino la política, que es una necesidad explicable como necesidad de hecho.

Aunque esta escuela no estudia la política criminal como ciencia integrante de las Ciencias Penales de la Obra de Beccaria⁷ se pueden extraer cinco ejes de acción para combatir estatalmente la delincuencia, los cuales son:

- Leyes claras y simples, como todo clásico, Beccaria resaltó y sentó las bases para el actual principio de legalidad, determinando que únicamente se podría combatir efectivamente la criminalidad si las leyes penales estaban redactadas de manera simple, no se necesitara de mayor nivel educativo para entenderlas y que fuesen claras, es decir, no se prestaran a múltiples interpretaciones.
- Predominio de la libertad y la razón sobre el oscurantismo, esta es una clara influencia de la Ilustración y una reacción al sistema inquisitivo que campeaba en la época, tiene su expresión en que el derecho penal, como expresión estatal debe intervenir única y exclusivamente en aquellos casos donde sea necesario, es decir, que se privasen otras formas de hacer cumplir las normas (penas de utilidad pública, entre otras).
- Ejemplar funcionamiento de la justicia libre de corrupciones, la aplicación de la ley por los jueces debe estar libre de presiones de toda índole y no debe ser influenciada por recompensas económicas de los involucrados
- Recompensas al ciudadano honesto
- Elevación de los niveles educativos y culturales del pueblo, es importante este eje ya que comienza a exaltar la importancia de programas sociales para combatir el crimen y sobre todo que al elevar el nivel educativo se cumple la visión

⁶ Ídem

⁷ De los delitos y las Penas, Cap. 41

antropológica del Estado, y trae como consecuencia mayor facilidad para encontrar empleo y disminuir la desocupación y la pobreza.

Escuela Positiva

*La Escuela Positiva es el estudio del delito, primero en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos, para poder adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen, los diversos remedios que por consiguiente serán eficaces*⁸. Con esta escuela se inicia la fase científica de la criminología, el derecho penal y la Política Criminal, ya que estudia de manera más sistemática y experimental el crimen, el delincuente, la pena, así como la mejor forma de disminuir la criminalidad. La Escuela Positiva toma esta dirección científica desde su inicio con la publicación de la obra de Lombroso en el año de 1876, '*El Hombre Delincuente*', en el cual se niega el Libre Albedrío, y se propone el concepto de Responsabilidad Social, y con ello transformando la clásica noción de la Culpabilidad y de la Pena. Esta escuela encuentra su fundamento filosófico-científico en el positivismo de Augusto Comte y tiene su principal medio de difusión la revista "*Archivi di Psichiatria, scienze Penali e Antropologia Criminale*".

Dentro de la Escuela Positivista se pueden distinguir tres tendencias correspondiendo a cada uno de los máximos representantes, así Cesar Lombroso en la Fase Antropológica, Enrico Ferri en la Sociológica y Rafael Garófalo en la Jurídica.

Fase Antropológica

Se inicia con Cesar Lombroso y su obra, creadora de la ciencia de la Antropológica Criminal, esta estudia al hombre delincuente y encuentra que es un ser distinto a la especie humana con características especiales y particularidades anatómicas o morfológicas, fisiológicas y psíquicas, creando la tipología de los delincuentes que a continuación se analiza.

El *Delincuente nato o criminal nato*, es un ser que no evoluciona, siendo una etapa intermedia entre el animal y el hombre, este tipo delincuencial es un ser humano que tiene cierto tipo de particularidades físicas (frente huidiza y baja, gran desarrollo de arcadas supracilicilares, orejas en asa, asimetrías craneales, altura anormal del cráneo, entre otras) en virtud de las cuales se le identifica como un criminal

⁸ Enrico Ferri, citado por Bustos Ramírez, Juan, El Pensamiento Criminológico I, un Análisis Crítico, Editorial Temis, Colombia, 1983.

El delincuente *Loco Moral*, es un criminal que comparte ciertas características con el nato, pero debido a la persona que ha recibido el crimen-familiares o amigos-y los motivos del mismo (odio, resentimiento) este delincuente es especial.

El *Delincuente Epiléptico*, es aquel que padece de este grave desorden psíquico-físico, Lombroso⁹ lo define como criminales de reacción violentísima y que luego de haber delinquido quedan tranquilos y sin aparente remordimiento, perdiendo por completo el control de si mismos.

Estos primeros tres tipos de delincuentes, forman el denominado *Trípode Lombrosiano*(Atavismo, Morbo y Epilepsia). Lombroso lo explica así: “El Criminal Nato puede ser explicado como un ser atávico que no ha evolucionado, como un primitivo, como un niño: este criminal es idéntico al Loco Moral, el cual es un morbo, un enfermo, un ser que padece un daltonismo moral; el Trípode queda con una explicación única en cuanto que este tipo de delincuentes tienen alguna formas epilépticas que producen disfunciones cerebrales.”¹⁰

El *Delincuente Loco*, este delincuente es aquel que ha cometido un delito y que luego de entrar en prisión enloquece. Este delincuente tiene tres variantes principales: Alcohólico, histérico, mattoide, en este sentido cada uno tiene sus características específicas en las cuales sobresale el abuso del alcohol, falta control sobre si mismo y una etapa intermedia entre locura y lucidez, respectivamente.

El *Delincuente Pasional*, es aquel que dejándose dominar por un ímpetu pasional comete un delito, el cual le remuerde la conciencia y del que se arrepiente¹¹.

El *Delincuente Ocasional* tiene tres vertientes, de las cuales dependerá su definición y características, pero en general son definidos como aquello que delinquen por una colisión de factores endógenos y la influencia de su situación socio-económica, esta definición esta altamente influenciada por Ferri, los tres tipos de este delincuente son: pseudos criminales, criminaloides y habituales.

Fase Sociológica

Ferri se adentra en el estudio del delincuente enfocándolo desde dos aspectos: el natural y el jurídico. “Desde el plano natural no puede ser delincuente el que no sea anormal, esta anormalidad puede ser congénita o adquirida, permanente o transitoria; morfológica, funcional o por enfermedad”¹². Desde el aspecto jurídico sólo puede ser delincuente el hombre, en tanto y cuanto vive en sociedad; esto es en tanto posea

⁹ Según Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología, Editorial Porrúa, México, 1997.

¹⁰ Ídem

¹¹ Vid. Rodríguez Manzanera, Op.Cit.Pág. 6

¹² Ferri, Enrico, Sociología Criminal, citado por Antonio García-Pablos de Molina, Ibíd.

*paras vivir relaciones naturales, morales y jurídicas con otros hombres*¹³, enfocando de esta manera en los factores sociales para explicar la delincuencia. El delincuente, sostiene Ferri, expresa su personalidad en el delito, es decir, siendo el delito la expresión genuina de la personalidad del delincuente, el Código Penal no debe ser un instrumento que opere objetivamente para aplicar una pena proporcionada al hecho cometido, sino que-ante todo-para encajar aquella personalidad en las normas legales en las que debe preverse esta clase de personalidad en orden a la mayor o menor peligrosidad y en orden a la naturaleza y circunstancias del hecho cometido.

Ferri afirma que *las sanciones no bastan para una eficaz lucha contra la delincuencia y tienen que ser completados con medidas preventivas-Sustitutivos Penales-, los cuales son definidos como medidas destinadas a dificultar el desarrollo de la criminalidad* (Ej. el alumbrado de las calles oscuras para evitar los ataques a las personas, entre otros).

Fase Jurídica

Para llegar a la concepción del delito natural-Garófalo- analiza la existencia de los instintos morales innatos en los distintos conglomerados o raza, que constituyen una especie de bien genético en el individuo, fortalecido por la evolución misma de los pueblos. El delito constituye una violencia de estos instintos o sentimientos morales de carácter altruista. El elemento de inmoralidad necesario para que un acto perjudicial sea considerado como criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la piedad y la probidad. El delito no es un fenómeno aislado sino que *el síntoma de una anomalía moral que existe latente en el hombre que delinque*¹⁴. Para Garófalo la sanción penal debe graduarse según la temibilidad del delincuente, entendida esta como *la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte de él*¹⁵. La Peligrosidad sería una característica personal y la Temibilidad la repercusión externa o social de aquella característica.

En relación a la política criminal, aunque esta sigue sin ser considerada una parte científica de las Ciencias Penales y por tanto no es analizada la mejor forma estatal de combatir la criminalidad, es sobresaliente lo plasmado por Lombroso en la quinta edición de *El Hombre Delincuente*, en donde se agrega un nuevo tomo llamado "Crimen causas y remedios", y expone la teoría sociológica y exógena del crimen, esta obra se divide en dos partes, la primera de ella se llama Etiología del Crimen y en ella

¹³ Ídem

¹⁴ Según Antonio García-Pablos de Molina, *Ibíd.*

¹⁵ Ídem

“se analiza la mas pura tradición criminológica”, según García-Pablos de Molina, pero es sobresaliente e importante para nuestro estudio la segunda parte de esta obra llamada Profilaxis Terapéutica, en donde-sobre la base de los sustitutivos penales de Ferri, estudia los medios estatales preventivos contra los diferentes tipos de crímenes, así como las instituciones penales y como estas pueden influir en la disminución de la criminalidad mediante planes y proyectos a dicho efecto, así como la reforma a las leyes penales para combatir la criminalidad mediante su eficaz represión. Podemos enunciar cuales fueron los principales aportes de esta escuela en cuanto a la Política Criminal:

- ❖ Estudios sobre el origen del criminal y de sus formas de solución
- ❖ Estudios acerca de la pena y de esta como medio de conservación social
- ❖ Critica a las leyes y propuestas de reforma Política criminal de los sustitutivos penales, colocando especial énfasis en las causas del delito y en estrategias científicas tendientes a su prevención¹⁶

Escuela de Marburgo o Escuela Sociológica Alemana

La figura mas revelante de esta escuela es Von Liszt, quien en el Programa de Marburgo (1882) da origen a esta escuela, cuya teoría de la criminalidad y propuestas metodológicas responden a una actitud ecléctica y realista de compromiso y han sido plasmadas fundamentalmente en su *Tratado de Derecho Penal*. Fue este autor quien por primera vez uso el *Kriminalpolitik*, en la concepción contemporánea del término y quien inicio el estudio científico sobre los medios estatales de lucha contra el crimen.

Según esta escuela tres son las causas de criminalidad: *los defectos de la personalidad del delincuente, el déficit en los procesos de socialización y la bancarrota de la justicia penal* (el cual es psicopatológica e influye directamente en el incremento del crimen y la reincidencia), siendo entonces-el crimen-un *fenómeno* social, que esta contemplado y previsto por las normas jurídicas. Dicha tesis plurifactorial fue asumida también por la Asociación Internacional de Criminalística que Von Liszt fundo y que determino hasta la Segunda Guerra Mundial el pensamiento criminológico-penal en Europa y en Estados Unidos. En lo que respecta a la responsabilidad del delincuente, esta se aplica únicamente a los seres humanos “normales”, a quienes se les debe aplicar una pena, no así a los anormales, quienes por razones de seguridad del bien social debe aplicarse una medida de seguridad. En esta escuela se pueden distinguir

¹⁶ Ferri, Enrico, Los Nuevos Horizontes, citado por Antonio García-Pablos de Molina, Ibíd.

tres momentos: el momento normativo, constituido por el derecho penal; el momento fáctico, que es el hecho delictuoso y por último, el momento valorativo, axiológico constituido por la política criminal.

Von Liszt propuso en el Programa de Marburgo *una ciencia totalizadora del Derecho Penal de la cual deberán formar parte la Antropología Criminal, la Psicológica Criminal y la Estadística Criminal, así como una lucha preventiva y científica contra el delito*¹⁷, es decir, una acción eficaz que se fundamentase en el conocimiento empírico de sus causas, sentando de esta manera las bases de la moderna Política Criminal., la cual sirve, según Liszt como un análisis crítico de la legislación penal y para determinar las directrices de criminalización de conductas o se agravación de penas en algunos delitos.

Frente al Derecho Penal y su concepción únicamente represiva del delito y el liberalismo y abstencionismo del Estado ante el problema de la delincuencia se antepone la apertura del Derecho al conocimiento criminológico, la colaboración de los métodos naturales en el marco de la Ciencia Total del Derecho Penal y una política criminal científica y preventiva que incida anticipada y eficazmente en las causas del fenómeno criminal de acuerdo con las premisas del nuevo Estado intervencionista, el cual pondrá mayor énfasis en los intereses de la colectividad, con mayor nivel de conciencia sobre los objetivos del Estado y del Derecho Penal. En este orden de ideas Von Liszt atribuye al Derecho Penal una función de garantía del individuo y limite infranqueable de todo programa social.

Los aportes de la escuela Histórica Alemana y en especial de Von Liszt respecto a la Política Criminal son:

- ✚ Se le adjudica haber utilizado por primera vez-en el sentido contemporáneo del termino-*Kriminalpolitik* (Política Criminal).
- ✚ Creación de una ciencia totalizadora del derecho penal, en donde la política criminal tenía un papel preponderante
- ✚ Crítica a la legislación penal y reforma del Derecho Penal
- ✚ Política Criminal de sustitutivos penales
- ✚ Sanción penal con objetivos finalistas (rehabilitación del delincuente)
- ✚ Política Criminal sustentada sobre estudios científicos
- ✚ Programas estatales de prevención de los delitos

¹⁷ Según Langle, Emilio, *Ibíd.*

Escuela Socialista

Esta Escuela se encuentra inspirada en la Concepción Marxista del desarrollo de la humanidad, cimentada en los países del bloque Socialista, se trata de una Criminología con carácter oficialista que funda sus concepciones en un estudio científico, según sus exponentes, que implica un proceso ininterrumpido de promoción y solución de problemas recogidos como resultado de la investigación.

Su objeto de estudio es la delincuencia vista desde distintas perspectivas; así, el Crimen como forma individual, es decir, evidenciada la conducta de una persona con exclusión de las demás -la responsabilidad penal es individual, pero requiere una depuración de las fuerzas sociales-; las Causa y Condiciones del delito, la Personalidad de los condenados, la Prevención de brotes de criminalidad y las Medidas Profilácticas pertinentes. Su sistema jurídico busca ante todo una justicia social y tiene un criterio político que busca la comprensión y mejoras sociales.

Esta Escuela introduce el estudio de la motivación en el delincuente y hace la medición punitiva con base en factores objetivos y subjetivos, desde luego la lista de factores subjetivos la amplía, y a más de esto, no solo reconoce la atenuación punitiva derivada de ambos factores sino que llega también a admitir la exclusión de responsabilidad. El mérito principal de esta escuela radica en introducir el concepto de "*Función Social del Derecho*", en el cual, la Ley aparece como el mejor mecanismo para lograr una justa composición y un equitativo desarrollo de la sociedad.

Respecto a la Política Criminal plantean:

- ✚ Proponen que la Política sobre criminalización de conductas este adscrito a una Institución Gubernamental creada a dicho efecto
- ✚ El cumplimiento de la Política criminal es un compromiso de la sociedad en su conjunto
- ✚ La pena resocializa y rehabilita al delincuente, por lo tanto elimina-según sus autores-el estigma de delincuente
- ✚ Control social informal como mecanismo para prevenir los delitos

- ✚ Articulación científica de las modalidades de la Política Criminal (prevención-represión).

Teorías Sociológicas

No obstante no formar parte de una escuela penal o criminológica como las que ya hemos analizado (clásica, positiva, sociológica alemana), es importante estudiar y visualizar el aporte que han dado las diferentes teorías sociológicas que explican el delito, el delincuente y la pena y su influencia en la política criminal, en el caso que algunas de ellas hayan estudiado la forma de luchar contra la criminalidad o ver en que forman estas han aportado para la evolución y desarrollo de esta rama de las ciencias penales. Aunque son varias las teorías sociológicas que estudian la criminalidad, únicamente analizaremos el funcionalismo y el interaccionismo simbólico, ello en razón de la importancia que tienen estas dos teorías sobre las demás, así como por el valioso aporte que han dado a la Política Criminal.

Funcionalismo

La teoría del funcionalismo coloca su atención en la conducta social delictiva o criminal propiamente dicha, pues aborda la criminalidad desde el punto de vista estrictamente social y dinámico. *El funcionalismo examina y contempla al crimen como un fenómeno normal y funcional, cuya génesis y etiología guarda estrecha relación con la estructura y grado de desarrollo del sistema social*¹⁸. El funcionalismo tiene dos corrientes fundamentales: la Teoría de la Anomia y la Desviación.

Teoría de la Anomia

El termino anomia suele emplearse para designar ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad que producen, entre otros efectos, conductas desviadas en sus miembros. Esta teoría surge con Emile Durkheim¹⁹, quien plantea que el proceso de cambio social debe examinarse a la luz de las diversas formas históricas de organización social y de división del trabajo, de la estructura social-y por tanto-de su evolución y desarrollo. El Derecho cumple distintas funciones en cada

¹⁸ Según Antonio-García Pablos de Molina, Ibíd.

¹⁹ En su obra "De la División del Trabajo Social".

modelo social y el crimen, requiere también una valoración distinta en cada sociedad (mecánica y orgánica).

La sociedad *mecánica* preserva la solidaridad social mediante la Ley, reforzando de esta manera la uniformidad de sus miembros en torno al grupo, es por ello que la función del derecho se extingue en la *represión* de toda conducta humana que se desvíe de las normas vigentes. Por el contrario en la sociedad *orgánica* el rol del Derecho es *regular la interacción* de los grupos que la componen, arbitrando con mecanismos oportunos los sucesos intolerables. Por tanto mientras la sociedad es *mecánica* el crimen puede reputarse de normal en el sentido que su ausencia significaría una supercontrol patológico, lo cual implicaría que el Estado controlaría represiva y constantemente todas las actividades de los individuos eliminando toda oportunidad de cometer delitos (sería un Estado Autoritario del tipo Gendarme), en cambio cuando nos encontramos ante una sociedad *orgánica* el crimen guarda una relación directa con determinada situación de crisis (anomia) que genera toda clase de disfunciones sociales.

Según Durkeim el acelerado cambio social tiende a desestabilizar la sociedad y provocar un aumento en la criminalidad, por tanto una buena política criminal en épocas de cambio social se anticiparía a este fenómeno y plantearía medidas sociales y normativas para compensar esta falta de consenso sobre normas incipientes²⁰.

Teoría de la desviación

Esta corriente plantea fundamentalmente que las causas de desviación no deben buscarse en factores biológicos, antropológicos, naturales o en la situación patológica de la estructura social, la desviación viene a ser un fenómeno normal en toda organización social. La desviación y los factores externos de la criminalidad son una consecuencia del proceso de interaccionismo entre personas, algunas de las cuales, al servicio de sus propios intereses, hacen y aplican las reglas y detienen a otros, quienes, al servicio de intereses respectivos, han cometido actos que se etiquetan como desviados. Es importante estudiar quienes hacen las reglas y a quienes las aplican, porque la desviación es creada por la propia sociedad mediante la formulación de reglas que habrán de ser violadas, y por tanto quienes lo hagan serán etiquetados como desviados.

²⁰ Ídem

Esta teoría coloca una atención particular a las diferencias en el poder de definir sobre la manera en que un grupo alcanza el poder y se sirve de él para definir cómo los otros serán vistos, comprendidos y tratados. Elites, clases, gobernantes, jefes, adultos, hombres, mantienen el poder por el control social sobre el modo en que las gentes definen el mundo, sus componentes y sus posibilidades, lo mismo que por el uso de formas de control más primitivas.

La desviación es una actividad colectiva en la cual, además del desviado, participan los que instigan la creación de las reglas, los que las crean, y todos los que, para su aplicación, descubren, detienen, acusan y juzgan al desviante; lo mismo que los miembros de la sociedad aceptan y confirman el estigma que se aplica a quien no se acopla a las normas sociales.

Esta teoría sostiene que cada quien actúa tomando en cuenta la conducta de los demás, afirma que cada individuo *hace lo que hace con el ojo puesto en los que los demás han hecho, hacen o harán*, es decir, nuestras conductas dependen o están en íntima relación con los comportamientos colectivos observados, sin los cuales carecerían de sentido, en este sentido cada persona trata de acomodar su propia línea de acción a las acciones de los demás, precisamente del mismo modo en que cada uno de ellos adapta sus propias acciones en desarrollo, a lo que espera que hagan los otros. El ajuste puede estar constituido por el hecho de decidir que, por ejemplo “la policía seguramente mirara *acá*, yo pondré la bomba *allá*”. Se debe contemplar la desviación como una acción colectiva, ya siempre actúan con un ojo puesto sobre las respuestas de los otros involucrados en la acción.

De lo anteriormente expresado y según lo expresa García-Pablo de Molina²¹ el aporte de esta corriente en relación a la Política Criminal es:

- ❖ Análisis constantes del crimen y del criminal a efecto de determinar cual es la mejor forma de combatir la criminalidad
- ❖ Aunque no se puede concluir una política criminal unitaria e inequívoca de los expositores de esta escuela, pero todas están orientadas al mantenimiento del *status quo* y a la legitimidad del sistema.
- ❖ La absolutización del sistema, la concepción simbólica del delito y la pena, conllevan a que sea necesaria la revisión de conceptos dogmático-penales importantes como Bien Jurídico, culpabilidad, pena, entre otros.

²¹ Antonio García-Pablos de Molina, *Ibíd.*

- ❖ Debido a la funcionalidad del crimen, la propuesta político-criminal es de disminuir a lo mínimo necesario el crimen para no afectar al sistema penal.
- ❖ Los estudios funcionalistas son eminentemente sociales del delito, más no multidisciplinarios, en este sentido las propuestas de solución estarán parciales.

Interaccionismo Simbólico

Labelling Approach

Según esta concepción-relacionada íntimamente con la reacción social-el proceso de criminalización se hace sobre la base de la selección de ciertas personas y de conductas etiquetadas (*labelling approach*) como criminales, esta teoría relativiza el concepto de delito, ya que no importan las causas de la desviación, sino más bien los procesos de criminalización, no es tanto que el sea delincuente frente a la sociedad, sino más bien que esta lo etiqueta de criminal, de esta manera se pone especial énfasis en el significado que tiene el delito para su autor y los efectos del mismo como etiquetamiento del desviado (estigmatización), y su posterior asunción del *status* de criminal. El delincuente deviene, mediante el proceso de estigmatización practicado por los órganos encargados de la represión, un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización, fenómeno que es creación del orden social.

El concepto que tiene el individuo de si mismo, de sus sociedad y de la situación que ostenta en esta, son importantes claves del significado mismo de criminalidad y de sus posterior etiquetamiento. Una conducta no es delictiva *in se* o *per se*, ni su autor un criminal por eso, el carácter delictivo de una conducta y su autor depende de ciertos procesos sociales de definición, que se atribuyen a la misma tal carácter, y de selección que etiquetan al autor como delincuente. La criminalidad es creada por el control social, las instituciones del Estado (sistema Penal) no detectan el crimen, sino que únicamente-en unión con la sociedad-producen el etiquetamiento del delincuente.

El Derecho Penal es selectivo, los mecanismos de control de la criminalidad reparten la etiqueta de criminal (negativamente) con el mismo criterio que reparten los bienes positivos, dependiendo el *status* y *rol* de las personas, así serán sus oportunidades o riesgos de ser etiquetado como delincuentes, no dependiendo de si han cometido o no un crimen, sino de la posición del individuo en la sociedad o en la voluntad del Estado de etiquetarlo como criminal. El modelo de control esta fundamentado en que la criminalidad no preexiste a la ley, ni mucho menos a los procesos de criminalización, sino que esta la “*crea*”, una persona adquiere oficialmente tal condición (de desviado) cuando las instituciones estatales lo etiquetan con independencia de su conducta y lo seleccionan para formar parte de las instancias.

En general esta teoría sugiere que la aplicación de una pena ni previene ni corrige, todo lo contrario corrompe y estimula futuros actos desviados mediante la aplicación de una etiqueta al infractor, una política criminal que se basa en esta teoría intentaría reducir el efecto estigmatizador del control social formal, en este sentido se harían grandes esfuerzos por buscar alternativas a la pena y por la disminución de centros de internamiento, según García-Pablos de Molina²².

El aporte de esta corriente de pensamiento respecto a la Política Criminal es:

- ✚ Estudios acerca de la mejor forma de controlar y reprimir las conductas consideradas desviadas
- ✚ Análisis acerca de los parámetros de criminalización de conductas
- ✚ Estudios constantes acerca de la conductas desviada en la realidad social y su
Proyección de planes para su prevención
- ✚ Los estudios sobre los efectos estigmatizantes de la acción del Sistema Penal, la atención cuestionadora dirigida al "impacto criminógeno de la propia reacción social" contribuyó a generar conciencia respecto a la conveniencia del uso discreto y ponderado del Derecho Penal, como

²² Ibidem

recurso de última fila que se constituye en un remedio violento y traumatizante en sí mismo

1.2. Política Criminal

1.2.1. Definición

Existen una infinidad de definiciones de Política Criminal, las cuales dependerán de múltiples factores como lo son: la ideología del autor, momento histórico, sistema político, país, sistema económico, entre otros, enunciaremos algunas de ellas y finalmente expondremos la visión del grupo respecto a que debe entenderse como Política Criminal.

Feuerbach²³ define Política Criminal como *la reforma regular de la legislación penal, en provecho del bien común. Política Criminal es Política de legislación penal.* Asimismo la definió como *el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen.* Göppinger²⁴ dice que Política Criminal es *una ciencia que se ocupa de la política de reforma del derecho penal y de la ejecución de la lucha contra el crimen por medio del derecho penal.*

Von Liszt definió la Política Criminal como *el conjunto sistemático de principios-garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales dirige el Estado la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus formas de ejecución²⁵.* Política Criminal es *el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito.*

Jiménez de Asúa²⁶ la define como *el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales (pena) como de los de carácter asegurativo (medidas de seguridad).*

Dichas definiciones tienen una visión de Política Criminal en donde sobresale el combate a la delincuencia únicamente mediante la represión de la misma, es decir, los

²³ Según Emilio Langle en Teoría de la Política Criminal, Ibíd.

²⁴ Ídem

²⁵ Programa de Marburgo, en Manual de Criminología de García-Pablos de Molina, Op.Cit.Pág. --

²⁶ Citado por Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2001

métodos de lucha eficaz contra el crimen eran únicamente la pena y la medida de seguridad, siendo estas expresiones del *iuspuniendi*, no se visualizaba como expresión de una política de estado, en donde se articularan acciones represivas con otras de carácter preventivo o penitenciario.

Manuel López Rey y Arrojo²⁷ dice que la Política Criminal *se ocupa de reducir la criminalidad al mínimo soportable como parte de la política general del Gobierno*. Marc Ancel dice que Política Criminal *es la reacción organizada y deliberada de la colectividad contra las actividades delictuosas, desviadas o antisociales*, mientras que para Kleinsrod es la *ciencia de la legislación*

Bustos Ramírez la define como *el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad, y por tanto de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal*²⁸. Manzini la define como *la doctrina de la posibilidad política-la realidad alcanzable-con relación al fin de la prevención y de la represión de la delincuencia*.

Elena Larrauri Pijoan dice que la Política Criminal *son las decisiones sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, Derecho Penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo*²⁹

Por otra parte Lucien Nouwynck, define la Política Criminal como *el conjunto de medidas de carácter penal o no, tendientes a asegurar la protección de la sociedad contra la criminalidad, a regular debidamente el tratamiento a los delincuentes y a garantizar los derechos de las víctimas*³⁰.

Creemos que en virtud de lo anterior estamos en la capacidad de dar nuestra definición como grupo acerca de que debe entenderse como Política Criminal: *Es aquella parte de las Ciencias Penales que determina estatalmente cuales son las conductas sociales que deben ser criminalizadas, la pena (o medida de seguridad) que se debe aplicar (sanción penal o civil o administrativa), determina la implementación de programas o proyectos en conjunto con la sociedad, con la finalidad de prevenir la*

²⁷ Op.Cit.Pág. --

²⁸ Bustos Ramírez, Juan, *Ibid.*

²⁹ Larrauri Pijoan, Elena, *Consideraciones sobre Política Criminal*, VII Conferencia Iberoamericana del Sector Justicia(Política Criminal y Delincuencia), UTE, 2001

³⁰ Escuela de Capacitación Judicial, *Política Criminal comparada hoy y mañana*.

delincuencia (aumentando el nivel y cobertura educativa, acceso a la salud, disminuir el desempleo, etc.) determina las medidas para resocializar al delincuente e integrarlo a la sociedad, y norma la configuración del sistema penal.

1.2.2. Objetivo

El objeto de la Política Criminal, como las demás áreas del derecho, ha tenido una evolución que ha respondido a fenómenos sociales, económicos y políticos determinados, esto es claro al sostener que inicialmente, el único fin de la Política Criminal era combatir el crimen, mientras que hoy en día regula además aspectos de prevención y represión del delito, así como de tratamiento de las consecuencias del delito y la reintegración del criminal a la sociedad.

El objetivo de la política criminal esta determinado por dos factores, el primero basado en el tipo de Estado, tratándose de un estado Totalitario el objetivo es la disminución de la criminalidad mediante represión penal, por el contrario si nos encontramos ante un Estado democrático, el objetivo será la prevención delincencial a través de los controles informales y la calidad de vida de la sociedad; el segundo factor son las decisiones del poder político o económico, el cual en la mayoría de los casos establece como y cuales son los bienes jurídicos que deben protegerse.

Para Von Liszt³¹ el objetivo de la Política Criminal es la máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa; la aplicación de la condena condicional donde fuere practicable; la ejecución de medidas educativas para jóvenes delincuentes; la atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones; la consideración del Estado peligroso; la profilaxis de la inclinación criminal en el desarrollo (habitualidad y aprendizaje criminal); formación profesional del personal penitenciario y del de la administración del Derecho Penal; la recepción de medidas de seguridad para aquéllos supuestos en que lo aconsejaba el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente.

Según Binder³² el objetivo de la Política Criminal, se encuentra orientado a determinados conflictos, los cuales son aquellos que por una decisión de poder que también forma parte de la Política Criminal, han sido catalogados como delictivos y

³¹ Según Emilio Langle, *Ibíd.*

³² Binder, Alberto, *Política Criminal. De la formulación a la praxis* Ed. AD HOC. Argentina, 1997

sujetos a penalidad por medio de la ley, en ese sentido la Política Criminal se encuentra autolimitada por una definición previa de los conflictos, en consecuencia abarca tanto aspectos normativos como institucionales”.

La política criminal, a nuestro criterio tiene como objetivo único el combate a la criminalidad mediante la represión y prevención del fenómeno, dentro de cuyas acciones se enmarcan:

- Determinar aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos y por tanto deben ser criminalizadas, cumpliendo así el principio de mínima intervención.
- Disponer que tipo de sanción penal es más adecuada, valorando el efecto de la pena de prisión y las sanciones de carácter administrativo.
- Prevención de la criminalidad mediante programas sociales (educativos, de salud, laborales) y de prevención estatal (situacional, etc.)
- Decisiones acerca de cómo resocializar a la persona que ha cometido un delito e integrarlo a la sociedad
- Organizar y coordinar a las diferentes instituciones gubernamentales y no gubernamentales para el combate a la criminalidad
- Combatir la criminalidad mediante el respeto a la libertad, la justicia y la igualdad como proclaman las normas Nacionales e Internacionales
- Articulación de la Política Criminal como parte de la Política Social del país.

1.2.3. Características

a. Política Criminal es una ciencia

Existen aun sectores de la doctrina que ven en la política criminal una rama subordinada de la Política General del Estado y otros que la ven como *el arte de escoger los medios preventivos y represivos para la defensa contra el crimen*³³. Otro sector de la doctrina no le conceden independencia de la Dogmática Penal y existen otros que la ven como una parte específica dentro de la Criminología,

En este sentido, somos del criterio que la teoría que dispone que la política criminal es un arte no es acorde con la definición de este término, puesto que el arte es un sistema arbitrario, subjetivo y no científico de la determinación de las cosas, y la

³³ La lucha contra el crimen en el proyecto de Código Penal Suizo, citado por Emilio Langle,

Política Criminal parte de estudios científicos (reales y comprobables), para decidir sobre como combatir la criminalidad. En relación a la teoría que supone que la Política Criminal es una rama de la Dogmática Penal o de la Criminología es notable tenerla como cierta en el solo sentido que se relaciona con ellas para luchar contra el crimen, pero ello no puede llevar a considerarla una parte de ellas.

Finalmente somos del criterio que la Política Criminal es una ciencia, ello debido a que en primer lugar posee un método estudio (científico-social), en segundo lugar posee un objeto de estudio (combate a la criminalidad), posee principios rectores (legalidad, dignidad humana, coordinación interinstitucional, entre otros) y finalmente sus resultados (decisiones para combatir el crimen) se sustentan en la realidad social, lo cual los hace comprobables.

b. Política de Estado

Una Política Criminal implica una serie sistemática, cohesionada y consistente de decisiones para combatir el crimen y no disposiciones aisladas sobre el mismo, debe ser un programa de acción de una autoridad o al resultado de la actividad de una entidad investida de poder público y de legitimidad gubernamental.

La Política Criminal es de carácter estatal puesto que es la concepción y aplicación de planes por parte del Estado y otros organismos de eficacia pública para combatir la criminalidad mediante sanciones penales (medidas de seguridad y penas) y medidas no penales (preventivas sociales, situacionales, etc.)

Vital importancia cobra la participación de la ciudadanía en el compromiso de disminuir a la menor expresión tolerable el crimen, así como los estudios científico-sociales que sirvan como fundamento de la decisión criminal, la cual debe emanar de aquel órgano estatal encargado de estudiar los fenómenos criminales y planear la mejor forma de combatirlos.

Finalmente es importante resaltar que la Política Criminal es una política de Estado- tal y como ya quedo explicado- no una política de Gobierno, es decir, la política criminal debe mantenerse no obstante los cambios en las autoridades temporales que ejercen funciones de poder publico, en tal sentido su aplicación y desarrollo debe ser constante en el tiempo y no cambiar conforme cambia el partido en el Gobierno. En el caso de nuestro país y según lo disponen los Art. 1, 2, 83 y 85, la Política Criminal debe ser lo mas democrática posible y tener como columna fundamental la libertad de los individuos.

c. La libertad como una característica fundamental de la Política Criminal.

Aunque la mayoría de los Estados contemporáneos ven la intervención penal a través de sanciones privativas de libertad (pena o medida de seguridad) como la mejor forma de combatir la criminalidad, una política criminal debe usar la sanción penal como la última forma para combatir el crimen, debido a que ésta fundamenta sus decisiones en la libertad de los individuos, debido a ello no puede partir del hecho de desconocerla y convertir a las personas meros instrumentos de tutela. Desde este punto de vista, la política criminal no puede tomar como punto de partida la separación entre buenos y malos, entre los que están determinados para el crimen y los que no, sino que debe fundamentarse en una relación libre entre las personas y el sistema, en el sentido de que este último está al servicio de la persona para su seguridad, protección y bienestar, ya que es el reconocimiento de la humanidad el origen y fin de la actividad del Estado.

1.2.4. Principios

En cualquier Estado es innegable que las decisiones que se adopten en el ámbito de la política criminal, deberán estar limitados por una serie de principios rectores, que provengan de la más alta jerarquía del orden jurídico y que desempeñen la función limitadora del poder estatal general y del poder penal en especial.

En tal sentido, el control social formal (criminalización de conductas), el proceso de reforma de leyes y planes preventivos de la criminalidad deberá respetar una serie de axiomas fundamentales forjados por el hombre, que se producen luego de una lucha del hombre y de la sociedad en su conjunto por ellos, que permiten encausar el derecho penal por senderos de justicia y seguridad jurídica, posibilitando de esta manera un alto grado de racionalización y sistematización teórico-práctica tanto del sistema penal, como de las ciencias penales.

Luego de un análisis doctrinario, así como jurídico y luego de valorar los enfoques hemos logrado seleccionar los que a nuestro criterio son los principios más importantes que deben regir la política criminal de un Estado, aun y cuando muchos autores nieguen la necesidad de estos ya que propugnan la teoría que la Política

Criminal al no ser ley en el sentido formal no debe respetar más que sus objetivos, lo cual no compartimos, ya que esta debe respetar principios no solo penales, sino también constitucionales los cuales forman parte de la actividad propia del Estado (dado que la actividad legislativa se traduce en política criminal en el plano normativo) y sin los cuales se incentivaría la arbitrariedad por parte de este. Los principios más importantes se estudiarán en los siguientes apartados.

Principio de Dignidad Humana

Este principio es el reconocimiento del hombre como centro y finalidad de toda la actividad estatal y la aceptación de la primacía de aquel en virtud de dicha condición, por ende la política criminal como actividad estatal supeditada a la realización del ser humano en toda su extensión y capacidad. Basile³⁴ la define como *el rechazo de toda visión totalizadora de la vida social, en especial el rechazo de la idea de organismos colectivos que tengan fines o vida superiores a las de los individuos que los componen.*

La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha afirmado que *la dignidad humana es el derecho fundamental que protege las condiciones que sirven de soporte y posibilitan la existencia de los demás derechos integrantes de la esfera del hombre, y se halla garantizada por nuestro ordenamiento jurídico positivo desde la Norma Suprema, reconocimiento que engendra para el Estado el deber de respetar las vidas humanas y el deber de protegerlas frente a los ataques procedentes de otros particulares.*³⁵

Este principio es el objetivo de la política criminal en el sentido que la seguridad jurídica, la libertad y todos aquellos bienes jurídicos que deben ser protegidos por la Ley Penal (expresión de Política Criminal) tienden a lograr la realización de todo ser humano en todas sus expresiones, por un lado la protección real y efectiva en los ciudadanos y por otro, la resocialización de los delincuentes, en ese sentido, la pena debe tener como estructura fundamental *"la medida de la dignidad de la persona humana que implica necesariamente que el hombre es un fin en sí mismo y por tanto no puede ser instrumento del Estado para la consecución de sus fines"*³⁶, lo cual no implica que se debe buscar aumentar las penas para "eliminar sistemática y

³⁴ Basile, Silvio, Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, La Constitución Española de 1978, Ed. Civitas, Madrid, 1980

³⁵ Amparo 312-2000

³⁶ Inconstitucionalidad 15-96 y Ac. Decreto Legislativo No 668)

legalmente a todos los delincuentes, sino mas bien que la dignidad humana de la pena y del delito provea de una forma eficiente de educación y resocialización".

El reconocimiento la dignidad humana en nuestra Constitución se basa en una concepción antropocentrista (como ya se dijo) que esencialmente significa dos cosas: una, que el Derecho es obra del hombre, por otra parte el Derecho esta al servicio único y exclusivo de este. Es claro que la dignidad humana comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo y a este como fin de la actividad del estado, ello no implica una simple existencia psico-biológica, sino más bien una existencia propia de su calidad humana, en la que obviamente el entorno ambiental o ecológico desempeña un papel primordial.

Regulación Jurídica

Este principio esta ampliamente reconocido por la Constitución y las leyes secundarias, si como por los Tratados Internacionales. La Constitución de la Republica dispone *Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en asamblea constituyente animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana...*; el Art. 1 inc.1 Cn. reza *El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del estado...*; El Art. 2 Cn. expone que *Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.* Asimismo existen disposiciones normativas que desarrollan este principio, entre las que se encuentran el Art. 4 inc. 2, 10, 11 inc, 2 Cn., 27 Cn., entre otros.

A nivel de tratados-especialmente los referentes a la Protección a los Derechos Humanos- reconocen y disponen como el espíritu humano que los inspira, ya que la mayoría de ellos lo anuncian en el preámbulo a cada tratado y las normas contenidas en el son generalmente un desarrollo de los elementos que este principio contiene, así la DUDH³⁷ dice *Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana;* el Art. 1 reza *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los*

³⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 1948

unos con los otros; el Art. 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

A nivel regional la CIDH³⁸ dispone en su preámbulo que *La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; el Art. 1 dispone que Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* Por su parte el PIDCP³⁹ en su preámbulo dispone *conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables y Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, y su Art. 10 No. 1 dice toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.* La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes(CTPCID) reconoce que *el derecho a la protección contra estas penas emana de la dignidad inherente de la persona humana.*

En el sistema regional encontramos que la CADH, en su Art. 5 No.1 (Derecho a la Integridad Personal) dice *toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano;* el Art. 6 No.2 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre) *el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.* En el preámbulo de la DADDH⁴⁰ se dispone que *todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad y los derechos ahí prescritos son un desarrollo de cada elemento que integra la dignidad humana.* En el preámbulo de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura(CIPST) reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y las disposiciones están orientadas a dicha protección por los Estados partes.

³⁸ Carta Internacional de Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 1948

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 1966

⁴⁰ Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948

EL Código Penal lo recoge en el Art. 2 al disponer que *Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.*

Dicho principio en relación a la política criminal implica que:

- ⊛ La política criminal tiene como fundamento la protección de todos los elementos que constituyen la dignidad humana en las víctimas o sujetos pasivos de la criminalidad.
- ⊛ La dignidad humana como garantía constitucional tiene como finalidad la prohibición de excesos del poder penal.
- ⊛ La criminalización de conductas debe tener como fundamento la protección de bienes jurídicos(elementos de la dignidad humana) y no únicamente sancionar la protección de intereses particulares
- ⊛ Los mecanismos de coerción del sistema penal que tiene intrínsecamente una naturaleza aflictiva, deben respetar una ponderación respecto de la afectación que provocaran en los delincuentes(y por ende en su dignidad humana)⁴¹
- ⊛ La dignidad humana de la pena y del delito provea de una forma eficiente de educación y resocialización del delincuente
- ⊛ La individualidad, el derecho a la propia imagen, la autonomía personal, son derechos imbitos en el principio de dignidad humana, no pueden ser afectados por decisiones de política criminal⁴²
- ⊛ El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas

⁴¹ Hormazabal, Malaree, Hernán, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma. Ed. PPU. Barcelona,1991

⁴² Binder, Alberto, Política Criminal. De la formulación a la praxis Ed. AD HOC. Argentina, 1997

contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona⁴³.

- ⊛ La Policía puede ser una institución bien valorada si concede un trato respetuoso a los ciudadanos. Ello devuelve a las personas la imagen de que ellos también poseen un estatus social digno y les transmite una sensación de seguridad y protección al saberse escuchados y tratados con dignidad(Larrauri Pijoan)

Principio de Legalidad Político-Criminal

Este principio ha sido ampliamente estudiado y a nuestro criterio es importante ya que es el primer límite contra la actividad punitiva del Estado, su formulación permea todo el ámbito de las ciencias penales, el origen de este principio es adjudicado a Feuerbach⁴⁴ al expresar *Nullum crimen, nullum poena sine praevia lege*.

Este principio fundamenta no únicamente la obligatoriedad de exigibilidad de una conducta por parte del Estado, sino también fundamenta el mismo derecho de penar del mismo, ya que este principio es fundamental no solo jurídicamente hablando, sino también desde el punto de vista moral y social.

Este principio es definido como aquel *límite al poder estatal del estado en cuya virtud no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo y por tanto penalmente sancionable, si este no ha sido considerado expresamente como tal en una ley penal anterior al hecho de que se trate, es decir, que la configuración del delito tiene que preceder al hecho delictivo*⁴⁵. Este es el principio de determinación del supuesto previsto en la ley para que el contenido de la norma penal (delito) sea dotado de un significado unívoco y preciso, es decir, que la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Nuestra jurisprudencia en relación con el *principio de legalidad*, ha afirmado que *dicho principio asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho*

⁴³ Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96,

⁴⁴ Tratado de Derecho Penal común Vigente en Alemania, citado por Enrique Silva, Cuadernos del Nuevo Código Penal Salvadoreño(Parte General), Imprenta Offset Ricaldone, El Salvador 2000

⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Ediar, Argentina.

considerado como infracción. Es decir que este principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el ciudadano de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder⁴⁶.

De lo anterior se extrae que este principio cumple con dos funciones principales:

- Es una exigencia de *seguridad jurídica*, que solo existe si la persona tiene posibilidad de conocimiento previo de los delitos y sus sanciones.

- Es una *garantía política* para el ciudadano, que significa que ni el Estado, ni los Jueces podrán someter a consecuencias penales los actos que no estén sancionados previamente a la comisión del hecho (eliminando así la *criminalización ad hoc*)

El principio de legalidad tiene ciertas consecuencias prácticas, las cuales son:

- a. *Lex certa*, la descripción del delito y la sanción penal deben estar claramente dispuestas en la Ley para que el Juez al aplicarla no cometa equívocos que lesionen derechos fundamentales.
- b. *Lex stricta*, La ley ha de determinar suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que ellas acarrearán⁴⁷.
- c. *Lex scripta*, que excluye la costumbre como posible fuente de delitos (infracciones) y penas (sanciones) e indica que la norma jurídica tiene categoría de ley cuando emana del Órgano Legislativo.
- d. *Lex praevia*, la persona debe poder saber cuando actúa que incurrirá en un delito y que este abarcará una sanción negativa. Implica la prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras (Art. 21 Cn. y 13, 14 y 15 Pn.).

Respecto a la política criminal las implicaciones del principio de legalidad son:

1. El legislador al criminalizar conductas debe tener en cuenta que por mas que su objetivo sea justo, valido y positivo, se debe determinar de manera clara precisa e inequívoca el Tipo Penal.
2. La política criminal debe-fundamentalmente-ubicar cual es la mejor pena para sancionar el delito en cuestión y esta debe responder al combate de la criminalidad.

⁴⁶ Sentencia Inconstitucionalidad 28-V-1999,

⁴⁷ Amp. 422-97, Considerando II 3

3. La facultad de crear leyes, debe recaer en el órgano que existe a tal efecto- Asamblea Legislativa⁴⁸- debiendo ser la Ley penal, aquella en la que consten las conductas prohibidas, evitando así las leyes penales incompletas y las leyes penales en blanco, las cuales crean la necesidad de crear reglamentos de ejecución⁴⁹(dictados por el Órgano Ejecutivo en uso de las facultades que le confiere el Art. 168 Ord. 14 Cn)

Regulación Jurídica

La Constitución de la Republica dispone en el Art. 15 “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*”.

Los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país que de conformidad al Art. 144 Cn. son ley de la Republica, lo disponen de diferente manera, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948(DUDH, en adelante) en su Art. 9. Por otra parte la Carta Internacional de Derechos Humanos (CIDH), lo recoge en el Art. 11.

En relación al sistema regional de derechos humanos encontramos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969(CADH), lo regula en el Art. 9 (bajo el titulo Principio de Legalidad y de Retroactividad); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) lo norma en su Art. 15 No.1.

En cuanto a la legislación secundaria el Art. 1 Pn.(Principio de Legalidad) dispone que *Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.*

Principio de Mínima Intervención

De acuerdo a este principio la intervención penal (como expresión de política criminal), debe ser la ultima forma de solucionar o combatir una conducta lesiva a un

⁴⁸ Art. 131 Ord. 5 Cn.

⁴⁹ Por ejemplo Reglamento de la Ley de Control y Regulación de Armas de fuego, municiones, explosivos y artículos similares.

bien protegido por la ley, ya que la justicia penal es la constatación mas brutal del poder punitivo del estado, en consecuencia su uso debe ser limitado y racional, ello es claro ya que la aplicación del derecho penal implica la restricción de ciertos derechos fundamentales

La Política criminal, no se debe limitar únicamente a las formas penales de solución de los conflictos(imposición de Pena o Medida de Seguridad), sino que también debe procurar formas administrativas o civiles de resarcimiento del daño, lesión del bien jurídico o puesta en peligro, así como las lesiones físicas y psíquicas en la victima y en la sociedad, estas soluciones administrativas deben tener siempre a la vista la mejor forma de subsanar o restituir el bien jurídico lesionado. “Una de las orientaciones prácticas de este principio debe ser la reducción de la penalización de la vida social y la reducción de los niveles de violencia institucional que un sistema penal presenta. Lo que significa también una reducción del derecho penal, que es conocido como Minimalismo Penal.”

Este principio implica una visión doble, en primer lugar que se deben criminalizar únicamente aquellos hechos que ameriten dicha sanción penal, y aun en este caso preferir sanciones que-sin dejar de ser adecuadas y eficaces-resulten menos lesivas para el ciudadano; el segundo lugar este principio constituye para el legislador una verdadera exigencia, ya que lo obligara a construir salidas alternativas y restaurativas para los conflictos menores.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional (en la Inconstitucionalidad 15-96 y Ac. Decreto Legislativo No. 668) ha manifestado que *en las teorías modernas que sustentan la orientación penal de las legislaciones-en materia de política criminal-en la sustitución de penas de prisión por reacciones de diversa naturaleza-basadas en una concepción del derecho penal como ultima ratio-, con fundamento en la proclamación constitucional universal de la libertad personal como valor superior del ordenamiento jurídico.* En este sentido la Cámara de la Tercera Sección de Occidente⁵⁰ ha manifestado que *una de las manifestaciones del principio de mínima intervención es que la coherencia del sistema exige que el Derecho Penal intervenga solo en los casos más graves de ataques contra los bienes jurídicos más importantes, ya que las perturbaciones mas leves de los bienes jurídicos o contra bienes jurídicos menos relevantes son objeto de otras ramas del Derecho.* En otras palabras, existen conductas que perturban bienes jurídicos, que no son penalizados o instituidos como

⁵⁰ Sentencia de fecha 18/02/02

delictivos sino que son objeto de solución por las otras ramas del Derecho. Una de las finalidades de la política criminal es decidir sobre cómo las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad, implicando además decisiones respecto ¿Qué tipos de comportamientos debieron ser criminalizados?, es acá donde cobra importancia el principio de mínima intervención.

Regulación Jurídica

Este se encuentra dispuesto en el Art. 5 Pn. (Principio de Necesidad) *Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.*

Principio de Eficacia

Este principio presenta una dualidad, la cual se explica en la relación: *efectividad de la política criminal-efectividad en la utilización de los recursos*. En cuanto a la primera las decisiones de política criminal deben ser obtenidas luego de un estudio científico del problema (objeto de la criminología), resultados en los que se sustentara el plan de combate contra la conducta lesiva al bien jurídico y una vez se aplique dicho medio deberá ser monitoreado constantemente a efecto de determinar si esta obteniendo el resultado deseado, caso contrario, deberán volver a ser planteado el medio de combate. La política criminal debe conocer a profundidad la conducta nociva, ya que en base a dicho conocimiento se planteara como combatirla.

En lo que a inversión de recursos se refiere, la política criminal debe planificar una estrategia en este rubro, para maximizar los resultados, a menor costo, sin que ello repercuta en la eficacia de la misma.

Las funciones estatales no pueden ser ejercidas sin un mínimo de planificación, pues lo limitado de los recursos y lo amplio de las demandas que atienden, obligan a la adopción de criterios de racionalidad para el logro de objetivos y metas, por el contrario, una administración pública sin criterios de racionalidad, con probabilidad no lograría invertir recursos de manera eficiente ni tendría logros significativos, o al

menos, criterios claros para distinguir avances o retrocesos, modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados.⁵¹

Principio de Transparencia

Supone que los actos del gobierno y sus decisiones pertenecen a la cosa pública, por lo tanto, sus contenidos, fines, resultados y actores están sujetos al escrutinio del público. Esto supone una apertura al derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos así como al establecimiento de mecanismos de control o instancias de evaluación, ello es necesario para que haya un mayor control y la visibilidad de los actos de una política criminal. Binder⁵², habla de una política criminal transparente, puesto que el ejercicio del poder por ella manejado afecta derechos fundamentales.

Principio de Participación Ciudadana

Este principio supone que el combate a la criminalidad, si bien es cierto es atribución del Estado, no es menos cierto que la criminalidad en toda sus extensión es un problema nacional, que sin la ayuda de la ciudadanía en todo sentido no puede ser disminuido a la mínima expresión tolerable. En este orden de ideas la política criminal debe coadyuvarse con la ciudadanía, pero sobre todo con actores civiles, tanto a nivel social, como a nivel empresarial ello a efecto de combatir frontal, integral y articuladamente este problema. Esto tiene como trasfondo involucrar a los ciudadanos en aquellas decisiones que pueden terminar afectándolos, tales como las relativas al funcionamiento del sistema penal.

Este principio se materializa cuando se parte de la organización comunitaria como eje transversal de todos los procesos de seguridad ciudadana que se impulsen en nuestro país., los cuales tienen como finalidad cohesionar a la comunidad para el combate al crimen, articular esfuerzos junto con la institución encargada de aplicar y formular la política criminal.

Principio de Acción Multitangencial o de Coordinación Interinstitucional

⁵¹ CEPES, La Política Criminal como Política Publica, versión digital en www.fespad.org.sv

⁵² Alberto Binder, ibid

Este principio dispone que todas las instituciones del Estado han sido creadas para objetivos diferentes, con roles específicos para cada uno, en la lucha contra la criminalidad, a través de las decisiones que esta tome, deberán coordinarse entre si y prestarse auxilio según la función de cada institución.

En este sentido, la política criminal debe ser comprensiva de estas circunstancias y establecer una regla de coordinación en atención a fines, sin que cada institución pierda su específica función dentro de la sociedad delictiva, señalando la obligación del establecer una edad mínima para imputar un responsabilidad penal; y el principio de legalidad penal en conexión con la seguridad jurídica, a fin de prohibir la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la configuración de los ilícitos penales.

La coordinación es básica para la efectividad de un programa político criminal, así la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República, la primera respecto a la detención de personas y al mantenimiento de la evidencia, para que la segunda pueda sustentar tanto la teoría fáctica con la jurídica y el trabajo de la primera sea productivo, una excepción a este principio es el Órgano Judicial, por mandato constitucional⁵³.

Regulación Jurídica

El Art. 86 dispone que *el poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.*

1.3. Modelos de Política Criminal

La Política Criminal, es una ciencia donde se relacionan conflicto, poder, violencia y estado⁵⁴, así durante la historia y atendiendo a la forma cómo se han articulado dichos elementos la Política Criminal ha adoptado características especiales, cada modalidad en la articulación de dichos elementos es denominada modelo.

⁵³ Art. 172 Cn.

⁵⁴ Binder, Ibid

Un modelo es-por definición-una aproximación a lo observado. El modelo debe reunir ciertas características para ser considerado tal, entre ellas tenemos: simplificador, globalizar la materia tratada y evitar reducciones demasiado unilaterales; aproximativo, encierra en sí el germen de su refutación con lo que posibilita el avance científico, y; abstracto, pone en tela de juicio a la realidad misma, en su diversidad concreta, e intenta despegarla del automatismo de lo cotidiano.

El modelo debe respetar ciertas reglas: las de coherencia lógica (criterio de validez interna) y de adecuación a la realidad (validez externa). Como veremos mas adelante, la forma en como se estructure el modelo de Política Criminal, dependerá del Estado de que se trate, de cómo este vea el problema de la criminalidad y de cómo intente disminuirla-o hasta eliminarla-, en aras de ello los modelos retoman el nombre del tipo de Estado que los implemente.

Sin embargo no hay unanimidad entre los autores para determinar con exactitud cuantos modelos han existido durante la historia y cuales son sus características, así por ejemplo Mireille, Delmas y Marty, en su libro 'Modelos Actuales de Política Criminal'⁵⁵, cita los siguientes modelos: Social Liberal, Autoritario y Totalitario. Por su parte Edgar Alberto Amaya Cobar, en 'Revista Bases para la Discusión sobre Política Criminal Democrática'⁵⁶ hace referencia a dos modelos, los cuales se retomarán para el presente estudio: Modelo Autoritario y Modelo Democrático o Liberal.

En política criminal, el esquema propuesto depende de estas cuatro relaciones fundamentales:



⁵⁵ Theshe Padilla, Natividad de las mercedes: La Política Criminal de El Salvador ... Trabajo de graduación UES 1999

⁵⁶ Amaya Cobar , Edgardo Alberto: Bases para la Discusión de una Política Criminal Democrática. Revista FESPAD 2003

El primer modelo, el sistema de política criminal es puramente estatal. Se denomina modelo Estado autoritario (EA), ya que tanto desviación como infracción dan lugar a una respuesta estatal dominante. El segundo modelo es, por el contrario, social en sus respuestas. Sin embargo, volvemos a encontrar que se distingue entre infracción y desviación, lo que, por suponer que el acto incompatible con las normas del grupo (infracción), queda delimitado con respecto al estado de no conformidad (desviación), parece evocar una organización de tipo estatal. De ahí el nombre de Sociedad peri-estatal, pues la sociedad civil, ante la inhibición del Estado, asume sus responsabilidades frente al fenómeno criminal, siguiendo un procedimiento calcado del estatal, precisamente porque la reacción social no es, en este caso, sino un sustitutivo de la estatal.

Los modelos mixtos evocan la idea de un binomio Estado-Sociedad, en el que el Estado no impone ni la orientación ni el control de todas las respuestas al fenómeno criminal, sino que abandona una parte de ellas a la sociedad civil. En realidad esta concepción mixta no es concebible más que en el modelo tres, según el cual el Estado interviene en materia de infracciones y admite que la respuesta frente a la desviación sea predominantemente social. Es el modelo mixto de Estado-sociedad liberal.

El último modelo es, por el contrario, difícil de imaginar, y de hecho no se corresponde con ningún sistema real, pues se remite a la paradójica situación de un Estado que, aun admitiendo distinciones entre infracción y desviación se desinteresaría de aquélla para limitarse a responder sólo a ésta. En un sistema tal, el Estado se desentiende de los hechos incompatibles con las normas sociales, abandonándolos a la venganza o a la mediación del grupo, mientras asume el tratamiento del Estado de no conformidad constitutivo de la desviación, pero sin incluir dentro de ella a la desviación nacida de la infracción, pues en ese caso se confundirían las dos nociones en un concepto único. Este modelo, que podríamos denominar Estado-sociedad terapéutica-social.

Tenemos un modelo puramente estatal, que denominaremos Estado Totalitario, en la medida en que la negativa a distinguir entre infracción y desviación aboca una respuesta estatal casi-continua frente al fenómeno criminal globalmente considerado.

El último modelo evidencia una naturaleza netamente social: la sociedad útil no pretende subrogarse en el lugar del Estado que se inhibe, sino que asume por si sola la respuesta al fenómeno criminal en su totalidad.

1.3.1. Modelo Estado Autoritario

Este modelo se fundamenta en el principio de *Autoridad*, que según Osorio⁵⁷ se define como la potestad que tiene una persona-en este caso el Jefe de Estado o de Gobierno, según se trate-para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, imponiéndolas directamente a los demás, lo que a la postre implica una situación de subordinación del resto de las personas a lo que aquel disponga, mande y ejecute. De ahí que la libertad y la seguridad quedan también sometidas a dicho principio. Este modelo se caracteriza por cuatro elementos fundamentales:

- Concentración del *iuspuniendi* en manos del Ejecutivo
- Refuerzo de los medios represivos en el combate a la criminalidad
- Altos niveles de violencia institucional
- Intervención del Estado en amplias esferas de la vida social

La concentración del *iuspuniendi* en manos de un solo órgano, institución o ministerio, generalmente en el Órgano Ejecutivo, es decir, ninguna otra institución interviene en el combate a la criminalidad, es únicamente este Órgano es quien crea, dirige y ejecuta la Política Criminal, lo que produce una visión parcializada del problema y la pérdida de insumos necesarios para disminuir la criminalidad, como lo serían aportes de otros Órganos, así como de la sociedad civil. Esta concentración del poder en el Ejecutivo se produce en primer lugar por la inexistencia de controles inter-orgánicos, ello como consecuencia de la visión parcializada del problema que ya fue aludida y en segundo lugar, porque existiendo algún tipo de controles en el ejercicio del poder, se encuentran anulados o marginados. Ello deja sin efecto el principio multitangencial o de cooperación inter-institucional.

La concentración del *iuspuniendi*, bajo este modelo provoca que la Política Criminal fortalezca los medios represivos como única respuesta al fenómeno de la criminalidad, lo cual implica que el Estado endurezca aquellas instituciones de

⁵⁷ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, *Ibid.*

combate directo a la criminalidad, como lo son la Policía y en otros países la Fuerza Armada.

Ordinariamente a la Policía se le asignan dos funciones: preservar el orden público interno y luchar contra la criminalidad, esta última misión se descompone a su vez en dos tareas, la de prevenir la ocurrencia de conductas delictivas o desviadas y la de reprimirlas, en esta última tarea, la policía solo debe actuar como auxiliar de la justicia penal. En el caso de la Fuerza Armada, en algunos países, como es el caso de Latinoamérica y algunas regiones de África, como Sudán, le son asignadas las funciones de combate a la criminalidad y preservación del orden público. En el caso de nuestro país y según el Art. 159 Cn., a la Fuerza Armada le corresponde únicamente velar por la Soberanía Nacional y a la Policía Nacional Civil, brindar seguridad pública, adscritos a Instituciones Gubernamentales diferentes.

En los estados autoritarios, la Política Criminal se orienta a la constante intervención y refuerzo de diferentes instituciones como medios idóneos para el combate de la criminalidad, es decir, refuerzos presupuestarios a dichas instituciones, en detrimento de otras ramas sociales (Educación, salud, trabajo, seguridad social, etc), maniqueísmo (separación de la sociedad en buenos y delincuentes), reconocimiento de la disminución de la criminalidad como producto de la acción eficiente de ambas instituciones, aumento del nivel de capturas ejemplificantes (detención como medio que el delincuente *aprenda una lección*), sobresaturación del sistema penal, conflictos entre órganos del estado (Policía-Fiscalía, Fiscalía-Jueces-Policía, Ministerios-Órgano Judicial), procesos penales iniciados sin elementos de prueba indiciarias. Si ambas instituciones existen simultáneamente, cada vez más la Fuerza Armada intervendrá en funciones de Seguridad Pública (desnaturalizando su razón de ser), ello producirá irremediablemente la constante violación de derechos humanos, excesiva violencia en la captura de delincuentes, primordialmente.

El refuerzo de la represión estatal, debido a la concentración del poder punitivo se traduce en altos niveles de violencia institucional para la resolución de conflictos, debido a que se apuesta a la represión del fenómeno para su eliminación y no por una acción multilateral y multidisciplinaria de combate al fenómeno, se prima la violencia, la criminalización de conductas, la penalización de actividades, la falta de proyectos de rehabilitación del delincuente y de proyectos de prevención de la delincuencia en personas en riesgo o bajo la figura de la elevación del nivel de desarrollo

humano(educativo, salud, empleo, etc.), todo esto lleva irreversiblemente al fenómeno llamado por la doctrina penalización de la vida social.

El amplio índice de discrecionalidad en la forma como se combate la criminalidad genera una intervención en la mayor parte de la vida de la sociedad, a través del sistema penal, lo cual implica una lesión constante a la libertad y a la dignidad humana, pilares fundamentales de la existencia de toda persona y por ende fines de la actividad del Estado. El modelo autoritario privilegia la existencia del Estado, sobre la seguridad y desarrollo integral de sus habitantes, olvidando por completo la visión antropocentrista de su existencia⁵⁸.

Es de destacar que este modelo no es una novedad para la historia humana, se ha dado en la mayor parte de la vida feudal, con los denominados Estados Gendarmes, lo que quizás sea nuevo es su evolución invisible y constante en el mundo de hoy, sobre todo después de los atentados del 11 de Septiembre en Estados Unidos y la consiguiente Guerra Contra el terrorismo, este modelo tiende, progresivamente, mediante un deslizamiento furtivo pero obstinado, a suplantar al modelo liberal en el mundo de hoy.

Este modelo elimina prácticamente la distinción entre infracción y desviación, por lo tanto queda circuncidado y definiendo un espacio de control discontinuo, el Estado se ofrece a si mismo los medios de volver a atrapar, de alguna manera, la libertad permitida, como excusa de una desviación, imposible de delimitar y que puede servirle de pretexto para intervenciones autoritarias cuando no coercitivas. El carácter autoritario del modelo entraña la modificación, incluso, de la respuesta a la infracción.

I. Respuesta estatal a la desviación

- a) La variante medico-social: es la más difundida, y también la más variada en sus manifestaciones, ya que en ella se encuentran estrechamente asociadas estrategias de internamiento y estrategias de integración, orientadas ambas, por yuxtaposición, a las mismas categorías desviados.

- b) La variante Judicial: según la cual la respuesta a la desviación nace de una decisión de la autoridad judicial, especialmente a dos categorías en las que

⁵⁸ Ver Principio de Dignidad Humana

no siempre es fácil distinguir desviación e infracción: menores y consumidores de drogas.

- c) La variante Policial: puede manifestarse a través de la reprensión, a la que ya se ha aludido, y que se dirige indistintamente, a la infracción o a la desviación, sobre todo en el caso de los jóvenes.

II. Respuesta estatal a la infracción:

Comporta diversas variantes, alternativas y complementarias, a las que ya se han manifestado, sin embargo aparecen también ciertas particularidades, que tanto pueden consistir en la inflexión de relaciones comunes a los dos modelos, liberal y autoritario, como en la aparición de relaciones nuevas, propias del modelo autoritario.

1.3.2. Modelo Estado Totalitario

Englobar en un solo movimiento a todos los comportamientos de rechazo de las normas, acumularlos sin distinciones entre infracción y desviación para imponer un único modo de pensamiento y de acción, hasta el punto de que los hombres, convertidos en intercambiables, puedan confundirse en un cuerpo único perfectamente homogéneo, es en un inicio difícil, mas aun cuando un Estado se fija tal programa o se denota de tales medios, el modelo de política criminal se transforma en totalitario, cualquiera que sea la ideología que le inspira.

Modelo puramente estatal, no distingue entre infracción y desviación, por ello da una respuesta estatal frente al fenómeno criminológico globalmente considerado. Si solo contempla la infracción, será llamado Estado justiciero; si únicamente contempla la desviación, será llamado Estado terapéutico.

El acto incompatible con las normas no es, en este caso, sino un incidente sin importancia en sí mismo, pero que revela un inaceptable estado de disconformidad. El fenómeno de "*reducción*" se produce aquí en sentido inverso a la infracción queda diluida en la desviación, que se ha convertido en el punto de referencia principal.

Sub-Modelo Estado Justiciero

Si las relaciones alternativas se desarrollan esencialmente a través de la variante penal las relaciones complementarias presentan cierto particularismo, que se manifiesta desde dos puntos de vista:

1. La relación con la ley (analogía): es significativa en si misma. La técnica jurídica suministra al estado, preocupado por asegurar la represión uniforme de todo comportamiento no conforme a norma, un instrumento ideal: el método llamado de la interpretación por analogía. Este método consiste en resolver un caso penal no previsto por la ley atendiendo a su espíritu latente y tomando como punto de partida la similitud del caso dado con otro que la ley ha definido o previsto en su texto, y en los casos extremos, recurriendo a los fundamentos del ordenamiento jurídico tomando en su conjunto, a partir de esta definición se pueden concebir dos tipos de analogía: la analogía legal, que consiste en razonar sobre un caso dado a partir de una regla legal existente que rige un caso semejante y que se va aplicar mas allá de su marco normal de aplicación, y la analogía jurídica que es mucho mas extensiva puesto que no depende de las previsiones forzosamente discontinuas de la ley, y que es la fuente inspiradora del espíritu general del sistema represivo: *El juez no se basa en un texto mas o menos próximo al caso que se juzga, si no que busca la ética política, religiosa o social en que se inspira el derecho de su país y crea, por si mismo, la incriminación ausente o la penalidad.*

Esta segunda concepción, que libera al Estado de cualquier servidumbre legal, es la preferida por el modelo totalitario del tipo justiciero. Esta corriente puede también tomar la forma teocrática del integrista, según la cual el Derecho debe expresar la ley religiosa y revelada.

2. La relación con las instancias sociales: son igualmente significativas en este modelo totalitario, en el que el Estado opta deliberadamente por la ruptura con el delincuente, lo que se manifiesta en el frecuente recurso a la pena capital o a los distintos castigos corporales. Este modelo excluye también a la víctima y al grupo social de la respuesta propiamente dicha, la ley del talión en los países islámicos puede, no obstante, aparecer como una referencia a la víctima. Por otro lado, si el grupo social queda, en principio, excluido del proceso, es, cuando, menos, invitado a meditar sobre la pena,

ejecutada a menudo en publico, y a partir, en cierta medida antes del proceso, a traves de la denuncia, obligatoria por principio.

Sub-Modelo Estado Terapéutico

Una posible forma de concebir el estado terapéutico es la que se deduce de los principios de defensa social, y según los cuales la infracción se vería reemplazada por un índice antisocial y la pena por una medida de defensa social, que puede tener carácter coercitivo. Dicho de otro modo, la respuesta estatal se dirigirá a la desviación, no a la infracción como tal, y la coerción de la medida de defensa social será de la misma naturaleza que la inherente a la hospitalización de un enfermo infeccioso, al internamiento de un enajenado en un hospital psiquiátrico o a la ejecución obligatoria de los deberes escolares de un niño.

1.3.3. Modelo Estado Social Liberal

Este es un modelo mixto en el que el Estado no impone orientación y control sobre las respuestas al fenómeno criminológico, sino que deja una parte de ellas en mano de la sociedad civil, en este modelo, el Estado deberá intervenir en materia de infracciones, dejando la desviación a la sociedad civil. Se caracteriza por:

- Estado interviene solo en infracciones cometidas, es decir, en conductas que efectivamente comporten una lesión a un bien jurídico
- Aumento de la intervención de la sociedad civil en la creación y ejecución Política Criminal
- La Libertad como eje transversal de la Política Criminal

Clásica en el mundo occidental, esta primera corriente, que legitimaría la dominación legal, se inspira netamente, en la ideología liberal del s. XVIII y XIX. Su valor de referencia, la libertad, se encuentra doblemente garantizada por la estructura del modelo: por la distinción entre infracción y desviación y por la limitación del alcance de la intervención estatal al solo campo de la infracción.

La parte mas visible de la política criminal del modelo liberal se manifiesta a partir de la respuesta a la infracción, respuesta estatal que constituye el objeto de los proceso de derivación lineal o circular; la derivación lineal determina,

partiendo de las relaciones alternativas, y da la pauta a la aparición de las siguientes variantes: penal, administrativa, civil y de mediación.

- a. **Variante penal**: se puede estudiar a través de los conceptos jurídicos clásicos, producto de las técnicas del Derecho Penal y Procesal Penal, desarrollados no solamente sobre los ordenamientos nacionales sino también en los acuerdos internacionales.
- b. **Variante administrativa**: se limita a la respuesta frente a la infracción, derivada de la relación fundamental (Infracción-respuesta estatal), implica que más allá de una simple colaboración con el sistema penal, la administración va a gozar de competencia para aplicar sus propias sanciones al infractor.
- c. **Variante civil**: muchos se consideran víctimas al margen de cualquier asunto penal y, a la inversa, otros muchos, cuyos asuntos no han sido planteados ante los tribunales respectivos, y revelan comportamientos que podrán depender del sistema penal: en el fondo es evidente que el ciudadano común no hace distinciones entre un asunto civil y uno penal. Esta variante puede funcionar según la regulación ordinaria de los procedimientos de responsabilidad civil, pero también aparece bajo formas específicas. Tanto si la variante civil toma la forma clásica de un proceso civil como si adopta la novedosa fórmula del recurso de petición de indemnización al estado, es preciso, todavía, calibrar su dimensión real, a través de las relaciones complementarias con las otras instancias estatales y, posteriormente, con las sociales.
- d. **Variante de mediación**: definida como mediación, supone que entre las partes que se enfrentan interviene siempre un tercero. El proceso de mediación es, al respecto, más flexible, pues lo esencial es llegar al acuerdo, a la reconciliación. El único y declarado fin es el de resolver el conflicto. Se trata en la mayoría de los casos, de un proceso puramente privado, no controlado por el estado, y, por tanto, característico de una relación “infracción-respuesta social”, propia de un modelo político-criminal distinto.

La política criminal es en este modelo estatal, un juego mucho más complejo, en el

que se enfrentan relaciones de fuerzas múltiples, complementarias o contradictorias, interviniendo factores económicos y culturales que se asocian o se oponen al aspecto político concluyendo finalmente en la respuesta estatal a la infracción.

Toda respuesta político criminal se vuelve estatal por la formulación legal que se hace de ella, las instancias de control que la ejecutan y las decisiones de esas instancias especialmente la Policía y la administración penitenciaria. La legitimidad del uso de la coacción que realiza el Estado a través de la política criminal, no puede ser la misma en todos los modelos, aun siendo estos estatales, debido a que su estructura es diferente entre sí, cuando se enfrentan a la infracción y desviación.

A diferencia de los modelos estatales, cuya unidad nace de tener un núcleo común que es el Estado y de dar una respuesta estatal al problema criminal, los modelos sociales que, de acuerdo con la definición adoptada, excluyen cualquier respuesta del Estado, son mucho mas variados.

Estos modelos sociales se caracterizan por

- a. Son sustitutivos del estado por parte del cuerpo social
- b. Absoluta independencia del estado y sin referencia alguna al mismo.

1.3.4. Modelo Sociedad Peri-Estatal

En este modelo predominan las respuestas sociales a la criminalidad, se hace distinción entre infracción y desviación, orientando sus esfuerzos hacia la primera. Posiblemente se siga un modelo copiado del modelo estatal, ya que cuando este modelo entra en juego es porque el Estado ha reaccionado débilmente.

Caracterizado fundamentalmente por la existencia de una respuesta social a la infracción, este modelo peri-estatal puede manifestarse a partir de la relación, según diversas variantes alternativas:

- ✓ Que la respuesta social a la infracción surja ante la debilidad del Estado, sea por parte del grupo social indiferenciado, que se esfuerza en incitar a que intervenga, por medio de acciones contestatarias, sea por parte de la

propia víctima, que sustituye al Estado mediante una respuesta directa de autodefensa.

- ✓ Que la respuesta evidencie la diferencia y la organización dentro del grupo social de cuerpos intermedios que establecen normas específicas que ellos mismos hacen cumplir de forma más o menos independiente del Estado; variante disciplinaria de carácter profesional y corporativo.

Variante Contestataria

La respuesta del grupo social a la infracción constituye, la mayoría de las veces una reacción frente a una inactividad del Estado que el grupo no soporta. Constituye, pues, una presión sobre el Estado, que actúa fuera de cualquier definición estatal de la infracción, o se desarrolla frente a un derecho Penal que existe de manera puramente teórica, puesto que no tiene aplicación práctica.

Variante de Autodefensa

Según esta variante, aunque es una respuesta individual, es decir, se encuentra en el límite una respuesta de carácter social, se encuadra, sin embargo, en una perspectiva de política criminal porque la autodefensa de la víctima es aceptada por un grupo como usual. Con independencia de las reacciones vindicativas admitidas en las sociedades sin Estado y que se encuadran dentro del modelo Sociedad de vigilancia continua, se hace examinar, en efecto, los casos en los que dentro de un marco estatal cualquiera, la víctima responde directamente a la infracción.

Variante Disciplinaria

Esta última variante del modelo peri-estatal se caracteriza, en efecto, por su carácter corporativo y, en ocasiones, autogestionario. No se fundamenta en una debilidad del Estado, sino en la existencia de cuerpos intermedios públicos o privados, los más frecuentes profesionales, que tienden a interponerse entre el delincuente desviado y el Estado, con el fin de evitar o limitar la intervención de este en la regulación de los conflictos.

- a. **Variante disciplinaria bajo control del Estado:** tiene su principio en Francia donde el ejercicio del poder disciplinario está sometido al control de los

tribunales del Estado, por que aunque tenga autonomía su libertad esta contenida en reglas de derecho que pueden serles impuestas por el estado o que resultan del derecho común que hay que cumplir, la jurisdicción competente será administrativa o judicial según que la corporación cuyas resoluciones están en juego dependa del derecho Publico o del Derecho Privado.

- b. **Variante disciplinaria autónoma:** corresponde a la actual tendencia en el mundo empresarial de establecer normas profesionales mediante el sistema de los códigos, se sitúa en unas perspectivas disciplinaria con un carácter mas conmensurado claramente social, pues a pesar del termino código estas reglas profesionales no tienen ningún valor imperativo y constituyen simples recomendaciones de conductas, que realizan en Gobiernos unidos con doble finalidad de imágenes comercial ofrecida al publico y de evitar una intervención demasiado sistemática del estado en especial, las diligencias penales. Esta variante vincula fuertemente al autor con las respuestas; es un modelo consensual por excelencia, puesto que solo funciona, de forma precisa, con el consentimiento de los principales interesados, a condición de que los códigos tengan el efecto persuasivo esperado.

1.3.5. Modelo Sociedad de Vigilancia Continua

La imagen del estado, básica en los modelos estatales y perceptibles en el modelo peri-estatal, desaparece este último modelo de vigilancia continua. Desaparece por si misma, en la sociedad sin estado. Pero además, en las grandes ciudades industrializadas, en las que el estado esta presente, también su imagen puede desaparecer, aunque como en un sueño, el sueño de los que querían olvidar al Estado. Vivida o soñada la desaparición del Estado, surge debido al carácter simplificado del modelo. Existe una respuesta única para la infracción, desviación. Es en efecto, el Estado de Derecho el que hace posible una definición previa y delimitada de una infracción distinta de la desviación, pues solo el estado de derecho, debido a la utilización de conceptos abstractos, en especial el de la personalidad jurídica, puede captar más allá de la diversidad existente las grandes categorías jurídicas.

- 1. Sub-modelo vindicativo:** la venganza hoy día se confunde a menudo, con la autodefensa en su forma externa de justicia privada. Como Tal se encuentra

descrita en una especie de prehistoria de la justicia penal, extravagante y destructora, que representa, con la escalada de la venganza, la imagen misma de la violencia sin límites, amenaza muy real en el primitivo universo, amenaza que solo el sacrificio de un inocente o el castigo legal del culpable permita reprimir.

2. Sub-modelo comunitario: Basado precisamente en una relación de identidad entre los miembros de un grupo estrechamente único, de una pequeña comunidad de personas, el sub-modelo comunitario, muy conocido en las sociedades sin Estado y reavivado por la corriente liberal tiende también a sobreponerse a los modelos estatales desde el momento en que estas que pequeñas comunidades de personas se incorporan dentro de los propios estados.

Este modelo sociedad de vigilancia continua posee naturaleza totalmente social, la sociedad civil asume por sí sola la respuesta al fenómeno criminológico, no por sustitución como en el modelo de sociedad peri-estatal, sino que se adueña de las funciones. También concibe la infracción y la desviación sin distinción. Será una sociedad vindicativa si de una desviación se produce una infracción. Por ejemplo, en la venganza, cuando una deuda genera una contra-ofensa. Por el contrario si la respuesta social se concentra en afrontar cualquier desviación con el objetivo que el individuo se integre o reintegre al grupo social será una sociedad comunitaria.

En los modelos de Estado totalitario y sociedad en vigilancia continua, la política criminal pierde todo sentido y función y pueden incluso llegar a convertirse en lo que se conoce como *Modelos 0 (cero)*, que son la *Utopía libertaria*, en la que los valores juegan un papel determinante, una visión utópica, en la que el fenómeno criminológico provocaría la reacción espontánea del individuo, interna, sin presiones externas o colectivas, no contemplándose respuesta estatal ni social. Por otra parte la *Utopía totalitaria*, es en la que la presión externa es tan fuerte que logra eliminar toda desviación y todo comportamiento de rechazo a las normas, es decir, un orden impuesto. En resumen en la utopía libertaria, desaparece la política criminal no habiendo ningún tipo de respuesta social ni estatal y en la utopía totalitaria desaparece el fenómeno criminológico. Adicionalmente podemos mencionar lo que se ha dado en llamar el *modelo de la Anomia*, bajo el cual, aun existiendo política criminal, hay ausencia de valores subyacentes a la norma, un distanciamiento entre valor y norma excluye también la infracción y la desviación; la ausencia de valores supone ausencia

de fundamento de la norma.

1.3.6. Modelo Democrático

Para tratar este modelo de política criminal, se hará a través de sus características. La primera: Desconcentración, Fraccionamiento y Limitación, lo que indica que el poder del Estado debe descansar en tres órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, pero a la vez, deben haber controles para limitar el ejercicio del poder y evitar el abuso y exceso del mismo, dichos controles son internos dentro del mismo órgano, por ejemplo el Art. 182 regla segunda Cn, establece un control que ejerce la Corte Suprema de Justicia sobre los tribunales. Y además tenemos los controles externos, que no son más que los encargados de que exista una vigilancia mutua entre la actuación de los órganos entre sí, por ejemplo el Art. 185 Cn. Control que ejerce el Órgano Judicial sobre los otros dos órganos en razón de poder declarar inaplicable cualquier ley o disposición de estos en conocimiento de que sean contrarios a los preceptos de la Constitución.

Como segunda característica, de un sistema Democrático, la Política criminal debe dar un tratamiento no violento a los conflictos y la violencia, ya que la democracia prevé mecanismos de resolución alternas a los intereses. Como consecuencia, la utilización del derecho penal y la violencia de las instituciones que ponen en movimiento el engranaje del sistema, solo pueden ser utilizadas en caso de justificada necesidad o una vez se hayan agotado los mecanismos de tratamiento previstos para las problemáticas.

Como tercera característica de este modelo, la ley secundaria debe estar sometida a la Constitución y no violentar la normativa internacional. Así mismo la actuación de las instituciones encargadas del control de la criminalidad debe tener un sustento legal. Todo lo anterior en lo relativo al tratamiento de la criminalidad. *Porque el liberalismo es la corriente política que de manera profunda ha desarrollado el tema de las libertades del individuo... las cuales el estado no puede afectar sino solo mediante ciertos mecanismos y circunstancias excepcionales.*⁵⁹ Por lo tanto la Política Criminal debe ser autolimitada y los planes de gobierno no deben ser afectadores de las libertades de los individuos y estigmatizarlos, por su forma de vestir o por tener

⁵⁹ Amaya Cobar Ibíd.

tatuajes en el cuerpo. Tales planes o programas también deben evitar penalizar la vida social.

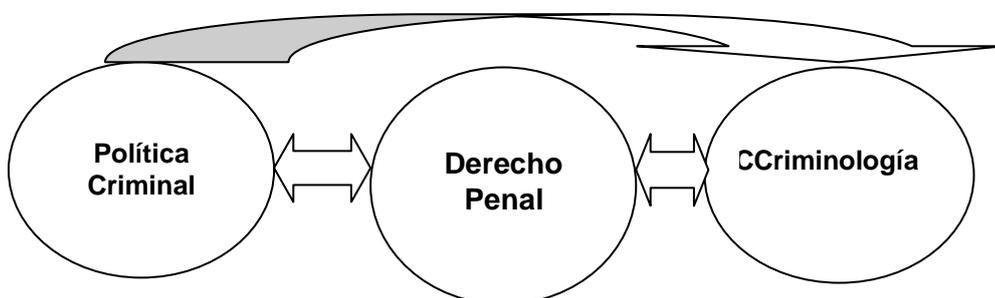
De la misma manera en el Estado Liberal, el poder penal debe ser limitado y despojarse de cualquier estigma a favor de ciertos sectores y en contra de otros, sino por el contrario el Estado debe promover un trato igualitario de acuerdo a sus condiciones. Porque la persona humana constituye el interés central de la función del Estado tal como lo establece el Art. 1 Cn. El estado debe realizar también, por mandato Constitucional, programas de prevención del delito y de rehabilitación, de acuerdo al Art. 27 inc. Tercero Cn.

En este modelo se cumplen-en teoría-todos los principios de una Política Criminal, que ya hemos analizado anteriormente, los cuales son:

- ❖ Principio de Legalidad
- ❖ Principio de Dignidad Humana
- ❖ Principio de Mínima Intervención
- ❖ Principio de Eficacia
- ❖ Principio de Transparencia
- ❖ Principio de Participación Ciudadana
- ❖ Principio de Acción Multitangencial o de Coordinación Interinstitucional

1.4. Relación entre Política Criminal, Criminología y Ciencia Penal

Las Ciencias Penales contemporáneas se componen de tres elementos que son: *La Criminología*, que estudia en todos sus aspectos al fenómeno del delito; *La Dogmática Penal*, que aplica y explica las normas positivas en cuanto sean las conductas consideradas atípicas al modelo penal y; *La Política Criminal*, que tiene como objeto permitir una mejor elaboración del derecho positivo y orientar al legislador en la creación de mecanismos idóneos para el combate del delito o del fenómeno delincencial. Sus relaciones se definen en la siguiente grafica.





Toda ciencia requiere de otras para desarrollar sus funciones, la política criminal trasciende los ámbitos meramente legales y llega a una esfera social y antijurídica, es por eso que también se vale de otros medios o ciencias sociales para lograr sus objetivos.

Dentro de todas esas ciencias que se relacionan entre sí, existen unas entre las que no podemos dejar de estudiar y guardan una estrecha relación, como son la Política Criminal con el Derecho Penal, la Criminología y la Seguridad Ciudadana.

1.4.1. Política Criminal y Derecho Penal

Para poder determinar la relación de estas dos disciplinas jurídicas, hay que establecer la definición más aceptada de derecho penal. *El Derecho Penal*, generalmente se ha considerado desde dos puntos de vista: el primero se refiere al punto de **vista objetivo**, es decir aquel que se refiere al sistema normativo, dicha vertiente nace de la definición propuesta por Von Liszt, quien establece que el derecho penal consiste “*en el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia*”⁶⁰ a este derecho se le denomina “*iuspuniendi*”, y establece que el Estado es el legítimo y único titular de este derecho y en donde el control social se encuentra centralizado. Esta definición es bastante aceptada y utilizada comúnmente; pero es muy cerrada y necesita ser ampliada, ya que el derecho penal no solo tiene que limitarse a señalar las penas y los delitos, también tiene que incluir otros medios para hacer mas efectivos el control de la sociedad.

El segundo punto de vista es el **subjetivo**, en el cual “*el derecho penal es considerado, como el poder que tiene el Estado como sujeto gobernante para determinar los hechos punibles y las sanciones para cada uno de ellos.*”⁶¹ El derecho

⁶⁰ Von Liszt, Fran. “tratado de Derecho penal”, 18 Ed. Traducción de Quintalino Zaldaña. T.I., 3 ra. Edición, Madrid, Reus, 1914 Pág. 1.

⁶¹ Camargo Hernández, Cesar. “Introducción al estudio del derecho penal”, Barcelona, Bosch, 1964, Pág. 49.

de castigar es la facultad que tiene un Estado para actuar de conformidad con las normas del derecho (es decir el derecho penal objetivo), al derecho penal subjetivo se le ha señalado una doble característica, “al mismo tiempo de ser un poder, es también un deber.”⁶²

De lo anteriormente manifestado, se entiende que el derecho penal subjetivo es un poder, ya que el Estado tiene el monopolio a través del Órgano Legislativo para dictar las leyes penales como derecho de reserva; pero también es un deber por que en un Estado de derecho, el derecho penal subjetivo es su principal garantía y esta obligado a regularlo, en el sentido que las leyes penales deben estar acorde a los principios constitucionales y normas internacionales, respetando los mas elementales derechos de las personas y haciendo efectiva todas las garantías procesales..

En definitiva, la definición de derecho penal debe de tener un aspecto objetivo y otro subjetivo, ya que son complementarios y dependientes uno del otro. En tal sentido retomaremos la siguiente definición para mayor comprensión *“El derecho penal constituye el conjunto de normas jurídicas- penales establecidas por el Estado con fines preventivos y represivos, que comprenden los hechos punibles y las respectivas sanciones a quienes los cometen”*.⁶³

En referencia a la relación de la Política Criminal y el Derecho Penal sigue teniendo una gran importancia, aunque la Política Criminal ya no es tomada doctrinariamente para combatir al delincuente mediante métodos represivos, sigue existiendo en la realidad de los países latinoamericanos y en especial el nuestro, grandes violaciones a los derechos humanos y donde el derecho penal es utilizado como un instrumento represivo en contra de los delincuentes, imponiéndoles penas excesivas que no cumplen con la función reabilitadora, ni de la prevencionalidad.

Es evidente que entre ambas disciplinas debe existir una íntima relación, en cuanto que en el derecho penal en la aplicación concreta de la ley debe tomarse en consideración la política criminal en el sentido de reflexionar y explicar sobre el efecto que tendrá la pena en la persona condenada para la víctima y para la sociedad. Pero es necesario aclarar que el derecho penal no es ni la primera, ni la única vía que debe utilizar la política criminal para la solución de conflictos, es decir que esta debe prever otros medios y vías no penales.

⁶²Vid. Fontan Balestra, Carlos. “Derecho Penal”, Op. Cit. Pág. 13.

⁶³ Trejo, Miguel Alberto y otros, Manual de Derecho Penal, Parte General, El Salvador 1992

El derecho penal actúa cuando la violación al bien jurídico ya ha tenido lugar, aplicando al sujeto infractor una sanción, la cual tiene que ir dirigida por mandato constitucional a la readaptación, lo cual consideramos que antes de cruzar al ámbito penal el Estado debería tomar las medidas de prevención adecuadas y eficaces para el control de la delincuencia a través de Políticas Sociales tendientes a satisfacer necesidades de la población o fortalecer puntos débiles que muchas veces son generadores o detonadores de la violencia.

Von Liszt, quien fue fundador de la “Escuela de Política Criminal”, sostiene que: la política criminal aporta las directrices a la lucha contra el crimen, fin al que se orienta la imposición de la pena⁶⁴. El sistema penal de un Estado de Derecho no puede basarse en la creación de normas penales de acuerdo a criterios personales y políticos. Si así sucede, tenemos el hecho de que ni los estudios criminológicos, ni la planificación de la política criminal sería eficaz, quedan como ciencias obsoletas en la creación de la legislación penal; pero también trae como consecuencia inmediata el fracaso de la finalidad del derecho penal y de la pena.

Cabe mencionar también que la creación de un sistema penal o reformas penales por medio de la simple “ideación” de los legisladores, produce inseguridad e inestabilidad. Es por ello que es de suma importancia que la política criminal se base en estudios científicos del fenómeno, a lo que contribuye en gran manera la criminología, para determinar de que manera se debe combatir la criminalidad; y al mismo tiempo que sirva al sistema penal, también sirve de instrumento del mismo, para lograr el objetivo de tener una legislación penal que sea eficaz y para combatir al fenómeno que se pretende tratar.

1.4.2. Política Criminal y Criminología

Para Juan Bustos Ramírez, “el derecho penal solo se preocupa por el delito, la Criminología, del delincuente y la política criminal, de la reforma legislativa”⁶⁵, de lo anterior se desprende que la criminología y la política criminal, son tomadas como disciplinas accesorias y subordinadas al Derecho Penal. Así, se establece una idea de cómo la Criminología se relaciona con la política criminal, es evidente que en ese contexto, estas son tomadas de una forma secundaria.

⁶⁴ Schuler- Springorum, Horst. Cuestiones básicas y estratégicas de política criminal.1989.

⁶⁵ Bustos Ramírez, Juan “Control Social y Sistema Penal”

A la criminología moderna le interesa el estudio en la conducta delictiva, la víctima y el control social, busca los factores que conducen a la criminalidad, en consecuencia conociendo las causas que originan la criminalidad, la política criminal puede establecer el campo para atacar la problemática a través de un tratamiento adecuado, esta busca los medios idóneos para darle tratamiento a la criminalidad, y que mejor apoyo, que la criminología da un conocimiento científico del problema⁶⁶.

La delincuencia o criminalidad y la respuesta social y estatal a la misma, se ha convertido en uno de los temas de mayor importancia en sociedades tan violentas como la nuestra. En el país se sostiene la idea que los diferentes grupos políticos que han tenido la oportunidad de gobernar y de cambiar la situación del fenómeno de las maras, ya sea por medio de estudios más profundos, la reforma correcta de la legislación, la aplicación de medios sociales de ayuda y prevención o cualquier otro medio para el cambio positivo de este fenómeno, se han limitado a combatirlos a través de la represión penal, con los resultados negativos que ya se conocen.

Estas consideraciones suelen escapar de las discusiones políticas sobre la delincuencia y justicia penal, teniendo como resultado, entre otros, la aprobación de leyes y reformas sin que existan los medios suficientes para implementarlas; se legislan fenómenos cuya naturaleza no se comprende y una vez aprobadas las leyes, no se hace una evaluación de su eficacia. Los debates que se dan sobre la inseguridad ciudadana son ejemplo de cómo se están ignorando los datos criminológicos que existen sobre el fenómeno de las maras o pandillas en nuestro país. Si uno se limita a valorar el problema de la inseguridad desde la perspectiva de los medios de comunicación y la de los grupos políticos, uno llega a concluir de que las cosas van empeorando y que el nivel de miedo al delito también ha aumentado.

La criminología estudia el delito en sus diferentes formas de aparición, investigando sus causas, significación en la vida social y del individuo, estudia además la personalidad del delincuente, características y sus posibles tratamientos; proporciona conocimientos empíricos, de los cuales se derivan propuestas de política criminal.

Entendiendo de esta manera la criminología, fácilmente se percibe la importancia que tiene su estudio en una relación con la política criminal, ya que le proporciona

⁶⁶ Escuela de Capacitación Judicial. Ciencias Penales. Monografías. Fundamentos de la Política Criminal. 2001

muchos elementos a tomar en cuenta al momento de proyectar una adecuada lucha contra la delincuencia. Parece obvio, pero si realmente nos preocupa la delincuencia, la Criminología es determinante para darnos explicaciones y posibles soluciones. Pero curiosamente se ponen en marcha muchas políticas criminales sin medir directamente su eficacia a la hora de prevenir o reducir la criminalidad.

En conclusión una adecuada lucha contra la criminalidad es imposible sin un conocimiento de la realidad criminógena y dentro de su función de investigar todo lo relacionado con la criminalidad, la investigación criminológica es útil para la política criminal, así tenemos:

1. Informan acerca de las políticas criminales de prevención de la delincuencia en el sentido de abordar mecanismos de solución a un problema determinado
2. Informan acerca de las políticas criminales de la planificación de los programas de intervención, en la forma de llegar al fenómeno y a la manera de su tratamiento.
3. Informan acerca de la eficacia de las medidas penales basadas en la prevención general y especial, en el sentido de generar si tales medidas han sido eficaces para prevenir un problema social.
4. Informan acerca de las políticas que puedan reducir, si no la delincuencia propiamente dicha, los efectos nocivos de la misma.
5. por ultimo, puede suministrar al legislador los datos empíricos necesarios para tomar decisiones criminalizadoras o descriminalizadoras con conocimiento de causa⁶⁷.

1.5. Relación entre Política Criminal, Delincuencia Juvenil y Seguridad Ciudadana

1.5.1. Política Criminal y Delincuencia Juvenil

Desde el siglo pasado se ha sentido la necesidad de otorgar un tratamiento jurídico del menor delincuente, dando lugar a un conjunto de leyes y de jurisdicciones especiales dirigidas a la protección y tutela de los menores y al control del comportamiento desviado. Este tratamiento puede ser de índole penal o ya sea de otro signo no ha formado parte, ya, de dicho consenso, dependiendo del sistema elegido

⁶⁷ Larrauri Pijoan, Elena. Política Criminal. 1999

de la orientación política criminal que se considere más eficaz en la prevención y tratamiento de la criminalidad de los jóvenes.

El tratamiento de la delincuencia no debe estar sometido a órganos de la administración de justicia, sino al control de instancias no jurisdiccionales para buscar evitar que los jóvenes entren en el sistema de justicia penal mediante soluciones extrajudiciales basadas en programas de diversión y mediación.

La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control, consideraciones hechas según los principios fundamentales de las directrices de la Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas por la asamblea general en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990, además, los ordenamientos jurídicos nacionales y los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes en una política progresista de prevención de la delincuencia juvenil.

En cuanto a las políticas públicas dirigidas hacia la delincuencia juvenil, deben crearse políticas claras de prevención de la violencia, con el objetivo de evitar la incorporación de más niños y jóvenes a la pandilla, lo más importante es hablar directamente a la población juvenil sobre los riesgos que implica pertenecer a las mismas.

El fenómeno de las denominadas “maras” término usado “casi exclusivamente, para hacer referencia a grupos de jóvenes organizados y vinculados generalmente con actos violentos y / o delictivos, se ha convertido en la palabra salvadoreña utilizada para designar a las pandillas de jóvenes”, los cuales proliferan en zonas caracterizadas por alta densidad poblacional, existiendo una prestación deficiente de servicios básicos y bajos niveles de ingreso en los hogares.

Según estudios criminológicos de Baratta y Carranza *el aumento de la delincuencia juvenil esta estrechamente relacionada con la forma como esta viene*

*siendo tratada*⁶⁸, en estos mismos estudios se comprobó que el internamiento es ineficaz en la represión del delito y en la reinserción de los jóvenes a la vida social, el internamiento es una respuesta simple a un problema complejo y en consecuencia existe un aumento en el costo de la intervención penal reflejado *en una aproximación a los costos de la violencia, la UCA ha estimado que cerca del 15% del presupuesto nacional puede estar comprometido con la lucha de las pandillas.*⁶⁹

1.5.2. Política Criminal y Seguridad Ciudadana

Hace unos años sucedió un evento intangible y no localizable expresamente, pero de fundamental importancia para nuestra política criminal: el termino Seguridad publica cambio por el de Seguridad Ciudadana. El término seguridad pública tiene un mismo sentido: el Estado prevé a los ciudadanos de las garantías necesarias para la protección de sus bienes y propiedades.

El termino seguridad ciudadana, se ha adoptado ya sea a la actividad estatal, que no es ajena a los cambios políticos mundiales o regionales; al fin y al cabo, permite una tarea de nunca acabar: la inseguridad persiste siempre que queramos que persista porque, al final de cuentas es una percepción. Hay inseguridad ciudadana que debe ser combatirla y que significa más presupuesto para armas, sin importar la salud y la educación.⁷⁰

Por lo anterior, rescatar el termino seguridad ciudadana, nos ayuda entender nuestra política criminal: En la seguridad ciudadana al igual que en la seguridad nacional se esta en guerra contra una delincuencia creada por el concepto de alarma social que ha guiado la política criminal en todo el sistema de justicia penal en El Salvador.

⁶⁸ Delgado de Mejía, María Teresa. "Las Pandillas Origen y Efecto en la Sociedad Salvadoreña"

⁶⁹ Revista Proceso. Número 747, de fecha 26 de febrero de 1997, Editores UCA.

⁷⁰ El Khoury, Henry Issa. Cuatro Temas de Política Criminal. Proyecto: Mejora de la Administración de la Justicia y su Adaptación al Sistema Penitenciario.

