

DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

REVISTA TRIMESTRAL

Director: RICARDO C. NÚÑEZ

Secretarios de redacción

CARLOS A. TOZZINI

DAVID BAIGÚN

Consejo consultivo internacional

Lolita Aniyar de Castro (Maracaibo - Venezuela)	Franco Ferracutti (Roma - Italia)
Marino Barbero Santos (Madrid - España)	Hans Joachim Hirsch (Köln - R.F.A.)
Jürgen Baumann (Tübingen - R.F.A.)	Hans Heinrich Jescheck (Freiburg i. Br. - R.F.A.)
Luis Bramont Arias (Lima - Perú)	John Kaplan (Stanford - U.S.A.)
Marshall B. Clinard (Wisconsin - U.S.A.)	Rosa del Olmo (Caracas - Venezuela)
Juan Córdoba Roda (Barcelona - España)	Klaus Tiedemann (Freiburg i. Br. - R.F.A.)
	Giuliano Vassalli (Roma - Italia)

Dirección y administración: Talcahuano n° 494, Buenos Aires

DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

Director: RICARDO C. NÚÑEZ

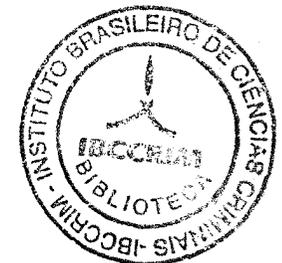
Secretarios de redacción

CARLOS A. TOZZINI

DAVID BAIGÚN

AÑO 13

Nos. 49 a 52



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1990

EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN UN DERECHO PENAL "EFICAZ" *

por WINFRIED HASSEMER **

I. *La omnipresente violencia.*

La violencia es un firme elemento integrante de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con otros, sabe lo que es la violencia y nunca estará seguro ante ella.

La omnipresencia de la violencia en la vida social no es, por tanto, cuestionada, ni tampoco se modifica. Lo que sí se modifica es la disposición para aceptar la violencia, y también la probabilidad de llegar a ser autor o víctima de un hecho violento. Y en la actualidad también se modifica, con especial claridad, la forma en que percibimos la violencia y la actitud que adoptamos ante ella. De ello y de sus consecuencias para el derecho penal nos vamos a ocupar seguidamente.

1. *Percepción social de la violencia.*

Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella. Una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea.

Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucho mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros cada vez más de un modo comunicacional que experimen-

* Traducción de Francisco Muñoz Conde.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt.

tal. De todo ello se deduce, entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. Los medios de comunicación conceden gran importancia al ejercicio de la violencia y quizá también por eso informan de ella de un modo altamente selectivo¹. La amenaza de violencia —real o supuesta— es un regulador para llevar a cabo una política criminal (típicamente restauradora)². Lo que en derecho penal se considera como bien jurídico merecedor de protección y constituye, por tanto, la base de las conminaciones penales, es consecuencia de un acuerdo social normativo en el cual interviene además el sentimiento de amenaza que existe en la población³.

La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico⁴, alimentando una creciente industria al respecto. El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de “criminalidad organizada” como una especie de detritus social que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales⁵. Así, por ejemplo, se dice que el derecho penal y el derecho procesal penal deben “adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz”⁶, y que una “completa elaboración de la opinión pública dirigida por la policía” debe y puede “apoyar la lucha represiva contra la criminalidad organizada”. Hay que “fomentar las denuncias”; la “reprobación social de la criminalidad organizada”, y hacer que “la población comprenda las redadas y medidas policiales similares”⁷. El “Informe” de la Comisión gubernamental independiente para la prevención y lucha contra la violencia (la llamada “Comisión

¹ Paradigmático, Murck, *Soziologie der öffentlichen Sicherheit*, 1980, ps. 80 y ss., 91 y ss., 110 y ss.

² Paradigmático, Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, pássim, esp. ps. 75 y ss., 132 y ss.

³ W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1979/80, ps. 158 y ss., 221 y ss.

⁴ Paradigmático, Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, esp. ps. 339 y ss.

⁵ Rebscher/Wahlenkamp, *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.

⁶ Ídem, p. 196.

⁷ Ídem, p. 197. Incluso se dice que se debe facilitar a las autoridades encargadas de la averiguación de los delitos el acceso a las informaciones de carácter personal que “puedan ser relevantes para la investigación”, “en interés de una eficaz lucha contra la criminalidad organizada”.

sobre la Violencia”), que se acaba de presentar en 1990, es sólo un aspecto —aunque colorista— de esta situación⁸.

2. Actitud social ante la violencia.

El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia. Ha llegado la hora de conceptos como “lucha”, “eliminación” o “represión” en detrimento de otros como los de “elaboración” o “vivir con”. Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual⁹, y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito¹⁰. La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared.

Desde esta percepción, la sociedad que así piensa no puede dar un derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera “Magna Charta del delincuente”¹¹; lo que ella necesita es una “Magna Charta del ciudadano”, un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal en un “derecho penal para enemigos”¹².

a) Filosofía política.

Esta evolución que ha tenido la actitud social ante el delito y la violencia es anacrónica y nos retrotrae a una época ya superada de la filosofía del derecho penal y de las teorías político-criminales que sólo podían percibir al delincuente como el infractor de una norma, como

⁸ Algunos precedentes figuran ya en anteriores publicaciones de la Oficina Federal de Asuntos Criminales (Bundeskriminalamt, BKA) bajo el título: “Was ist Gewalt?”. Auseinandersetzungen mit einem Begriff, 1986 y 1988.

⁹ Paradigmático, Schwind/Berckhauer/Steinhilper (edit.), *Präventive Kriminalpolitik*, 1980.

¹⁰ Una perfilada crítica en P. A. Albrecht, *Prävention als problematische Zielbestimmung in Kriminaljustizsystem*, Krit., V, 1986, ps. 54 ss.; sobre el dilema de la prevención, también D. Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, lug. cit., ps. 38 y ss., y W. Hassemer, *Prävention im Strafrecht*, “JuS”, 1987, 257 y ss.

¹¹ Sobre esta expresión, acuñada por Franz von Liszt, y su contexto en la teoría de la política criminal, W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Arroyo y Muñoz Conde, Barcelona, 1985.

¹² Elaborado y criticado por Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, “ZStW”, 97 (1985), 751 y ss.

un "extraño" al que había que alejar. En cambio, las modernas teorías, enraizadas en la filosofía política de la Ilustración, se caracterizan por considerar los derechos humanos y civiles como los fundamentos del derecho penal y del derecho procesal penal y por admitir al delincuente como parte del contrato social¹³. Las experiencias que actualmente tenemos con el miedo social a la amenaza, la percepción de la violencia y la política criminal nos impulsan, pues, a plantearnos la cuestión de las condiciones antropológicas y psicosociales de una política criminal ilustrada, racional y "libre de miedos". Sin embargo, una política de este tipo no se puede llevar a cabo con miedo, pero la dramatización de la violencia agudiza la situación.

b) Criminología.

Igual que el desarrollo de la filosofía política, permite el de la moderna criminología poner de relieve que una actitud mezquina y represiva de la sociedad ante la violencia y el delito no sólo puede deberse a una dramatización pasajera de la violencia, sino también a una falta absoluta de ideas. Dicho en términos penales, esta evolución va desde la criminalidad a la criminalización¹⁴; en virtud de ella el delito y la violencia aparecen como fenómenos merecedores de represión en una forma más compleja, una forma de la cual parece separarse nuestra actual percepción¹⁵.

La historia de la moderna criminología se caracteriza tanto por una ampliación como por una prolongación de su perspectiva. En sus orígenes estaba el intento de marcar las condiciones que hacen surgir y modifican la desviación criminal a la norma, buscando y encontrando estas condiciones en el cuerpo y en la psique del desviado. El "delincuente nato", que Lombroso descubrió en los establecimientos penitenciarios a finales del siglo XIX, sólo fue considerado desde el punto de vista políticocriminal como objeto del "acuerdo social represivo", como algo extraño, peligroso e incorregible.

Pero pronto se descubrió —sobre todo en USA— que importaba menos la naturaleza que los grupos primarios de referencia, especialmente la familia rota que producía en el futuro delincuente tempranas heridas y lo dotaba de técnicas criminales de supervivencia. Con

¹³ Sobre ello, expresamente W. Hassemer, *Menschenrechte im Strafprozess*, en Rüsen/Lämmert/Glotz (edit.), *Die Zukunft der Aufklärung*, ps. 196 y ss.

¹⁴ Una exposición de esta evolución en mis *Fundamentos* (cfr. nota 11), § 6-9; con más detenimiento, W. Hassemer, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, J, 2, 1976, 164.

¹⁵ Cfr. *supra*, I, 1.

ello se le seguía considerando como esa otra persona que amenaza; pero, en todo caso, se ofrecía ya una pista para considerar que el delincuente y el violento no existen como tales sin más ni más, sino que son "producidos" de algún modo socialmente. Cuando luego —sobre todo con la teoría de la anomia y sus variantes— aparecieron las circunstancias específicamente grupales o incluso de toda la sociedad en conjunto como factores criminógenos (así, por ejemplo, diferencias específicas entre el esfuerzo y las metas, por un lado, y las posibilidades reales para conseguirlas, por otro), se planteó urgentemente la cuestión de la corresponsabilidad políticosocial en el delito, convirtiendo al delincuente en un sujeto no tan distinto de la gente decente.

Con ello se había trazado el marco para una posible explicación científica de la criminalidad; terminando con el descubrimiento de una estrecha relación entre delito y estructura social. Este descubrimiento pudo ser el motor de una actitud frente a la violencia y el delito, que se ocupe de manera productiva de estos fenómenos, considerando no sólo al delincuente violento, sino también su mundo circundante más o menos cercano: biografía, educación, vivienda, trabajo, ocio. Esto formó la base de una política criminal racional a largo plazo.

Sin embargo, la investigación de las condiciones que hacen surgir o modifican la criminalidad no constituye el último avance que ofrece la moderna criminología. Su interés se extendió también, incluso en épocas relativamente lejanas, a las condiciones que hacen surgir y modificar el proceso de criminalización. La nueva escuela que se denomina a sí misma "crítica" y que se conoce con el término inglés de "*labeling approach*", reprochó a las anteriores teorías, a las que globalmente descalificó con el estigma de "etiologicistas", las cuales, aferradas a la búsqueda de los factores de la criminalidad, habían olvidado que no hay criminalidad sin criminalización; para esta escuela, la criminalidad es, en efecto (también), el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida humana e institucionalmente.

Aquí no se trata ahora de valorar este desarrollo científico, sino de ver las posibilidades que ofrece para aprender y deducir de él una actitud positiva frente al delito y la violencia. Este desarrollo fue poco a poco abandonando el punto al que ahora, también paulatinamente, se va acercando la dramatización de la violencia. Con cada vez mayor claridad, la criminología ha demostrado que una política que pretende adaptarse a la omnipresente violencia, no debe simpli-

ficar ni dramatizar su objeto, sino dejarlo tal como es en toda su complejidad, incluyendo las condiciones comunicacionales que lo hacen surgir y lo modifican; y que este objeto a largo plazo no puede ser tratado ni por la fuerza ni represivamente.

II. El derecho penal "eficaz".

El destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluyendo también en él el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos.

1. La política.

a) Represión de la violencia.

Estas exigencias son conocidas y, en parte, han sido satisfechas ya en las últimas reformas penales; multas y otras sanciones pecuniarias contra narcotraficantes siguiendo criterios muy estrictos en su aplicación y medición. Delitos que castigan el "blanqueo" del dinero ilícitamente obtenido; sistemática observación policial de los "delincuentes" (en lugar de aclaración de los delitos); utilización de confidentes policiales; redadas; "lucha preventiva contra el delito", eliminando los más sensibles límites y garantías constitucionales del derecho procesal penal en beneficio de la actuación policial; admisión del llamado testigo de la corona; ampliación del plazo de la prisión preventiva, etc.¹⁶.

Esta mayor dureza del derecho penal material y del derecho procesal penal se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto, le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un derecho penal eficaz y que deben ser tomados en consideración si es que se quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del derecho penal¹⁷. La combinación de los criterios de modernidad y eficacia hace surgir en cierto modo, junto a un derecho penal social (de cuello azul) represivo

¹⁶ Expresa y críticamente sobre esto, D. Krauss, *Strafverteidiger*, 1989, 315 y ss.

¹⁷ Expresamente y con datos sobre lo que sigue, W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, "NSfZ", 1989, 856 y ss.

de la violencia, un derecho penal tecnocrático (de cuello blanco) de dirección social¹⁸.

b) Direccionismo.

En este sentido, la política criminal "moderna" se caracteriza por estas tendencias: desde hace ya algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos, de atenuar las penas, sino de crear unos nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a ellos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que la opinión pública considera más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática.

Esta política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etc.), sino en los bienes jurídicos universales que además se los describe de manera tan vaga y a grandes rasgos que pueden justificar cualquier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se cuentan la protección del "bienestar" humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o el empleo de la informática en la economía o la administración.

Para ello se instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos, utilizando la técnica de los delitos de peligro (en su mayor parte, abstracto), en los cuales es suficiente con demostrar la acción que el legislador ha descrito como peligrosa, y no la de los delitos de daño o de lesión en que no sólo hay que demostrar la producción de un daño sino que éste ha sido causado por el inculpado.

2. La teoría.

La política que se acaba de describir se basa en la idea de que el derecho penal es un instrumento de dirección aceptable desde el punto de vista normativo y realmente eficaz; un medio de política interna (seguridad, salud, economía, etc.), entre otras cosas. Esta idea ha desterrado las metas que tradicionalmente se atribuían al derecho penal: que la garantía de la libertad y la protección jurídica deben

¹⁸ Esto se corresponde bastante con la distinción criminológica entre criminalidad de cuello blanco y de cuello azul (cfr. Kaiser, *Kriminologie*, 8ª ed., 1989, § 60, 1).

ser concedidas también al delincuente; que el derecho penal sólo debe intervenir subsidiariamente, como *ultima ratio*, y limitarse a unos pocos actos lesivos especialmente destacados. También ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre ha existido ante la "rudeza" del sistema jurídicopenal y ante la eficacia de él como medio de solución de los conflictos sociales: que sus instrumentos coactivos son para un amplio espectro de casos desproporcionados e incluso contraproducentes; que en virtud del principio de certeza (art. 103, II, GG, § 1, StGB) el derecho penal es demasiado inflexible; que por el principio del "derecho penal de hecho" es incapaz de tener efecto preventivo; que por el principio de culpabilidad se concentra en personas, y no en organizaciones o instituciones.

La actual política criminal tiene conciencia de estos problemas, pero se enfrenta con ellos desconociendo que un derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del derecho penal a sus principios, minimizando los presupuestos de la pena con el empleo superficial de delitos de peligro abstracto, difuminando los presupuestos de la imputación o endureciendo los medios coactivos.

La consecuencia de esta evolución no es, ciertamente, como poco a poco se va poniendo de relieve¹⁹, que se haya conseguido estructurar un sistema jurídicopenal capaz de cumplir las nuevas tareas que se le asignan, sino, al contrario, que estas parcelas de un derecho penal "eficaz" vayan acompañadas de "déficit de funcionamiento" continuos, específicos y denunciados por todo el mundo. De todo ello se deducen además dos cosas:

— por un lado, el miope intento de minimizar estos déficit aumentando la represión ("*more of the same*");

— por otro, el creciente aumento de amplios sectores del derecho penal con una eficacia puramente simbólica: cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídicopenales.

3) La dogmática.

Los criterios dogmáticos que utiliza la política y la teoría del derecho penal "eficaz" son diversos, pero dos de ellos merecen ser

¹⁹ En mi artículo citado en nota 17 he intentado demostrarlo.

destacados: la "funcionalidad de la administración de justicia penal"²⁰ y el método de la "ponderación de bienes"²¹.

(a) La "funcionalidad de la administración de justicia penal".

Desde comienzo de los años 70 y tras algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la R.F. de Alemania, el miedo a una administración de justicia penal ineficaz se erigió en el argumento principal en contra del debilitamiento o atenuación de las medidas coactivas procesales y de una mayor participación de la víctima o perjudicado por el delito en el proceso penal. Así, por ejemplo, se respondió negativamente a cuestiones como éstas:

— extender el derecho a no prestar testimonio a los asistentes sociales o a los terapeutas del drogadicto;

— prohibir la valoración como prueba de las grabaciones en cinta magnetofónica;

— renunciar a la acción penal a cambio de la puesta en libertad de los rehenes, en casos de robo con toma de rehenes;

— sobreseer el proceso penal en caso de peligro para la vida o la salud del inculcado.

Lo verdaderamente notable en todas estas decisiones no es tanto su existencia sin más (pues, en todo caso, efectivamente la ineficacia de la administración de justicia penal sería una amenaza para todos), sino su fundamentación sistemática (a-1) y su utilización práctica (a-2).

a-1) En lugar de considerar estas decisiones como lo que de hecho son, es decir, como verdaderas limitaciones de los principios de justicia y formalización del proceso en aras de una mayor eficacia de la tarea de persecución de los delitos que incumbe a la administración estatal de justicia penal, poniendo así, de algún modo, de relieve el conflicto inmanente a ella, los tribunales consideraron que no eran más que consecuencia de la idea de justicia. Esto no sólo produjo una auténtica perversión sistemática²², sino también la consagración, total-

²⁰ Expresamente, W. Hassemmer, en *Strafverteidiger*, 1982, 257 y ss.; críticamente también Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 21ª ed. (1989), § 1, B, II.

²¹ Expresamente, W. Hassemmer, *Unverfügbares im Strafprozess*, en *Festschrift für W. Maihofer*, 1988, ps. 183 y ss.

²² Un ejemplo de ello lo ofrecen los cuatro jueces que firman la sorprendente sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania del 14/9/89, recogida, por ej., en *Strafverteidiger*, 1990, 1. Se trataba de un condenado a prisión perpetua por asesinato, que recurrió al Tribunal Supremo por haber utilizado el tribunal de instancia que lo condenó, en la fundamentación de la sentencia, unos datos sacados de su diario. Estos jueces fundamentan el mandato constitucional de una pena adecuada al hecho y a la culpabilidad (principio de culpabili-

mente injustificada, de esta fundamentación como un principio normativo básico, provocando una concepción armónica del proceso que borraba el contraste entre seguridad jurídica y justicia, investigación de la verdad y protección de los derechos del inculcado, eficacia y formalización.

a-2) Y en lugar de decir con toda claridad que aquí y ahora nadie cuestiona verdaderamente la funcionalidad de la administración de justicia penal, y en lugar de indicar por lo menos en qué condiciones se considera en peligro esta funcionalidad, los tribunales operan en un estadio todavía muy alejado de la auténtica amenaza, cuando en el peor de los casos sólo se trata de perturbar o prolongar el proceso, dramatizando esta amenaza en perjuicio de la formalización y de los derechos del inculcado.

b) Ponderación de intereses.

La ponderación de intereses es un respetable método jurídico. Quien quiera resolver o también decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos. Actualmente este método se recomienda por su flexibilidad y capacidad de adaptación a la situación concreta: puede legitimar decisiones cambiantes en cada caso y simplificar complejas situaciones decisorias. La ponderación de intereses es, por tanto, también un método "moderno", del cual se hace uso frecuente y gustosamente en el derecho penal, como lo demuestran los siguientes ejemplos:

— en casos de terrorismo y cuando realmente se ha llegado a un verdadero "estado de necesidad en la investigación", la impunidad del llamado "testigo de la corona", es decir, del terrorista que delate a sus compañeros o colabore con la policía;

— en casos de narcotráfico, la pena de comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente aunque hayan pasado a otras personas, algo desconocido en otros ámbitos del derecho penal;

dad), esencialmente en la obligación del Estado de respetar la dignidad humana, pero luego mantienen que una correcta obtención de la sentencia exige tener también en cuenta datos sobre la personalidad del sospechoso, deduciendo incidentalmente que de este modo queda abierta la posibilidad de valorar los datos íntimos, aunque sean en perjuicio del acusado. Afortunadamente, los otros cuatro jueces que componían el tribunal manifestaron clara y contundentemente que una contracción de este tipo instrumentaliza la dignidad humana con el principio de culpabilidad. También hubieran podido decir que la dignidad humana se emplea como arma contra las personas.

— en casos de grave criminalidad, la valoración como prueba de datos privados provenientes de diarios íntimos.

En todo esto opera un mecanismo evidente: en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ej., con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, "*in dubio pro reo*", protección de la intimidad, etc. Precisamente, prescindiendo en parte de estos principios y funcionando como un instrumento contundente, es como el derecho penal aumenta su eficacia.

III. Dos cuestiones.

Ante esta situación se debería reflexionar sobre estas dos cuestiones: ¿es realmente seria la amenaza?, ¿es verdaderamente eficaz el derecho penal que se preconiza?

1. La seriedad de la amenaza.

La intensidad de la violencia que nos amenaza, hace ya tiempo que se discute entre los expertos y los propios ciudadanos, y es previsible que continúe esta discusión todavía durante algún tiempo. La percepción de la violencia es ante todo un fenómeno político y comunicacional²³. Ya sólo con este simple dato se evitaría que se pudiera politizar esta dramatización de la violencia.

Por otra parte, como se puede observar con la evolución de la criminología²⁴, el fenómeno de la "violencia" sólo en parte se entiende cuando se le contempla desde el punto de vista de la violencia individual o grupal. También hay una "violencia desde arriba", que está relacionada con la otra violencia. De lo que se deduce que una actitud racional ante la amenaza de violencia, sea ésta estatal, social o individual, no puede consistir en una simple actitud represiva ante ella, sino que debe tener en cuenta también las complejas relaciones existentes entre ambas desde el principio.

2. La eficacia del derecho penal.

Un miope entendimiento de lo que se considera hoy como un derecho penal eficaz puede ser, a la larga, contraproducente.

Las experiencias habidas con los "déficit de funcionamiento" del moderno derecho penal y con el llamado "derecho penal simbólico"²⁵

²³ Cfr. *supra*, I, 1.

²⁴ Cfr. *supra*, I, 2b.

²⁵ Cfr. *supra*, II, 2.

enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos jurídico-penales (“*more of the same*”) no siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizá podría deberse a que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídico-penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas.

Pero sobre todo se debe tener en cuenta que un derecho penal contundente tiene también sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener. No es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando esto ocurre en “tiempos de necesidad” perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica. Desde ese momento, ya no serán su valor e importancia el criterio decisivo para su vigencia, sino la problemática percepción de la “necesidad” o de la “grave amenaza”.

En última instancia hay que preguntarse si un derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son en cada caso disponibles, perderá —incluso a largo plazo a los ojos de la población— su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social.

IV. Resumen.

Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una política criminal que tiende a hacer del derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica no deben ser tenidos en cuenta o considerárselos vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga, un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.

DEBILIDAD MENTAL E IMPUTABILIDAD PENAL

por JAIME NÁQUIRA RIVEROS *

En la doctrina y jurisprudencia penal del sistema europeo-continental ha constituido opinión dominante, casi absoluta, la afirmación de que el débil mental es imputable y que, a lo más, puede ser acreedor a una atenuante¹.

La doctrina antes expuesta implica, a nuestro juicio, una verdadera negación o violación de ciertos principios fundamentales del derecho penal contemporáneo, a saber:

1. *Del principio de la igualdad ante la ley.*

Hoy en día, este principio es parte integrante del orden público constitucional². Sin perjuicio de reconocer que su contenido ha experimentado una evolución; en la actualidad, su esencia consiste en que el derecho, consciente de que en la sociedad existen grupos e individuos en condiciones vitales y de desarrollo diversas, postula que las personas en situación de hecho iguales deben ser juzgadas como iguales; en

* Profesor titular de Derecho Penal y Psiquiatría Forense, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ En España, T.S., 25 marzo (RA 1186) y 29 junio 1984 (RA 3712); T.S., 8 abril 1976 (RA 1576); T.S., 10 marzo 1984 (RA 1729). En este país, la doctrina ha aceptado la afirmación jurisprudencial en forma acritica: Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón (*Derecho penal. Parte general*, III, p. 134, Ed. Universidad de Valencia, 1982); Santiago Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, ps. 494 y 495, P.P.U., 2ª ed., 1985); José Manuel Gómez Benítez (*Teoría jurídica del delito: Derecho penal. Parte general*, ps. 463 y 464, Ed. Civitas S.A., 1ª ed., 1984); Gonzalo Quintero Olivares (*Derecho penal. Parte general*, p. 493, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., 1989); J. C. Carbonell Mateu, J. L. Gómez Colomer y J. B. Mengual I Lull (*Enfermedad y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, ps. 232 a 234, Ed. Civitas S.A., 1ª ed., 1987).

² Así en la Constitución Política de Bolivia (art. 6), Brasil (art. 153, parágrafo 1), Argentina (art. 16), Ecuador (art. 19, nº 5), España (art. 14), Chile (art. 19, nº 2), Perú (art. 2, nº 2), Paraguay (art. 54), Venezuela (art. 61).