

El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad*

José Angel Fernández Cruz

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal de la Universidad Austral de Chile
josefernandez@uach.cl

Resumen

El Anteproyecto de Nuevo Código Penal inicia un intenso debate político criminal sobre qué conflictos sociales deben castigarse y cuáles se pretenden excluir de la protección penal. Este debate pone nuevamente de manifiesto que la lucha por imponer un determinado discurso sobre la criminalidad ostenta una importancia vital en la actual configuración del debate político criminal. El presente estudio analiza el modelo penal liberal discriminatorio chileno que legitima, por una parte, la aplicación del sistema penal a las clases menos favorecidas a través del discurso de seguridad ciudadana; y por otra, la sustracción de ciertos conflictos sociales a través del discurso de exclusión de las clases más poderosas.

Palabras clave

Política criminal, nuevo código penal, discurso sobre la criminalidad.

Abstract

The new Penal Code Bill in Chile initiated a public and parliamentary debate regarding which social conflicts should be punished and which should be excluded from the criminal system. The struggle to impose a particular discourse on criminality is a critical issue under the current criminal-political setting. This paper discusses the discriminatory liberal criminal model which, on the one hand, legitimizes the enforcement of the criminal system over underprivileged classes and on the other, displaces specific social conflicts by means of the powerful classes' exclusion discourse.

Key words

Criminal policies - new chilean penal code - discourse on criminality

* El presente estudio desarrolla la ponencia que, bajo el mismo título, se expuso en la II Jornadas de Derecho penal y Ciencias Penales, celebradas en el Centro de Estudios Penales de la Universidad de Talca, los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2005. A la vez, esta investigación es fruto del proyecto de investigación otorgado por la Universidad Austral de Chile titulado: "El nuevo delito de lavado de capitales: una interpretación conforme a la realidad criminológica del crimen organizado y a los límites al *Ius puniendi* (DID S-2005-59). Recibido el 7 de abril y aprobado el 10 de mayo de 2006.

INTRODUCCIÓN

La necesidad de un nuevo CP se justifica ya sólo por su antigüedad: la evolución social de Chile amerita una profunda revisión sobre qué bienes o intereses necesitan de protección penal, como también de aquéllos que deben ser expulsados de su control. Además, la estructura dogmática y los principios político criminales de nuestro Sistema penal no pueden por más tiempo sustentarse en un texto heredero de la codificación napoleónica¹. A lo anterior debemos añadir que las numerosas reformas sufridas en sus más de 130 años de vigencia han distorsionado su estructura dogmática y han afectado a principios político-criminales como el de proporcionalidad de las penas. Si bien, estas reformas se han centrado en modificar la Parte Especial, muchas de ellas han incidido en la Parte General del CP. A mayor abundamiento, las sucesivas reformas acaecidas en materia de delitos contra la propiedad y la libertad sexual han derivado en la creación de verdaderas partes generales especiales² y, en no pocas ocasiones, en la exasperación de las penas, donde la coordinación y sistematización con el vetusto CP han brillado por su ausencia³. También debemos recordar que el sistema de penas del actual CP –centrado en las penas privativas de libertad– resulta incompatible con un Derecho penal de alternativas. Y finalmente, las recientes reformas nuestro sistema penal, y en especial desde la vigencia del CPP, ameritan la modificación de numerosos preceptos del CP.

Ahora bien, la conveniencia de un nuevo CP no obsta para afirmar, en primer lugar, que parte de su articulado mantiene su vigencia político criminal y una adecuada técnica legislativa; y en segundo lugar, que la necesidad de un nuevo texto punitivo obedece – junto con su antigüedad– a las distorsiones que han provocado las sucesivas reformas en su articulado y la promulgación de numerosas leyes penales especiales, por cierto, alguna de ellas de reciente vigencia⁴.

Antes esta situación el Ministerio de Justicia convocó un Foro Penal que aglutinó a una gran parte de los profesores de derecho penal del país con el fin de elaborar un nuevo texto codificador. Su actividad comenzó en noviembre de 2002 y recientemente han presentado un Anteproyecto de CP al citado Ministerio (en lo sucesivo APCP). De una lectura del articulado del APCP puede apreciarse una estructura político criminal liberal –sustentada en los principios de proporcionalidad y culpabilidad– y una depuración de gran parte de las disposiciones anacrónicas y superfluas del actual CP. También puede observarse que ha incluido gran parte de figuras penales que en la actualidad se encuentran en leyes penales especiales, recuperando así el espíritu de la codificación; y por último, ha iniciado un

¹ Véase sobre su origen y evolución, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, (1991).

² Situación que se agrava si tomamos en cuenta que los delitos contra la propiedad constituye más del 30% de los delitos castigados en Chile. Véase las sucesivas estadísticas del Ministerio Público.

³ Véase en profundidad, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El Derecho penal chileno en el cambio de siglo: Ensayo y perspectivas”. *Persona y Sociedad*. n° 2, 2004, p. 214 y ss.

⁴ La consecuencia más negativa quizá sea la quiebra del principio de proporcionalidad de las penas entre las diferentes figuras que componen el derecho penal vigente. HERNÁNDEZ, “El Derecho penal chileno”, p. 224.

necesario proceso de modernización incluyendo dentro de su ámbito de protección bienes jurídicos o intereses como el medio ambiente y el orden socioeconómico⁵.

Sin duda, la elaboración del ACP ha supuesto un esfuerzo considerable, pero todavía queda un largo trecho hasta que veamos una nueva codificación de nuestro derecho penal sustantivo con unos mínimos criterios de racionalidad, y desde nuestra posición política criminal, acorde con un modelo penal bienestarista. La reciente evolución de la política criminal chilena permite vaticinar que este proyecto será objeto de los mismos criterios de irracionalidad, discriminación y falta de rigor técnico que los acaecidos en las últimas reformas penales en materia de tráfico de drogas, delitos contra la propiedad y contra la libertad sexual e indemnidad sexual. La realidad creo que resulta meridianamente clara: la mayoría de la clase política –unos por convicción y otros por consideraciones electoralista-caminarán en este sentido. Por esta razón, para aquellos que sostenemos un derecho penal alternativo tenemos la fuerte tentación de acudir al refranero popular y declarar: «mejor lo malo conocido que lo bueno por conocer».

Ahora bien, creemos que esta afirmación requiere de una mayor reflexión. En primer lugar, debemos preguntarnos si resulta un posible un sistema penal tan irracional y discriminatorio como el que actualmente disfrutamos. En segundo lugar, los últimos acontecimientos acaecidos en Chile, desde el golpe militar de 1973 hasta los últimos desastres ambientales, han incidido en que una parte de la ciudadanía reclame una reforma de nuestro sistema penal. Y por último, debemos recordar que, desde una perspectiva esencialmente técnico-dogmática, resulta urgente un nuevo texto codificador.

Pero estas consideraciones críticas deben tener presente un hecho, a mi entender, de vital importancia para elaborar un modelo penal alternativo. Aquellos que nos dedicamos al estudio de las ciencias penales no debemos olvidar que en un Estado democrático la participación de la ciudadanía resulta esencial a la hora de elaborar un cuerpo normativo tan importante como el CP. Y no podemos desconocer que la criminalidad en Chile ha aumentado considerablemente en los últimos diez años, y justificadamente o no, constituye uno de los principales problemas sentidos por su ciudadanía⁶. Si bien, como hemos mencionado existe una parte de los ciudadanos que reclama un derecho penal, a nuestro entender, más racional e igualitario, la mayoría de la población se muestra conforme con la promulgación de las últimas reformas penales, a pesar del rechazo de muchos de nosotros⁷. En sentido, no debemos olvidar que el realismo de izquierdas, puso en evidencia uno de los principales errores o falencias de la mayoría de los enfoques críticos del derecho penal: a

⁵ HERNÁNDEZ, “El Derecho penal chileno”, p. 234.

⁶ En los países industrializados o en vías de industrialización se ha producido un considerable aumento de las tasas de los delitos registrados, aunque en algunos países se ha constatado una disminución o estancamiento. Chile no es ajeno a esta tendencia, así en el periodo 2001-2004 aumentó la tasa de denuncias de *Delitos de Mayor Connotación Social* en todas las regiones del país, en todas las provincias -predominantemente urbanas- y en todas las capitales. MATUS, Jean Pierre, “Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile”. *Revista de Derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, vol. XXVI, (2005), p. 74.

⁷ Por todos, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Política criminal y reforma penal en Chile, (1990-1995)”. En AA:VV., *Política criminal y reforma penal*, Santiago: Cono Sur, (1996), p. 43 y ss.

pesar de la perversidad del control social y de la respuesta discriminatoria del Estado ante el fenómeno de la delincuencia, el delito produce daño y dolor en las víctimas, las cuales se encuentran paradójicamente concentradas en las clases más desfavorecidas, por lo que se trata de problema social tangible acerca del cual hay que hacer algo concreto y pragmático⁸.

Si tenemos presente las dos anteriores consideraciones –la necesidad de un nuevo Código penal y la ineludible participación ciudadana- y añadimos la mayor accesibilidad de los ciudadanos a los problemas sociales a través de los medios de comunicación, podemos afirmar que la hora de seleccionar qué conflictos sociales ameritan una protección penal y de decidir cómo deben protegerse, el discurso sobre la criminalidad se convierte en uno de los aspectos centrales de la política criminal.

Desde una perspectiva dinámica, la sociología política sistematiza las fases del proceso legislativo en prelegislativa, legislativa y postlegislativa. Aunque, constitucionalmente, la etapa legislativa constituye el centro del proceso legislativo, las otras fases, sobre todo la prelegislativa, poseen de facto una relevancia similar⁹. El discurso sobre la criminalidad afecta transversalmente a todo proceso legislativo, pero, es en el seno del período prelegislativo donde los diferentes discursos políticos criminales delimitan sus contornos.

En la fase prelegislativa los agentes sociales (partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, medios de comunicación etc.) acreditan una disfunción social¹⁰, pero también resulta de igual relevancia cómo los mismos agentes sociales silencian otros conflictos sociales. Si bien es cierto que el ámbito político-criminal resulta frecuente que se trabaje con disfunciones sociales aparentes –es decir, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empíricos- tampoco debemos deprecia los casos donde se trabaja para excluir disfunciones sociales del sistema penal acreditadas empíricamente. Por tanto, el análisis de una determinada política criminal, y en nuestro caso del APCP, debe contemplar tanto lo que se proyecta castigar como aquello que se pretende excluir del ámbito punitivo.

La hipótesis fundamental de mi ponencia toma como referencia la propuesta del GRACIA MARTÍN, en el sentido de que la modernización del Derecho penal, en nuestro caso del

⁸ Young, Jock, “Ten points of Realism”. *Rethinking Criminology*. Londres: Sage, (1992). Esta corriente criminológica sugiere abordar los cuatro mayores procesos que han transformado el pensamiento criminológico, a saber: la crisis etiológica como una consecuencia del aumento de las tasas de delitos; b) la crisis de la pena en términos del fracaso de la cárcel y una reevaluación del rol de la policía; c) la acrecentada conciencia de victimización y de los delitos que antes eran “invisibles”; y d) una cada vez mayor demanda pública, al igual que la crítica, por la eficiencia y responsabilidad de los servicios públicos. BERGALLI, Roberto, “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”. En YOUNG, Jock. *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*. Madrid: Marcial Pons, (2003), p. XIV.

⁹ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas, (1997), p. 68-71; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, (2003), p. 19.

¹⁰ Véase, Diez Ripollés, tomando como referencia la propuesta de Scheineder. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Racionalidad de las...*, cit., p. 20 y ss.

futuro CP, «debe entenderse ante todo como la lucha por el discurso material de la criminalidad¹¹. El autor, tomando como referencia la obra de Foucault¹², pone en evidencia que «La historia no deja de enseñarnos que el discurso es aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación». Así, la formación de cualquier disciplina, en la que incluimos las Ciencias Penales, es siempre el resultado de una lucha por el discurso, por apropiarse de él y para ejercer el poder de disposición sobre él como dispositivo para la producción de consecuencias materiales. El funcionamiento real de todo discurso tiene una doble positividad material. Por un lado, el discurso define los objetos y las condiciones de discursividad de los enunciados sobre ellos; pero por otro lado, y esto es tan importante o más que lo anterior, también excluye de su campo discursivo a otros objetos, y por ello mismo, a los enunciados sobre los objetos excluidos. En el ámbito de la política criminal, la detentación del discurso presupone el poder de incluir determinados conflictos sociales y de excluir otros¹³.

A continuación realizaremos una pequeña reflexión sobre el discurso de nuestro actual modelo penal, discurso que, previsiblemente, inspire al futuro CP.

1. El actual discurso de la criminalidad: el modelo penal liberal discriminatorio

El discurso político criminal que impera en el sistema penal chileno ha sido calificado por parte de nuestra doctrina como un discurso que toma como referencia el modelo penal de seguridad ciudadana. Si bien, resulta cierta la anterior afirmación, entiendo que este concepto abarca de manera parcial el modelo penal que efectivamente se aplica en Chile, y en numerosos países de nuestro ámbito cultural y económico. Para comprender un modelo penal debemos tomar en consideración, como venimos afirmando, no sólo lo que se quiere criminalizar sino, como hemos afirmado, también aquello que se quiere excluir.

A nuestro entender, el discurso del modelo penal de seguridad ciudadana se ocupa de legitimar las conductas que nuestro sistema social debe proteger penalmente, y el discurso de exclusión de las clases más poderosas de excluir ciertos conflictos sociales del poder

¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: 2003, p. 163.

¹² En especial, FOUCAULT, *El orden del discurso*, Barcelona: Tusquets Editores, (1980). La referencia a la obra Foucault a la hora de configurar la hipótesis central de esta investigación, no obsta para tener presente una de las principales críticas de su concepción del sistema penal como una forma de poder o una «táctica política» de opresión racional de las clases menos favorecidas. Efectivamente, una explicación de poder punitivo no puede abstraerse de la irracionalidad y de ciertos fines o valores como la justicia, la caridad, y la venganza, y de perspectivas como la meramente económica. El argumento principal de diversos críticos a su obra se refiere a una sobrestimación de la dimensión política del poder punitivo. Es decir, la obra del citado autor no es tomada en este trabajo como un paradigma con una vocación totalizadora sobre el concepto y fines del poder punitivo. Véase en profundidad, GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, Buenos Aires: Siglo XXI, (1999), p. 188 y ss.

¹³ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 166.

punitivo¹⁴. La fundamentación de esta clasificación tiene como presupuesto, el principal paradigma de la criminología, y no es otro que los sistemas penales criminalizan y castigan efectivamente una serie de conductas cometidas por unos ciudadanos con unas características especiales, y excluye otras conductas cometidas por unos ciudadanos, también, con unas características especiales.

La doctrina penal, debido a la gravedad de las consecuencias de la pena, aboga por un control estricto del poder punitivo, esencialmente a través de los derechos fundamentales recogidos en la CPR, los tratados internacionales y, en todo caso, a través de una serie de principios penales y límites al *ius puniendi* reconocidos por la inmensa mayoría de la doctrina y por una buena parte de la jurisprudencia. Ahora bien, la política criminal no puede descansar exclusivamente en el mundo de los principios, su vocación práctica le exige conocer la realidad sobre la cuál quiere incidir y las consecuencias que producen su intervención. Y tenemos que recalcar que, a pesar de la consagración del principio de igualdad, el derecho penal se aplica a las clases menos favorecidas. El Derecho penal como un instrumento de control social aplicado a aquellas clases sociales menos favorecidas, constituye, a mi entender, el único aspecto que, sin discusión, resulta empíricamente demostrable, con independencia de la orientación político-criminal que uno profese: estamos ante un dato empírico ya verificable en la fase legislativa penal¹⁵.

La discriminación social en el ámbito del sistema penal se presenta desde dos perspectivas. La primera, constata el hecho obvio de que las clases poderosas tienen una mayor facilidad de evitar, mediante medidas compensatorias, situaciones embarazosas con el sistema penal. La segunda, en palabras de CHRISTIE, pone en evidencia que «todos los sistemas formales de control concentran su atención en determinados estratos de la población, que se encuentran a una cierta distancia de quienes detentan el poder. Los casos excepcionales en que una figura poderosa llega hasta al juez, [y en mayor medida si cumple efectivamente con la pena] son simplemente eso: casos excepcionales»¹⁶.

Propongo el término modelo penal liberal discriminatorio como concepto aglutinador de nuestro modelo penal. Este concepto puede ser tachado por algunos de tautológico, en el sentido de que el modelo penal liberal resulta per se discriminatorio. Si bien esta afirmación resulta correcta, este concepto toma como referencia dos niveles de discriminación presentes, al menos, en los modelos penales liberales.

¹⁴ El concepto de *poder punitivo* abarca todas las fases de incriminación (primaria, secundaria y terciaria). Así, este discurso tratará en primer lugar, de excluir la tipificación expresa de estos conflictos, y en segundo lugar, descritas estas figuras, tratará de relegarlas a una mera función simbólica.

¹⁵ Nunca está de más recordar los datos estadísticos de la población carcelaria en EEUU. Así, para los años noventa, casi la mitad de su población carcelaria era negra, y probablemente más del doble estén bajo *probation* o bajo libertad condicional, lo que significa que entre siete y ocho por ciento de la población negra está bajo algún tipo de control legal. CHRISTIE, Nils, *¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires: Editores del Puerto, COSTA, Sara, (trad.), (1993), p.126. Esta situación resulta perfectamente extrapolable a las cárceles chilenas, donde la discriminación carcelaria se centra esencialmente en el nivel socioeconómico, aunque también se encuentran manifestaciones en la discriminación racial.

¹⁶ CHRISTIE, *La nueva forma*, p. 115.

Todo sistema social resulta discriminatorio ya que se fundamenta en un sistema de valores: quién adecue más su conducta y proyecto de vida hacia esos valores más posibilidades tendrá de integrarse en este sistema social, y por ende, de recibir un reconocimiento; por el contrario, aquellos que se aparten de este sistema, éste como mecanismo de supervivencia tenderá a erradicarlos o controlarlos. Pero también todo sistema social resulta estructuralmente discriminatorio desde sus consecuencias. Así, la discriminación estructural del sistema liberal refleja su principal contradicción, es decir, un sistema que se legitima en cuanto a la igualdad de oportunidades y recompensas por méritos, pero que sus consecuencias son desiguales y no meritocráticas.

Nuestro sistema social pivota normativa y fácticamente, entre otros, en el valor de la propiedad, y resulta obvio que todos los sistemas de control social, incluido el penal, tenderán a protegerla. Es decir, las principales disfunciones estructurales de nuestro sistema social versan sobre los medios ilegítimos de acceso a la propiedad, y por ende, inexorablemente, nuestro sistema penal está destinado principalmente a protegerla. A mayor abundamiento, la fase de incriminación primaria tiene que contemplar un número importante de figuras penales destinadas a proteger la propiedad; la incriminación secundaria deberá destinar la mayor parte de sus recursos humanos (agentes policiales y judiciales) y materiales a este tipo de delincuencia; y por último, y como consecuencia de lo anterior, nuestro sistema penitenciario deberá estar destinado también a este tipo de delincuencia.

El segundo nivel de discriminación abarca, en el ámbito del control penal, a aquellas manifestaciones político-criminales que afectan a principios y valores liberales que el propio sistema está en condiciones de superar. Así, y tomando unos sencillos ejemplos, resulta discriminatorio dentro de la lógica de los valores liberales que los delitos de tráfico ilegal de drogas tengan una pena igual o superior a varios delitos contra la vida e integridad física, cuando los primeros solo requieren la puesta en peligro de la salud pública y los segundos su efectiva lesión; que la legislación penal en el seno de las sociedades mercantiles sea defectuosa e incompleta; que el medio ambiente merezca tan escasa atención penal en contraposición a la severa regulación del tráfico de drogas, cuando ambos fenómenos afectan a la salud pública, salvo con el pequeño matiz -también de corte liberal- que en éste último suele concurrir el consentimiento válido de la «víctima»; que los delitos cometidos por las clases más poderosas se vean siempre beneficiados por la institución de la prescripción etc.

Dentro del sistema liberal, existen dos vías a seguir: una la denominada por algunos como el modelo neoliberal y otra definida como el modelo social demócrata o bienestarista. El primer modelo, en el ámbito del control social, atenta directamente no sólo contra valores o derechos sociales como el de redistribución de los bienes sociales, sino también contra valores, precisamente, de corte liberal como la igualdad, proporcionalidad y racionalidad, y que deriva en un sistema de control social discriminatorio, que comienza ya en la educación¹⁷ y termina en el sistema penal. En cambio, el modelo liberal socialdemócrata

¹⁷ La escolarización pública en Chile todavía en nuestros días asegura que la mayoría de sus alumnos accederán al mercado laboral en las peores condiciones.

intenta mitigar los efectos discriminatorios que el sistema produce. El Estado social y democrático es aquella forma de estado que partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades sociales y económicas y de su obligación de nivelarlas, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales¹⁸. Conforme con los dos niveles de discriminación anteriormente mencionados, el sistema bienestarista debería intervenir en el Sistema Penal con dos clases de medidas. Las primeras, destinadas a mitigar los efectos discriminatorios estructurales del sistema liberal penal¹⁹, y las segundas, consignadas a eliminar aquellos efectos que, desde los principios y posibilidades, el propio sistema liberal está en condiciones de superar.

Ahora bien, y para evitar miedos innecesarios, la aplicación de un modelo penal bienestarista no significa que nuestras cárceles se llenen de acaudalados empresarios y prestigiosos políticos y se relativice la delincuencia clásica. Todo lo contrario, el sistema penal seguirá destinado a las clases menos favorecidas pero, intentará mitigar sus efectos intrínsecamente perniciosos e incorporar a las clases más favorecidas como una manifestación del principio de igualdad material que el propio sistema está en condiciones de aplicar satisfactoriamente. Resulta necesario recalcar la anterior obviedad porque a nadie escapa que el discurso del modelo penal liberal discriminatorio tilda esta opción político criminal como una manifestación de la izquierda autoritaria que pretende socavar el propio sistema liberal.

A continuación trataremos sucintamente ambos discursos pero nos centraremos en el segundo, ya que el estudio del modelo penal de seguridad ciudadana ha sido abordado con cierta profundidad por la doctrina.

2. El modelo penal de seguridad ciudadana

Este modelo de control social encuentra sus raíces en la transición que ha tenido lugar entre la Edad de Oro de la postguerra y la crisis económica y cultural iniciada a finales de la década de los setenta. Es un proceso que, como denomina YOUNG, «va de la Modernidad a la Modernidad tardía, desde un mundo cuyo acento estaba en la asimilación y la incorporación, hasta uno que separa y excluye. De un orden social absolutista donde la gran mayoría de los ciudadanos aceptaban los valores el orden social existente y con un Estado

¹⁸ Por todos, BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid: Trotta, 2004, p. 125 y 126.

¹⁹ A modo de ejemplo, una manifestación dogmática que camina en este sentido podemos encontrarla en el concepto de culpabilidad social que propone HORMAZABAL MALARÉE. El citado autor pone de manifiesto que la adecuación del concepto y contenido de la culpabilidad a los derechos constitucionales constituye una de las más importantes lagunas en el discurso penal. El concepto de culpabilidad debe volver a la antinomia entre ciudadano y Estado de la Ilustración, no desde una perspectiva abstracta y una supuesta racionalidad homogénea, sino desde la premisa de la desigualdad social. Ello obliga al Estado a una acción positiva de redistribución de los bienes sociales que en el ámbito penal se concreta en la toma de consideración a la hora de imponer la pena del acervo de bienes culturales, sociales y económicos del individuo. La responsabilidad no es sólo responsabilidad del autor por el injusto, sino también una responsabilidad social. HORMAZABAL MALARÉE, “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas* de la UACH. vol.18, n° 2, 2005, p.167-185.

que intentaba asegurar la igualdad social, hemos pasado a una sociedad excluyente donde la revolución cultural individualista -que cuestionó las tradiciones de la comunidad y de la familia- y la crisis económica de 1973 -que transformó el mercado laboral- han contribuido tanto a una mayor violencia en la delincuencia como a una mayor intolerancia a la hora de afrontarla. El citado autor propone que ambas manifestaciones de violencia e intolerancia tienen su origen en la dislocación del mercado laboral: la una, de un mercado que excluye la participación como trabajador, pero que anima a la voracidad; la otra, de un mercado que incluye, pero solamente de una forma precaria²⁰.

Si bien este proceso acaecido en otros países resulta verificable en Chile, necesita en nuestro caso de una serie de matizaciones. El paso del modelo político criminal del «terror» de la dictadura a nuestro actual modelo penal –incluida la nueva reforma procesal penal– podemos simbolizarlo, como expresa GUERRERO ANTEQUERA, en dos imágenes: la moneda bombardeada y en llamas y la reapertura del palacio presidencial restaurado en su interior con un paseo peatonal público²¹. Es decir, a nadie escapa que una parte importante de las reformas penales –como por ejemplo el nuevo CPP– obedecen a un modelo penal más igualitario y respetuoso con un derecho penal de alternativas. También debemos destacar el lento pero importante cambio político criminal que se está produciendo en una importante parte de nuestras agencias judiciales y policiales a la hora de abordar la criminalidad.

Ahora bien, como manifiesta el autor citado, el disciplinamiento social de la dictadura continúa irradiando sus efectos en nuestros medios de control social²², situación que allana la instauración del nuevo modelo de penal de seguridad ciudadana o de tolerancia cero con una mayor intensidad. De hecho, al menos en nuestro país, la doctrina de la seguridad ciudadana representa la continuación del espíritu de la doctrina de la seguridad nacional. Como señala GUZMÁN DÁLBORA, aunque salvando las evidentes distancias que se derivan de nuestro actual contexto social y político, «la imagen de la guerra total, permanente y sin reglas contra la insurrección política, enemiga de la nación, cede paso al combate también sin pausas ni consideraciones contra los delincuentes (...)»²³. Ciertamente, no podemos negar que el actual modelo penal de seguridad ciudadana tropieza, a priori, con más obstáculos en aquellos países que conquistaron importantes derechos individuales y sociales en la segunda mitad del siglo pasado, y por el contrario, encuentra su mejor caldo de cultivo en aquéllos que durante ese periodo de tiempo sufrieron la opresión de un régimen dictatorial.

Desde la restauración de la democracia en Chile se aprecia que las medidas adoptadas por los gobiernos en materia de seguridad ciudadana no han logrado aplicar en forma sistemática alguno de los modelos desarrollados internacionalmente. Si bien han servido de fundamento

²⁰YOUNG, *La sociedad*, p. 15 y ss.

²¹GUERRERO ANTEQUERA, Manuel.: “Historia reciente y disciplinamiento social en Chile”. *Revista de Ciencias Sociales*. 2004, p. 19.

²² GUERRERO, “Historia”, cit., p. 4

²³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la “doctrina” de la seguridad ciudadana”. *Gaceta Jurídica*, (2002), p. 7-17.

para la adopción de medidas concretas ellas han presentado un carácter disperso y en su mayoría presentan discontinuidad, incluso en un mismo período presidencial. No obstante, la mayor parte de las medidas gubernamentales observadas en los tres últimos gobiernos concernacionistas, pueden fundamentalmente adscribirse al modelo de Prevención Comunitaria del Delito, especialmente en la versión americana de Tolerancia Cero, dado el énfasis puesto en el desarrollo del Plan Cuadrante y el reforzamiento progresivo de los instrumentos de control, por sobre la realización de grandes inversiones urbanísticas que faciliten la apropiación y control social por parte de los habitantes. Ello implica que la manera de enfrentar el problema en Chile ha enfatizado fundamentalmente la prevención secundaria del delito, buscando disminuir en el corto plazo la ocurrencia de ilícitos mediante mecanismos de acción directa²⁴.

Sucintamente, y tomando como referencia un estudio de DIEZ RIPOLLÉS, mencionamos alguna de las principales características de nuestro modelo de intervención penal que tienen una mayor relevancia en el discurso político criminal²⁵.

Pero antes de adentrarnos en el estudio del denominado modelo de seguridad ciudadana debemos tener presente que, aunque responde a un determinado contexto social, y por tanto, contiene unas características especiales, este modelo no supone una ruptura en la evolución de la política criminal de tradición liberal. Así, podemos extrapolar las palabras de PÉREZ DEL VALLE respecto a el «Derecho penal del enemigo» -uno de los discursos teóricos legitimadores de este modelo- que no constituye un fenómeno nuevo, ni un “cuerpo extraño” a los sistemas liberales. No es un fenómeno nuevo porque ya HOBBS distinguió entre los malos ciudadanos que infringen la ley estatal y los enemigos del Estado, que como tales han de ser tratados conforme al Derecho de guerra; ROUSSEAU también mantuvo que los autores de determinados crímenes dejaban de ser “personas morales” pertenecientes al estado civil y se convertían en meros “hombres” a los que era de aplicación del estado de guerra»²⁶.

2.1. Protagonismo de la delincuencia clásica

La doctrina europea ha puesto de manifiesto que las reformas penales acaecidas en la segunda mitad del siglo XX, destinadas a incorporar los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales cometidos por las clases más poderosas han tenido unos efectos meramente simbólicos. Por el contrario, la delincuencia clásica integrada por los delitos

²⁴ TORRES ROJAS, Emilio y PUENTE LAFOY, Patricio de, “Modelos internacionales y políticas públicas en Chile durante la última década”. *Revista Mad*. Departamento de Antropología, Universidad de Chile. n° 4, 2001, p. 34. Disponible en: <http://csociales.uchile.cl/publicaciones/mad/04/paper01.htm>.

²⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Un nuevo modelo de seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n° 6, 2004. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. A la vez el autor citado toma como referencia la obra de Garland. Véase GARLAND. *The culture of control*. The University of Chicago Press. 2001.

²⁶ PEREZ DEL VALLE, «Sobre los orígenes del Derecho penal de enemigo (algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau)», (en) *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, p. 600 y ss.).

contra la vida e integridad física, propiedad, y la libertad en sus diversas formas, continúa siendo la protagonista del sistema penal²⁷.

La realidad legislativa chilena es ajena a esta problemática, ya que todavía no hemos superado la etapa de incriminación primaria de los principales conflictos sociales relacionados con las clases más poderosas. Ahora bien, si finalmente se aprueba el APCP y se mantienen la mayoría de las figuras delictivas destinadas a proteger el medio ambiente, el orden socioeconómico etc., podemos vaticinar las mismas tasas de efectividad que las acaecidas en el derecho comparado²⁸.

En todo caso, no debemos olvidar que el derecho penal y el poder punitivo están estructurados para reprimir aquellas conductas que puedan poner en peligro nuestro sistema económico y social. En otras palabras, entiendo que no podemos exigir el mismo grado de efectividad en la persecución de los delitos ambientales y económicos respecto del grado de efectividad de la delincuencia común que disfruta de nuestras cárceles²⁹. Por tanto, volvemos a recalcar que el discurso sobre la criminalidad, con independencia del modelo penal liberal, se centrará en la delincuencia clásica.

2.2. Prevalencia del sentimiento de inseguridad ciudadana

El aumento en los índices del delito alimenta el temor del público y genera determinadas pautas de conducta. Como consecuencia de una diversidad de factores se han incrementado en la población tanto una preocupación general sobre la delincuencia, como el miedo a ser víctima de un delito. Existe una extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza relativa a la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema de la delincuencia. También ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años 70 y 80, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda. Ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás³⁰.

²⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal...», cit., p. 6.

²⁸ La aplicación de la escasa legislación penal chilena relacionada con el derecho penal económico así lo confirma. Por ejemplo, el antiguo art. 12 de la derogada ley 19.366 sobre drogas que tipificaba el delito de lavado de dinero, en sus diez años de vigencia el Consejo de Defensa del Estado no inició más de diez procesos, en contraposición con el número de procesos y sentencias condenatorias sobre tráfico de drogas. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «Estudio político criminal sobre el tipo imprudente de legalización de capitales», (en) *Revista de Derecho*, Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (XXVI), 2005, p. 168.

²⁹ Véase, FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, «Estudio político criminal...», cit., p. 172.

³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal...», cit., p. 7.

En todo caso, y siendo conscientes que los sentimientos de inseguridad ciudadana no suponen un reflejo exacto de las tasas reales de criminalidad, inciden directamente en el éxito del discurso del modelo penal de seguridad ciudadana.

2.3. Sustantividad de los intereses de la víctima

Los intereses de la víctima han cobrado en los últimos tiempos un lugar preponderante en el discurso del modelo penal de seguridad ciudadana. Cabe esperar en los próximos años un mayor protagonismo de las asociaciones de víctimas chilenas como consecuencia de la solidaridad y comprensión que generan en la ciudadanía.

Sin duda, la exclusión de la víctima del sistema penal ha sido de las principales carencias del sistema penal continental y el CPP ha supuesto un enorme avance en este sentido. Ahora bien, debemos tener presente que su incorporación presenta ciertas dificultades. En primer lugar, tienen un límite a la hora de incorporarse a un discurso racional sobre la criminalidad, dado que con sus propuestas buscan superar el trauma emocional padecido como víctimas que se refleja en ocasiones en propuesta político criminales irracionales³¹. En segundo lugar, poseen la naturaleza de un grupo de presión que puede defender sus propios intereses corporativos. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en las víctimas de un delito ambiental donde la indemnización de los daños producidos en sus intereses y derechos no suelen coincidir con los daños producidos en el ecosistema.

2.4. Populismo y politización

La experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y de los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar y aplicar las leyes penales. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática³², sino que se demanden sin intermediarios y sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada

³¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal...», cit., p.9-10. El ejemplo paradigmático lo encontramos en la conocida medida «a la tercera va la vencida» implantada en el estado de California (EE.UU) que supone una exasperación penal de la reincidencia. En este caso, la comisión de un tercer crimen (*felony*) conlleva obligatoriamente a una pena efectiva de 25 años de reclusión. Véase, ZIMRING Hawkins, Kamin *Punishment and Democracy. Three Strikes and you're out in California*, OUP, Oxford, (2001). Resulta interesante la similitud de esta regla de penalidad con aquella criticada por los prácticos italianos que consistía en el ahorcamiento del que incurriera en tres hurtos y que mitigaron con la creación de la regla concursal del delito continuado.

³² Ahora bien, en el debate sobre el discurso de la criminalidad debemos tener presente que la historia del control social nos ha puesto en evidencia que la sobrevivencia de la prisión –como la principal respuesta del modelo penal de seguridad ciudadana- tiene como causa el deseo popular de infligir castigo a los delincuentes y apartarlos de la vida social, sin importar cuáles sean los costos o las consecuencias de largo plazo. GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno, (2003), p. 198.

por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano³³.

Nuestro conocimiento de la realidad nacional e internacional depende de su conversión en noticia. Los medios de comunicación han asumido la función de foros de exposición y debate de los principales problemas sociales. En primer lugar, seleccionan los acontecimientos que se van a convertir en noticias -fijan qué es conflicto noticiable, cómo y con qué contenido debe ser presentado- y, a continuación, establecen las noticias que serán objeto de discusión social. En segundo lugar, fomentan este debate a través de artículos de opinión y editoriales que presentan diversos enfoques y perspectivas de análisis y solución de un problema. Y en tercer lugar, proponen medidas para solventarlo con la categoría de expertos. Los medios de comunicación son auténticos agentes de control social que reconocen y delimitan el «problema social» al mismo tiempo que generalizan enfoques, perspectivas y actitudes ante un conflicto³⁴.

Como ya puso en evidencia HOECKER Chile no es ajena a esta situación, y los principales medios de comunicación han tratado el problema de la delincuencia desde una propuesta que enfatiza el control represivo a través del aumento de la inversión del Estado en la modernización y expansión del modelo de intervención penal de seguridad ciudadana³⁵.

2.5. La pérdida de influencia de los grupos de expertos

Las anteriores características del modelo penal de seguridad ciudadana han derivado en una pérdida de influencia de los expertos en la fase prelegislativa y, a la vez, en una mayor relevancia de los medios de comunicación y de los grupos de víctimas, situación que puede incidir negativamente en un discurso racional sobre la criminalidad.

Efectivamente, los especialistas de las ciencias penales asisten con cierto desconcierto y pavor a la reciente evolución de la política criminal chilena, tan prolija en reformas penales y procesales, contrarias a sus propuestas, pero que gozan de un generalizado respaldo popular y de un impulso político de las dos grandes coaliciones políticas³⁶.

En cuanto a la criminología, se ha consolidado un discurso en gran parte de la clase política y de la ciudadanía que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en carencias sociales que pueden condicionar su comportamiento. Pero en la consolidación de este discurso también ha influido el desprecio, a veces prejuicioso, de

³³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal...», cit., p. 11.

³⁴ Por todos, FUENTES OSORIO, Juan L, «Los medios de comunicación y el derecho penal», (en) *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, (2005), p. 2. Como manifiesta el autor a través de la cotidiana comunicación del delito, la transmisión de una imaginación distorsionada de la realidad criminal, de la creación de estereotipos de víctimas y delincuentes los medios de comunicación inciden en una sensación de inseguridad ciudadana e influyen en la agenda política

³⁵ Hoeker, L. «El problema de la delincuencia y el Mercurio» (en) *Unidad de Investigación Criminológica Gendarmería de Chile*, Santiago, (1993).

³⁶ En el caso español, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo...», cit., p. 2.

parte de la ciencia criminología y político criminal de corte crítica ante cualquier explicación de la criminalidad fundamentada en los postulados neoclásicos. Y esta situación, les ha llevado paradójicamente a caer en una de las principales críticas que en su momento atribuyó a la criminología clásica: su alejamiento de la realidad social. En fin, resulta difícil explicar a la ciudadanía que contempla y sufre la delincuencia, que ésta carece de un mínimo de racionalidad y que las medidas de prevención inspiradas en la criminología neoclásica carecen de la más mínima efectividad. Este desprecio ha incidido en el descrédito social de estas corrientes criminológicas y político criminales.

En la difusión y fortalecimiento de este modelo penal tampoco debemos olvidar el rol asumido por los juristas y la doctrina. Desde el surgimiento del Estado de derecho y del positivismo jurídico, los juristas han pretendido alcanzar una ilusoria neutralidad política y un pretendido incremento de la racionalidad a través de limitar su estudio y aportaciones conceptuales a la aplicación del derecho. Debido a la legitimidad democrática del poder legislativo o a su intrínseca naturaleza política, se da por hecho que la creación del derecho es asunto de los políticos, que no precisa de grandes elaboraciones conceptuales y que el jurista todo lo más debe aportar su colaboración técnica jurídica³⁷.

Además, un número importante de aquéllos que vienen criticando las recientes reformas penales parte de un modelo analítico equivocado o quizá incompleto: el modelo penal garantista. Este modelo garantista está articulado fundamentalmente para limitar el poder punitivo, pero en cambio, poco aporta al segundo gran objeto de la política criminal: ¿cómo controlar el fenómeno de la delincuencia?³⁸ En efecto, un modelo que parte de una deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia y de una profunda desconfianza hacia la racionalidad del poder punitivo, poco puede aportar a la demanda de la ciudadanía de proteger penalmente una determinada disfunción social.

³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Racionalidad de las...*, cit., p. 71. Además, como manifiesta el autor citado, el confinamiento de los penalistas al ámbito de la aplicación de derecho tiene explicaciones adicionales. «En primer lugar, la conocida separación de von Liszt entre dogmática y política criminal llevó, sin que esa fuera la pretensión de su formulador, a un descuido generalizado de la segunda, objeto fácil de todo tipo de críticas sobre su acientificismo (...). En segundo lugar, la enorme potencia adquirida por la teoría jurídica del delito, cuyos ricos matices dan todo su juego en la aplicación del derecho, ejerce un efecto secante sobre cualesquiera esfuerzos tendentes a dotar de específicos contenidos de racionalidad a la creación del derecho. Por último, la habitual fundamentación del derecho penal a partir de los fines de la pena es un buen reflejo de un discurso legitimador de raíz (...) Que la pena sea el centro de la argumentación presupone que la realidad jurídonormativa ya existe, y que hay que justificar la aflicción que causa (...)».

³⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», (en) *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, (2005), p. 2. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

El autor manifiesta que el modelo penal garantista es un modelo analítico insuficiente y que debe ser complementado con un modelo social de estudio e intervención sobre el delito. Ahora bien, no significa un alejamiento a este modelo de reflexión jurídico-penal, sino de la necesidad –compartida por el autor de estas páginas– de iniciar una seria autocrítica y de sus carencias para afrontar el nuevo modelo penal de seguridad ciudadana. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., p. 21.

La última manifestación de la pérdida de influencia de los grupos de expertos en la elaboración de las leyes penales la encontramos en la ley 19.950 que aumenta sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación. En la tramitación de la ley se escuchó atentamente la opinión de varios representantes de supermercados y grandes tiendas comerciales –principales perjudicados por el fenómeno delictivo denominado hurto hormiga– y en cambio, no se consultó el parecer de especialistas en derecho penal³⁹.

2.6. El discurso de la urgencia: un derecho penal de dos velocidades

A las anteriores características del modelo penal de seguridad ciudadana desarrolladas por la doctrina, podemos añadir otra estrechamente relacionada con el discurso de exclusión de las clases más poderosas. Tomando como referencia la terminología de SILVA SÁNCHEZ, pero otorgándole un contenido político criminal diferente, podemos constatar que el modelo penal liberal discriminatorio es frecuente observar, al menos en Chile, una distinta velocidad legislativa atendiendo al extracto social al que va destinada la normal penal. En otras palabras, el discurso de la urgencia se materializa, casi con exclusividad en aquellas disfunciones sociales protagonizadas por las clases menos favorecidas por el sistema.

La reciente reforma acaecida en materia de hurto-falta⁴⁰ en contraposición con la reciente ley sobre acoso sexual que, después de casi diez años de tramitación parlamentaria, finalmente el legislador optó por no tipificar expresamente este conflicto social, da habida cuenta de esta situación, eso sin denunciar la injustificada demora a la hora de proteger el medio ambiente y los consumidores chilenos, entre otros.

2.6.1. Manifestaciones recientes del modelo penal de seguridad ciudadana

Si bien, no podemos desconocer que es la clase política conservadora la principal precursora del modelo penal de seguridad ciudadana, tampoco debemos omitir que, al menos, la izquierda chilena tiene un pavor electoralista a la hora de abordar la problemática de la delincuencia desde un modelo alternativo. La afirmación de que nuestro sistema penal constituye un claro ejemplo, quizá paradigmático, del modelo penal de seguridad ciudadana tiene su fundamento en las recientes reformas penales que a continuación pasamos a mencionar sucintamente.

- La última reforma de los delitos sexuales (ley 19.927) ha supuesto una exasperación generalizada de las penas. Así por ejemplo, el aumento de 12 a 14 años como límite de edad para consentir la realización de conductas de connotación sexual –evidencia un desconocimiento de la realidad social chilena⁴¹-. También se han mantenido

³⁹ OLIVER CALDERÓN, Oliver, «Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta», (en) *Revista de Derecho*, Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p.305.

⁴⁰ Véase, CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, « ¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto», (en) *La Semana Jurídica* núm. 192, (2004) p. 12 y ss.; OLIVER CALDERÓN, Oliver, «Análisis crítico...», p. 296 y ss.

⁴¹ Simplemente sirva como ejemplo, el novio de 17 años que tiene un acceso carnal con su novia o *polola* de 13 años de edad. Con independencia del reproche moral o familiar que pudiera conllevar esta conducta,

figuras delictivas que vulneran los principales principios político-criminales como por ejemplo, los arts. 365 y 374 CP. Tampoco debemos desconocer la inclusión de figuras penales con una evidente deficiencia técnico-legislativa, como por ejemplo el art. 365 bis CP, que conllevan un aumento innecesario de inseguridad jurídica⁴².

- La comentada ley 19.950 que aumenta las sanciones a hurtos y faltas y facilita su denuncia e investigación destinada al fenómeno denominado como hurtos hormiga. Reforma patrocinada por las grandes cadenas de supermercados y que supone un claro ejemplo de un modelo penal discriminatorio e irracional. Ahora bien, la interpretación judicial de este fenómeno criminal por gran parte de nuestra jurisprudencia constituye un claro ejemplo de la tensión existente entre la dicotomía propuesta por ZAFFARONI entre poder punitivo y Estado de Derecho⁴³.
- La Ley 20.000 sobre drogas continúa con la misma política criminal represiva. Ahora bien, tenemos que destacar la inclusión de la figura del microtráfico que pone en evidencia la perversidad del modelo penal de seguridad ciudadana. Si bien, esta figura penal representa una mejor adecuación al principio de proporcionalidad de las penas, ya que atribuye una menor penalidad al tráfico de pequeñas cantidades de drogas, su ratio legis -manifestada expresamente en el correspondiente Mensaje del Gobierno- obedece a la intención de erradicar una práctica judicial bajo la vigencia de la derogada ley 19.366 sobre drogas, que al no diferenciar entre microtráfico y tráfico de drogas, calificaba como falta de consumo hechos que realmente constituían tráfico. Resulta sorprendente que un Mensaje de una Ley realice una insinuación cercana a la prevaricación.

Véase que las citadas reformas corresponden al segundo nivel de discriminación del modelo penal neoliberal, y por tanto, susceptibles de ser expulsadas del nuestro sistema penal liberal.

Tampoco debemos despreciar las propuestas legislativas que, sin duda, constituyen un síntoma del futuro debate sobre el NCP. Aunque muchas de ellas, finalmente no son aprobadas, en el ámbito del discurso político criminal juegan un papel fundamental en la

creemos que la una pena en abstracto de prisión de 5 años y 1 día a 20 años supera cualquier intento de justificar este aumento de la edad en el ámbito de las relaciones sexuales. Véase, el art. de la nueva ley de responsabilidad penal juvenil.

⁴² Véase, FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel y CÁCERES SANTIBAÑEZ, Rafael, «El nuevo delito de violación o estupro impropios del art. 356 bis CP chileno: una racionalización desde la perspectiva del bien jurídico», (en) *XIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología*, Guayaquil, octubre de 2005.

⁴³ Recordemos que el autor, desde su concepción agnóstica de la pena, propone que el Derecho penal –entendido como la interpretación de la legislación penal ejercida por la jurisprudencia y la dogmática- tiene como principal fin acotar y contener el poder punitivo ejercido por el poder legislativo y las agencias policiales. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (*et alii*), *Derecho Penal. Parte General*, (2ª ed.), Buenos Aires: Ediar, (2002), p. 51 y ss. Si bien, coincido con la función político criminal que debe asumir la jurisprudencia y la dogmática penal, *ni están todos lo que son en el Estado de Derecho y no son todos los que incluye en el autor el poder punitivo*. Gran parte de nuestros jueces y eminentes penalistas son *fieles militantes* del poder punitivo, y por el contrario, existen miembros de la Fiscalía, agencias policiales y Gendarmería que intentan limitar este poder punitivo a través del Estado de Derecho.

delimitación del objeto y contenido del propio discurso. En ámbitos tan problemáticos como el aborto, la demarcación del discurso a través de las diferentes propuestas parlamentarias, por una parte determinará el campo de juego sobre el cual finalmente se legislará, y por otras, excluirá la posibilidad de abordar otras propuestas político criminales. A continuación no podemos resistirnos a mencionar la siguiente, que a nuestro entender supone una manifestación del grado de irracionalidad a la que puede llegar nuestro legislador penal.

“SANCIONA A QUIEN DENUNCIE A UNA AUTORIDAD PÚBLICA COMO AUTOR DE UN DELITO QUE NO PUEDA PROBAR. BOLETÍN N° 3982-07. CONSIDERANDO:

- 1) Que se está dando con creciente frecuencia el fenómeno de denunciar a una autoridad pública como autor de un delito, sin que el denunciante luego pueda probar;
- 2) Que no obstante lo anterior, la profusa difusión del hecho a través de los medios de comunicación causan un daño irreparable a la persona del denunciado y a su familia, aunque los tribunales de justicia lo absuelvan;
- 3) Que se hace necesario que los denunciantes irresponsables sean sancionados con la misma pena asignada al delito que denunciaron, si no pueden probarlo, vengo en proponer el siguiente

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Quien denuncie al Presidente de la (República, a un senador, diputado, Ministro de Estado o Subsecretario, Intendente o Gobernador o a un alcalde de un delito que no pueda probar, se hará acreedor a la sanción máxima contemplada para el mismo delito por esa persona denunciado.”

3. EL DISCURSO SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS CLASES PODEROSAS DEL SISTEMA PENAL

La literatura criminológica ha puesto de manifiesto desde la obra de SUTHERLAND que ciertas conductas lesivas para la sociedad cometidas por personas pertenecientes a las clases más poderosas no merecen la atención del legislador penal, y si finalmente son tipificadas no poseen el mismo grado de efectividad policial y judicial de la delincuencia clásica. En fin, son conocidos por todos disfunciones sociales que afectan tanto directamente a bienes jurídicos individuales como a supraindividuales, como por ejemplo: los ataques a los derechos de los consumidores que, en no pocas ocasiones, conllevan un peligro o lesión a la salud e integridad física; los altos índices de siniestralidad laboral; la corrupción entre el mundo político y el mundo de los negocios; los atentados más graves al medio ambiente

cometidos por las grandes corporaciones y el Estado; y el socavamiento de las instituciones del Estado y de las economías legales por parte del crimen organizado etc.⁴⁴

Como hemos mencionado al inicio de esta ponencia, la lucha por el discurso de la criminalidad presupone el ejercicio del poder de exclusión de ciertos conflictos sociales, y en el caso, del modelo penal liberal discriminatorio, se centra en la exclusión de las clases más poderosas en el ámbito económico y político del sistema penal. La incidencia del discurso sobre la criminalidad posee, a nuestro entender, una relevancia especial en aquellos conflictos sociales de naturaleza macrosocial en el ámbito de la sociedad del riesgo, donde frecuentemente participan las clases económicas y políticas más poderosas⁴⁵. La razón podemos encontrarla en la falta de conciencia directa e inmediata sobre la materialidad o dañosidad de gran parte los bienes jurídicos protegidos de naturaleza macrosocial, hecho que conlleva a una mayor relevancia del discurso a la hora de legitimar su protección penal.

Para comprender el éxito de este discurso de exclusión debemos tener siempre presente dos presupuestos relacionados con los actores que participan en él. En primar lugar, en la mayoría de las disfunciones sociales más graves participará alguna institución del Estado, bien como responsable político o bien directamente como responsable jurídico. Así, no resulta extraña la colaboración directa del Estado y de los partidos políticos, con toda su maquinaria propagandística, en el discurso de exclusión de las clases más poderosas. En segundo lugar, tampoco, podemos obviar el rechazo ciudadano o su falta de interés, por paradójico que algunos les pueda resultar, por el discurso penal liberal discriminatorio. Como hemos ya manifestado, por el momento, la sociedad chilena resulta ajena a cualquier discurso penal alternativo.

En el ámbito de la configuración del discurso sobre la criminalidad, una disfunción social que, a juicio de determinados agentes sociales, merezca de una protección penal debe presentarse de tal manera que sea susceptible de despertar atención social. Se han identificado algunas características de los asuntos sociales que originan una apatía político criminal en la mayor parte de la población. En primer lugar, los problemas remotos, irresolubles o incomprensibles terminan produciendo desinterés; por el contrario, aquellos que poseen unos componentes dramáticos, fácilmente comprensibles, que afectan a intereses vitales inmediatos despiertan y mantiene fácilmente la atención. En segundo lugar, los problemas sociales vinculados a la experiencia directa de la mayoría de los ciudadanos poseen un intenso grado de atención⁴⁶. Y en tercer lugar, debemos recordar la falta de sentimiento de vulnerabilidad y victimización de ciertas categorías delictuales. Como ya podemos advertir, el discurso político criminal relativo a gran parte de las disfunciones sociales más graves relacionadas con las clases más poderosas participa de las citadas

⁴⁴ Veáse por todos, BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, (2002), p. 213 y ss.

⁴⁵ Esta afirmación o hipótesis inicia una interesante línea de investigación sociológico-dogmática sobre la teoría del bien jurídico.

⁴⁶ EDELMAN, M., *Constructing the political spectacle*, University of Chicago Press, (1988), citado por Diez Ripollés, *La racionalidad...*, cit., p. 22.

características que provocan apatía y desinterés en la mayoría de la población, a pesar de su gravedad y del empeño de ciertos grupos sociales.

A continuación, mencionamos sucintamente algunas de las características del discurso político criminal de exclusión de las clases más poderosas. Para ilustrarlo tomaremos como referencia el desastre medioambiental acaecido en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, humedal situado en la provincia de Valdivia, y que supone, a mi entender, uno de los ejemplos más recientes de este discurso de exclusión⁴⁷. Ahora bien, algunas de las características que a continuación vamos a exponer son exclusivamente susceptibles de extrapolarlas a la delincuencia ambiental, y al propio contexto socio-político chileno, y por

⁴⁷ En mayo de 2004, a menos de 4 meses del inicio de la entrada en operación de la Planta de Celulosa Valdivia, propiedad de CELCO, se comenzó a hacer evidente que el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter era víctima de uno de los desastres ecológicos más emblemáticos de la historia reciente del país. La señal más importante del desastre fue dada justamente por la muerte y migración masiva de las aves más emblemáticas del Santuario: los cisnes de cuello negro. Del promedio aproximado de 5.000 individuos que existieron en el Santuario en el año 2003, según datos de la Universidad Austral de Chile, a marzo de 2005, sólo quedaban 160 y las muertes registradas alcanzan a 350. Esta cifra excluye a los individuos que pueden haber muerto en las zonas de poca accesibilidad del santuario (80% del humedal), por lo que el total de muertes aumentaría al menos a 1000. El fenómeno causó alarma pública nacional y detonó la emergencia en la ciudad de Valdivia de un movimiento ciudadano sin precedentes que exigió explicaciones y medidas preventivas de un daño aún mayor. Ante las exigencias de la ciudadanía organizada y las pruebas del desastre que ésta había reunido, para mejor decidir y resolver la el organismo fiscalizador medioambiental (CONAMA) encargó a la Universidad Austral de Chile (UACH), en noviembre de 2004, el “*Estudio sobre origen y mortalidad y disminución poblacional de aves acuáticas en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter en la provincia de Valdivia*”. Los propósitos del estudio fueron los siguientes: a) aclarar las causas de la muerte y migración de los cisnes de cuello negro del Santuario Carlos Anwandter, b) investigar la composición física, química y biológica de las aguas del Santuario del Río Cruces en las dimensiones temporal y espacial y c) investigar el origen de los cambios experimentados por el humedal (como sistema ecológico) y que originaron la muerte ó migración de los cisnes. Según las conclusiones del estudio de la UACH, los cisnes migraron y murieron por falta de alimento e intoxicación y su causa principal fue la disminución abrupta de la disponibilidad de su alimento principal, el lucheillo, así como el aumento episódico de metales pesados como Hierro y Aluminio en los sedimentos del Santuario. El aumento del Hierro en la columna de agua causó la precipitación del metal en la superficie de las plantas, lo que interfirió en su proceso de fotosíntesis y finalmente causó su muerte. A través de la cadena alimentaria, el metal fue traspasado a los cisnes y contribuyó a su intoxicación pues en los órganos de individuos muertos se encontraron cantidades significativas del metal. Puesto que el único factor antropogénico “nuevo” en el periodo en que se produjo el desastre ecológico fue el proceso industrial de fabricación de celulosa, que entró en operaciones en febrero de 2004, el equipo de científicos de la UACH decidió analizar la calidad de los efluentes vertidos por la planta de CELCO. El análisis que hace el estudio de la UACH de la calidad del agua en todos sus parámetros fisicoquímicos en varios lugares en la cuenca del Santuario, aguas arriba y aguas abajo de la descarga de la Planta de CELCO (con datos propios y de aquellos publicados por la empresa), constata que junto a sustancias autorizadas por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) de 1998 que aprobara la construcción y puesta en marcha de la planta, dicha industria también ha vertido al Río Cruces sustancias no autorizadas por la RCA que incluyen Sulfatos, Cloratos y Aluminio, el cual causó la precipitación de Hierro soluble, el metal pesado responsable de la muerte del lucheillo y los cisnes de cuello negro. Ahora bien, la RCA permitió la emisión de sustancias como las dioxinas, los furanos y los organoclorados— causantes probadas de graves daños a la salud como el cáncer y mutaciones genéticas que afectan los sistemas inmunológico, reproductivo y nervioso. El estudio de la UACH concluye que el régimen hidrodinámico de flujos del humedal y la magnitud de las descargas diarias realizadas por la planta de CELCO son incompatibles con la conservación del Santuario. Para más información véase: <http://www.accionporloscisnes.org/>

tanto, resulta necesario un estudio más profundo y general, que exceden al objeto y pretensiones de este estudio. Ahora bien, esto no afecta, a mi entender, a la validez de la hipótesis fundamental de este trabajo relativa a cómo el modelo penal liberal excluye a través del discurso ciertas disfunciones sociales cometidas por las clases más poderosas.

El discurso de exclusión en este supuesto se ha centrado en la fase de incriminación secundaria, ya que existen varias figuras penales que podrían aplicarse, entre las que destaca el art. 291 CP⁴⁸. El discurso de exclusión opera con cierta independencia de la efectiva responsabilidad penal. Así en el caso que nos ocupa, también conocido como el Caso Celco, si bien, a fecha de la elaboración del presente estudio, no existe jurídico-penalmente un Caso Celco⁴⁹ como tal, ante los indicios de su posible responsabilidad penal, y con independencia de si finalmente resulta responsable penalmente o no la citada empresa, ésta junto con las autoridades gubernamentales, como vamos a poner de relieve en las siguientes páginas, iniciaron un discurso de exclusión⁵⁰. Por tanto, este estudio no pretende examinar las responsabilidades penales de la citada empresa, sino analizar cómo se articula el discurso de exclusión de las clases poderosas ante una posible responsabilidad penal.

Pero antes de abordar algunas de las características del discurso de exclusión, podemos constatar la segunda característica relacionada con los actores que participan en el discurso de exclusión. El escaso apoyo popular y apatía en la mayoría de la población valdiviana afectada por este desastre ambiental y de salud pública resulta un hecho constatable. Así, en una población de alrededor 120.000 habitantes, las manifestaciones de protestas oscilaron entre mil y cinco mil personas. En este supuesto concreto, quizá extrapolable a otras disfunciones sociales, tenemos que añadir dos consideraciones más a la apatía de la sociedad chilena ante los ataques más graves al medio ambiente: una, pone en evidencia que la participación en la defensa del ambiente resulta especialmente complicada cuando no se han cubierto las necesidades básicas, situación que acontece a la mayoría de la población de Valdivia; y otra, se refiere a los efectos que la anterior etapa autoritaria produce en la sociedad civil chilena⁵¹.

⁴⁸ Debido a su escasa aplicación, pasamos a reproducir su contenido: «*Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo*».

⁴⁹ El caso Celco jurídicamente sólo hace referencia a las diferentes sanciones impuestas por las autoridades ambientales y por la demanda de acción de reparación daño ambiental interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado. A fecha de la finalización del presente trabajo la Fiscalía encargada de investigar las posibles responsabilidades penales no ha formalizado una acusación contra los presuntos responsables, y por tanto, jurídico-penalmente no existe a fecha de hoy un *Caso Celco*.

⁵⁰ Ahora bien, existen varias querellas destinadas a esclarecer las posibles responsabilidades penales que se centran en el art. 291 CP.

⁵¹ La anterior conclusión no obsta para afirmar a la vez, que la respuesta ciudadana ante esta conflicto – fundamentalmente a través de la organización ciudadana “Acción por los Cisnes”- ha constituido un hito histórico en la respuesta de la sociedad civil chilena ante un desastre ambiental.

3.1. La omisión del conflicto y el discurso del enmascaramiento

La principal característica del discurso de exclusión en su primera etapa radica, precisamente, en la omisión del problema social. Cuando aparece una disfunción social, en primer lugar se omite, y a la sumo se relega a un papel secundario la verdadera o principal daño social.

La contaminación del Santuario produjo como primer efecto la muerte y migración de la práctica totalidad de los cisnes de cuello negro. Si bien, las imágenes en televisión de cisnes muertos o moribundos contribuyeron a una sensibilización de la población y una cierta preocupación de las autoridades, pero también supusieron que el problema de la contaminación se centrara en la desaparición de esta especie. Y en este momento los medios de comunicación, las autoridades y la empresa supuestamente responsable, delimitaron el discurso de este conflicto entre el desarrollo económico, con la correspondiente pérdida de puestos de trabajo, y la muerte y desaparición de unos cisnes. En fin, en una ciudad donde la mayoría de la población vive en una economía de subsistencia, el dilema que representa este discurso resulta realmente perverso. En cambio, se omitió, en un primer momento, y posteriormente se relegó a un papel secundario, el peligro para la salud pública que supone la emisión de dioxinas y metales pesados –la mayoría bioacumulables- a un estuario adyacente a una ciudad de más de 120.000 habitantes.

También resulta frecuente que, a pesar de existir un procedimiento penal, se omita cualquier referencia terminológica a la criminalidad o al derecho penal como por ejemplo: «delito», «delincuente», «procesado» etc., y se tiende a sustituir por términos como «conflicto», «error» etc.

Veamos algunos ejemplos. El editorial del día 13 de agosto de 2005 del Diario Austral manifestó lo siguiente: «La reapertura de Celco nos pone ante dos escenarios posibles: volver a la polémica (en definitiva, sólo más de lo mismo que ya hemos visto) o realizar un trabajo serio para reparar daño y para que los errores cometidos no se repitan». En otro editorial del día 13 de agosto de 2005 manifestó lo siguiente: «Por supuesto que los grupos ambientalistas y una parte de la comunidad hubiesen deseado soluciones más radicales, que garantizaran el total resguardo del paisaje». El actual presidente del directorio de empresas a cual pertenece la planta de celulosa -ex ministro de Vivienda del Gobierno de la Concertación- declaró expresamente: "Pido disculpas a la comunidad por los errores que pudimos cometer en su momento en la planta Valdivia (...) De lo que se trata finalmente es que la imagen de la región, de la provincia y del país quede en alto, por lo que asumir los errores es avanzar considerablemente" (Diario Austral, jueves 10 de febrero de 2005).

Incluso, el discurso de exclusión se escuda, consciente o inconsciente, en su compañero de viaje para explicar una determinada disfunción social. Así, y en el ejemplo que nos ocupa, el discurso de la exclusión acudió al discurso del modelo penal de seguridad ciudadana para explicar uno de los efectos del desastre ambiental.

Los comerciantes de la Cámara de Comercio e Industria de Valdivia encabezados por el gerente y actual concejal, Fernando Schultz, lanzaron una verdadera campaña con el eslogan "Recuperar Valdivia para el Turismo". En las recientes reuniones con el alcalde Bernardo Berger, los comerciantes declararon lo siguiente: "De no proceder ahora ante esta triste y cruda realidad, corremos el serio riesgo que en el próximo verano, estemos plagados de estos maleantes, disfrutando de nuestra ciudad segura y saludable, para sus fechorías" (Diario Austral, sábado 5 de noviembre de 2005). Y agregan: "Si baja el turismo por el temor a la delincuencia, entonces nuevamente nos estaremos quejando de por qué nos ocurre a nosotros. Por eso, es que debemos actuar y nuestras autoridades deben respaldarnos para erradicar la delincuencia y recuperar nuestra ciudad para los turistas".

La preocupación por el descenso de la actividad turística de la ciudad de Valdivia no carece de fundamento, y quizá sea debido a la delincuencia.

Uno de los principales atractivos turísticos de la ciudad radica en su hermoso río y estuario del que dependen directa e indirectamente armadores, restaurantes, hoteles etc. Tras la contaminación del Santuario la denuncia de los empresarios del turismo fluvial valdiviano hoy cuenta con un respaldo técnico. Y dicha evidencia muestra un panorama preocupante: entre 2004 y 2005 los tours al Santuario de la Naturaleza han caído en 62% (de 21.883 a 8.229 pasajeros). Pero no sólo los viajes al deteriorado humedal han bajado, sino que también los recorridos en la ruta Corral-Mancera, que cayeron 36% (de 7.958 a 5.052) en el mismo período.

Dichas cifras son fruto de un estudio encargado por el Centro de Armadores de Valdivia a la consultora Extreme C.A., el cual arroja como conclusión que la crisis ambiental del río Cruces no sólo ha afectado a dicha ruta turística, sino también al resto de los destinos en la zona. "Pues es la imagen de Valdivia y ello hace que ya no sea un punto privilegiado por los turistas para ser visitada". Esto se vuelve más grave al considerar que, según el informe, el 98,5% de los visitantes que llegan a la ciudad van al río, y un 87,7% de ellos, navegan. "El efecto multiplicador que tiene el turismo en el resto de las actividades económicas de Valdivia es muy potente", indica Jimmy Davis, presidente del Centro de Armadores de Valdivia. En particular, al dirigente le preocupa la situación de las empresas más pequeñas, "las cuales están prácticamente quebradas y sin posibilidad de recuperación económica". En cuanto a las más grandes, dice que se han endeudado a través de créditos para poder mantener las fuentes de trabajo, que llegan a los 250 empleos directos, a los que en temporada alta se suman otros 400 temporales (Diario Austral, 6 de septiembre de 2005).

3.2. El discurso del desarrollo económico

Sin duda, estamos ante el tema central del discurso de exclusión. Ante un posible delito ambiental o patrimonial cometido en el seno de las grandes corporaciones, el discurso de exclusión se concentra en poner de relieve las supuestas pérdidas económicas y laborales que supondría la efectiva aplicación del derecho penal y su correspondiente responsabilidad civil por los daños causados.

La planta de celulosa decidió voluntariamente paralizar su actividad a fin de subsanar los «errores cometidos» y adecuarla a las nuevas exigencias de la autoridad ambiental. El Diario Austral (sábado 9 de julio de 2005) informó que «en los 30 días de paralización que lleva la planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución, Celco, la empresa ha perdido, por concepto de utilidades, 4 mil 395 millones pesos, aproximadamente». La empresa no tardó en organizar una campaña de información sobre las pérdidas económicas y laborales ante una eventual cierre de la planta de de celulosa.

3.3. El discurso del conflicto entre particulares

El discurso de exclusión trata de transformar la disfunción social en un conflicto entre particulares: la empresa, los trabajadores y determinaciones asociaciones. Así, se pretenden evadir cualquier referencia a la naturaleza pública del conflicto social, a las posibles responsabilidades del gobierno, y por ende, descartar una intervención directa del Estado, en nuestro caso, a través del derecho penal.

Así, el Caso Celco viene siendo tratado como un conflicto entre los intereses de una empresa y los de un grupo de ciudadanos (Acción por los Cisnes), y donde el gobierno aparece como el buen componedor que, tras tomar en cuenta las posiciones de las dos partes, toma una decisión ecuaníme.

El gobierno de la Concertación ha optado por una posición neutral y conciliadora del conflicto. Esta posición se contrapone con el papel activo del Gobierno de Frei de convertir la X Región en una potencia maderera y productora de celulosa de papel. Así, la instauración de la empresa de Celco ha supuesto que gran parte de los recursos económicos, naturales y laborales de la Región se subordinen a esta actividad económica. Las condiciones impuestas por las Instituciones gubernamentales y su posterior fiscalización han sido un completo desastre. En sentido contrario, una política económica y fiscalizadora correcta quizá hubiera evitado este desastre, y por ende, la anunciadas pérdidas económicas y laborales. Y es aquí, donde la *miseria política* llega a sus cotas más altas. Después de subordinar el gobierno una gran parte de los puestos de trabajo de la provincia de Valdivia a una empresa que favoreció en impulsó políticamente, pero que posteriormente no fiscalizó, ante la posible pérdida de estos puestos de trabajo, dio a entender implícitamente que nos encontramos ante un conflicto entre particulares: la empresa, las asociaciones ambientales y los trabajadores.

3.4. El discurso de los grupos de expertos

Los grupos de expertos poseen una especial relevancia en el proceso de desacreditación de aquellas disfunciones sociales empíricamente acreditadas. El discurso de exclusión tratará de desacreditarlos política y científicamente.

Pero tampoco debemos desconocer que la idea de estos grupos está regida por la pretensión de resolver el problema social de acuerdo a sus intereses. Destacan aquellos que se mueven por legítimos intereses ideológicos (pacifistas, feministas y ambientales) y los que persiguen, intereses corporativos, también legítimos, como los sindicatos y asociaciones empresariales;

y otros que defienden intereses puramente científicos⁵². Ahora bien, más que una clasificación de grupos de expertos estamos ante características que suelen concurrir cumulativamente en una misma organización. A modo de ejemplo, existen numerosas asociaciones ambientales que persiguen a la vez intereses corporativos y/o incluyen intereses científicos, grupos de científicos financiados por grandes corporaciones etc. Una nueva categoría de grupos de presión son aquellos creados o financiados por los que originan el propio conflicto social. Así, en ámbito ambiental las grandes corporaciones contaminantes crean asociaciones ambientales que se *adueñan* del conflicto para controlarlo o reconducirlo a un escenario favorable a la negociación.

3.5. El discurso de la *huída al derecho sancionador*

Si el proceso de desacreditación no ha surtido efecto, los programas de acción intentarán encontrar vías alternativas al derecho penal. Este discurso por encontrar otros instrumentos de control social ha tenido su origen, especialmente, en el ámbito académico: unos, desde los principios, por entender directamente que no estamos ante conflictos que ameriten una protección penal; y otros, desde las consecuencias, por constatar que las escasas tasas de efectividad penal del *derecho penal de las clases más poderosas* recaen paradójicamente sobre las clases más vulnerables. Como resultado de estas argumentaciones se propone que las disfunciones en el ámbito económico y ambiental sean conocidas por el Derecho administrativo sancionador.

Este discurso tiene unas ventajas evidentes: por lado se evitaría la estigmatización del proceso penal de ciudadanos tan *honorables*; y por otro, se trasladaría la sanción, normalmente pecuniaria, a la colectividad, bien a los propios trabajadores o a los consumidores⁵³. Todo esto sin tener presente las irrisorias cuantías de las multas que suelen imponerse a las grandes corporaciones⁵⁴.

El caso Celco es un ejemplo de esta situación. La empresa, perteneciente a uno de los grupos económicos más poderosos y pujantes del país, como consecuencia de varias irregularidades, donde destaca la construcción de un ducto ilegal, ha sido sancionada por el organismo fiscalizador ambiental del gobierno, con una multa que asciende a 1.300 UTM⁵⁵.

⁵² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Racionalidad de las...*, cit., p. 31.

⁵³ MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, «Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad», CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (trad.), (en) *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, (2002:), p. 162.

⁵⁴ También se argüido los efectos simbólicos de este tipo de delincuencia que deslegitiman el sistema penal. Entre otros: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2ª ed.), Madrid: Civitas, (2001), p. 137-147; MUÑOZ LORENTE, José, «Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico», (en) *Revista de Derecho Penal y Procesal penal*, núm. 6 (2001), p. 103-117. Véase una posición crítica en: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *Estudio político criminal sobre el tipo imprudente de legalización de capitales*, (en) *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, Semestre I, (2005) p. 167 y ss.

⁵⁵ Comisión Nacional del Medio Ambiente – Décima Región de los Lagos. RESOLUCIÓN EXENTA N° 182- Puerto Montt.

3.6. El discurso del éxito de los grupos de presión

El discurso de exclusión ante un conflicto donde participan grupos de presión, como las organizaciones ambientales o de consumidores, cataloga prematuramente como un éxito su intervención en la solución del conflicto. Sin duda, esta afirmación agrada a muchas de estas organizaciones aunque su efecto resulta perverso: estas organizaciones ponen en peligro el progreso económico y resulta necesario limitar su influencia política.

El ejemplo paradigmático podemos encontrarlo en el artículo de opinión del Mercurio del día 4 de septiembre de 2005 donde expresamente cataloga la intervención de la agrupación ciudadana «Acción por los Cines» el desastre ambiental del Santuario de la Naturaleza como un rotundo éxito. Pero si tras la contaminación del río y del estuario, se ha destruido uno de los principales reservas naturales de la ciudad, puesto en peligro la salud de las personas y afectado gravemente a la empresa turística; hemos presenciado el espectáculo bochornoso de cómo el poder ejecutivo y la Corte Suprema⁵⁶ han respondido ante esta catástrofe

⁵⁶ Nos encontramos ante una de las sentencias de la CS más sorprendentes de los últimos años. De su lectura se puede colegir que el Alto Tribunal fue incapaz de comprender la principal conclusión del informe solicitado por la autoridad ambiental respecto a la muerte y migración de los cines de cuello negro. El informe determinó que la emisión de sulfato de aluminio por parte de la empresa Celco –recordemos emisión no declarada en el estudio de impacto ambiental- hizo precipitar el hierro del río a su lecho provocando la muerte de la principal fuente de alimentación de los cines: el lucecillo. Pues bien la SCS de treinta de mayo de dos mil cinco declara lo siguiente: **«Que por lo demás, del informe de la Universidad Austral de Chile, se evidencia que las aguas del Cruces presentan una alta concentración de hierro, que afecta una planta llamada "lucecillo" (egeria densa), que constituye la principal fuente de alimentación de los cisnes de cuello negro que habitan el humedal. Al disminuir la cantidad de "lucecillo", los cisnes, o mueren por desnutrición o emigran, encontrándose en los órganos de dichos animales altas concentraciones de hierro. No obstante, de los documentos acompañados por la recurrida a fojas 331, apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se comprueba que la Planta Valdivia de Celco no solo no lanza hierro a las aguas, sino que en su proceso de extraer aguas del Cruces, tratarlas y verterlas de nuevo al río, extrae dicho mineral que ya tenían aquellas.** En efecto, se desprende de un informe de la propia Universidad Austral de Chile de 1998, antes que entrara en funcionamiento la Planta Valdivia, que ya en aquella época el Cruces contenía nueve metales pesados, superando el hierro el límite de las aguas limpias. Y del estudio denominado "Balance de Hierro en el Río Cruces-Sector Descarga de Efluentes de la Planta Valdivia", de 17 de mayo de 2005, elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, se demuestra que la Planta Valdivia no aporta hierro al Cruces y que, al contrario, lo elimina. Queda de manifiesto, entonces, que no hay prueba suficiente para convencer a los sentenciadores que sea la Planta Valdivia de la recurrida la que esté causando la muerte o emigración de la referidas aves acuáticas, máxime si se tienen presente los restantes documentos acompañados por la parte recurrida, como el informe del Centro Nacional de Tecnologías Limpias, empresa auditora ambiental internacional, que concluye que los parámetros ambientales de dicha planta se están respetando, o los dichos de los investigadores de la Convención Ramsar, en cuanto a que no existe evidencia empírica de que la Planta Valdivia sea la causante de una contaminación del Cruces». La *negrita es nuestra*. Pero el desconocimiento del contenido de los informes periciales no es lo más grave de la citada SCS, sino su visión particular sobre el control jurisdiccional de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra CPR: «10) Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las

ambiental que, hasta la fecha, ha consistido en la imposición de multas ridículas y adecuación de los parámetros ambientales a las necesidades de la empresa -tampoco debemos echar en saco roto el desprecio al informe solicitado por la propia autoridad ambiental a la Universidad Austral-; y de constatar que hasta la fecha las medidas de restauración han brillado por su ausencia, tenemos que concluir que la participación de la sociedad civil ha sido un éxito, uno se pregunta, no sin cierto temor, ¿cómo hubiera sido un fracaso?.

3.7. El discurso de la guerra fría

Otra característica del *discurso de exclusión de las clases más poderosas del sistema penal* -en especial, en el ámbito económico y ambiental-, es la inclusión de cualquier propuesta, denuncia o crítica en el *saco de las ideologías de la izquierda autoritaria*. A continuación, leamos un artículo de opinión aparecido en el Mercurio el día 15 de septiembre de 2005 que refleja con toda su crudeza este discurso.

“¿Quién nos defenderá de los verdes? *Por Álvaro Bardón*

Los verdes gustan del prohibicionismo y de la propiedad común, en la antigua línea iniciada por las primeras leyes ecologistas, las de la Alemania nazi. ¿En qué grupos humanos se observa más depredación de recursos, contaminación y basura? En los más pobres, donde apenas se sobrevive y se usan tecnologías sucias. Así, si quiere cuidar el medio ambiente, lo primero es crecer.

¿Dónde se aprecia más mugre y deterioro? ¿En los bienes públicos, de todos, o en los que tienen propietarios que los cuidan? En los primeros, lo que

entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del No. 8 del artículo 19 de la Constitución Política se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo». Como manifiestan MONTENEGRO/ DURÁN/ PINOCHET «Parece razonable que los tribunales no puedan dictar una resolución de calificación ambiental (RCA) de reemplazo, sin embargo sí pueden ordenar otras medidas para restablecer el imperio del derecho. Del fallo se desprende que los sentenciadores le atribuyen a la autoridad administrativa ambiental el monopolio de la determinación de la legalidad de los actos contaminantes que cuenten con una autorización de funcionamiento como es la RCA. Si así fuese, la garantía constitucional del 19 N° 8, que consagra no sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino también el deber del Estado de velar para que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, se tornaría en letra muerta. Agrava este caso el hecho público de que la COREMA de la Xª Región, organismo técnico que la Corte no quiso “reemplazar”, no sólo había sometido a la empresa a procesos sancionatorios por numerosos incumplimientos, sino que había entregado los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado para que éste demandara a CELCO por daño ambiental. MONTENEGRO, Sergio (*et alii*), «Caso Celco: Comentarios al fallo de la Corte Suprema», (en) *Noticias*, Centro de Derecho Ambiental de la Universidad Austral de Chile, 23 de julio de 2005. http://www.derecho.uchile.cl/cda/actualidad/caso_celco.htm

llaman "la tragedia de los comunes". Para vivir en un ambiente limpio y descontaminado, se deben extender los derechos de propiedad.

¿Y en qué países se observan procesos productivos más puros y menos contaminación de ríos, lagos, ciudades y bosques? ¿En los capitalistas o los socialistas? La ruina ambiental y tecnológica de los países comunistas habla por sí sola. Las naciones capitalistas son más limpias. Al parecer, cuando sube el ingreso -lo que está ligado a la libertad, la propiedad y la competencia-, la gente comienza a preocuparse de bienes superiores, como la conservación de los recursos. Hay casos complejos, como el calentamiento de la Tierra y la contaminación de las ciudades, que se pueden manejar bien con bonos de contaminación, tipo acuerdo de Kioto, o el proyecto para Santiago que duerme en el Congreso por el veto de los ambientalistas, que prefieren la represión, que no funciona, a las soluciones libres y voluntarias, que sí funcionan. Los verdes rojelios gustan del prohibicionismo y de la propiedad común, en la antigua línea iniciada por las primeras leyes ecologistas, las de la Alemania nazi; en general, se oponen a cualquier desarrollo productivo. ¿Conoce algún proyecto de inversión promovido por los verdes en minería, comercio, madera, pesca, carne, construcción, celulosa, industria, energía o el tratamiento de residuos? En Chile boicotean todo y, si tienen éxito, terminaremos en la miseria. ¿Incomprensible? No: es que practican un fundamentalismo religioso, un panteísmo adorador de la naturaleza, que postula que el hombre ha depredado el planeta y que la preservación de éste requiere de una reducción de la población, quizás por la vía del hambre que generaría el subdesarrollo. ¡Qué exagerado! ¡Si los verdes sólo hemos "parado" Trillium, Celco, Ralco, Pascua Lama, Cascada, Alumysa, el salmón, unas minitas de cobre y algo en la madera! ¿Y los miles de proyectos ratones, encarecidos artificialmente? Bueno, éstos son de segundo orden.

Si los gobernantes no toman esto en serio, el país se va a estancar. La legislación ambiental no es clara ni impersonal, y sí es costosa para los chicos. Además, nos hemos autoimpuesto estándares de nivel suizo, cuando apenas somos morenos latinos. Y no se olvide de que variadas organizaciones ambientales criollas reciben plata de nuestros competidores foráneos, para desprestigiarnos y sacarnos de los mercados internacionales.

Este tema no debe tomarse olímpicamente, como se ha hecho desde mediados de los años 90, cuando se legisló, como siempre, para peor. No nos hagamos más los lesos y, en vez de enseñar mentiras en los colegios, leamos a los padres del fundamentalismo ambiental. Los guardianes morales del concepto cristiano de la naturaleza al servicio del hombre no deben seguir mudos. **El empresariado no puede seguir creyendo que no es para tanto y que siempre se arreglarán con la autoridad, como en Celco, donde los cisnes, haciendo lo que hacen siempre, migraron. Faltó la ley de la bancada verde prohibiéndoles volar. Por último, no sé si a los políticos se**

les puede pedir que sean responsables y se metan en lo políticamente incorrecto".⁵⁷

De la lectura de este artículo podríamos colegir que en el caso Celco las asociaciones ambientales tuvieron un poder similar a los comités políticos de las dictaduras asiáticas de los años 70. Nada más alejado de la realidad. Véase que el autor utiliza la vieja estratagema manipuladora de combinar verdades generales con mentiras concretas. Así, resulta cierto que la contaminación de los antiguos países comunistas fue, al menos, similar a la acaecida en los países occidentales. También, no debemos desconocer la manipulación de antiguos miembros de la *izquierda* que han visto el medio ambiente una *nueva puerta* para la consecución de sus intereses políticos. Ahora vienen las mentiras. Tras el desastre ambiental, las instituciones fiscalizadoras han impuesto unas multas irrisorias a Celco por no haber declarado un ducto y la emisión de ingentes cantidades de sulfato de aluminio al río. Todos los recursos administrativos y judiciales destinados a cerrar temporalmente la planta han fracasado. Por supuesto, la empresa ha tenido el apoyo explícito o implícito del alcalde y destacado políticos, es más el actual gerente fue ministro de la Concertación. Incluso manifestantes han sido detenidos por infracciones penales derogadas⁵⁸. Por supuesto, la empresa ha reanudado su producción, y la única obligación real que debe cumplir radica en construir un ducto al mar, pero con una cláusula que establece que no estará obligada si por causa de fuerza mayor se ve impedida (pensando en un posible conflicto con los pescadores). En fin, a la pregunta *¿quién nos defiende de los verdes?*, la respuesta es sencilla y meridianamente clara: el gobierno, el poder judicial y la mayoría de la clase política. Y además, el autor de este artículo de opinión sabe que si efectivamente las asociaciones ambientales tuvieran el poder y la influencia que atribuye siempre tendrá el auxilio de las fuerzas de seguridad del estado⁵⁹.

4. Un ejemplo del discurso penal liberal discriminatorio: las drogas y la contaminación

Para finalizar esta breve exposición permítaseme exponer al lector el siguiente caso práctico que combina los dos discursos del modelo penal liberal discriminatorio.

Juan que se dedica al tráfico de marihuana es detenido con 300 gramos de esta sustancia. José, connotado empresario y vecino de Juan, ha ordenado verter ilegalmente al estuario de la ciudad toneladas de aluminio. Un informe pericial establece que este vertido ha producido

⁵⁷ La *negrita* es nuestra.

⁵⁸ Durante una visita del antiguo presidente de la República a la ciudad de Valdivia fueron detenidos varios estudiantes que protagonizaron una manifestación contra la política del gobierno en el caso Celco. La Defensoría demostró que el delito por el que el Ministerio Público había formalizado estaba derogado. La Ley 20.048, del 31 de agosto último, derogó el artículo 263 del Código Penal que sancionaba las injurias contra el Presidente de la República y otras autoridades superiores. Defensoría Penal Pública, *Noticias* (20-10-2005). <http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=1&id=2331>

⁵⁹ La desigualdad ante la ley ha hecho y sigue haciendo la historia real, pero que la historia oficial y mediática olvida. Al igual que los exterminadores de indios y traficantes de esclavos tienen estatuas en numerosas plazas de ciudades latinoamericanas, veremos en el futuro otras dedicadas a empresarios que donaron fondos para bibliotecas y hospitales, que han devastado los recursos naturales, han destruido la pequeña empresa turística y a cientos de agricultores, y quién sabe, han contribuido a cientos de enfermedades.

un grave daño en el ecosistema y un grave peligro para la salud pública. El estudio de impacto ambiental omitió que la empresa vertería la citada sustancia y además, no declaró uno de los ductos al río⁶⁰.

Ambas conductas están tipificadas en nuestro ordenamiento penal⁶¹ y tienen en común la puesta en peligro del mismo bien jurídico (la salud pública), pero con la única diferencia que en el caso de la marihuana es consumida, en la mayoría de las ocasiones con el pleno consentimiento del consumidor, cosa que no ocurre que las toneladas de metales pesados bioacumulables que *disfrutarán* miles de ciudadanos sin su consentimiento.

Pero el discurso político criminal será radicalmente diferente. Juan será detenido y esposado y seguramente se le declarará su prisión preventiva; será portada de los periódicos locales con el titular: «detenido importante narcotraficante», y no faltará la columna de opinión de algún político de turno exigiendo más *mano dura* contra el tráfico de drogas; será sometido a una legislación de excepción con penas desproporcionadas; e incluso, será difícil que disfrute de alguna medida alternativa; y si tráfico en su casa, podrán decomisársela. Por el contrario, José sólo recibirá la protesta de algunos ciudadanos que serán tildados de *eco-comunistas*. Las instituciones ambientales impondrán a la empresa una multa irrisoria en atención a sus ganancias, incluso tendrá *reuniones de trabajo* con las autoridades políticas para afrontar juntos el desastre ambiental. A reglón seguido la Instituciones ambientales se podrán a trabajar para adecuar la emisión de los contaminantes de su empresa al estudio del impacto ambiental. Ante la presión social, José decide contrarrestar cerrando voluntariamente la empresa y poniendo en evidencia los perjuicios económicos y laborales ante un eventual cierre. Los medios de comunicación tratarán la cuestión como un conflicto entre el medio ambiente y el progreso económico. La CS declarará, desconociendo los informes periciales, que no existió contaminación y que además, no le corresponde tutelar actividades que son ya fiscalizadas por el Gobierno.

Pero el diferente tratamiento alcanza, *paradójicamente*, también a las víctimas. Así, seguramente a Juan no le serán aplicables algunas medidas o salidas alternativas en el caso de la conducta sea castigada como tráfico de drogas, pero en el supuesto poco probable de que se le castigue por la nueva figura de microtráfico, deberá previamente reconocer su responsabilidad penal y satisfacer la responsabilidad civil. José por el contrario, tras varios meses, finalmente accederá a reunirse con los representantes de los afectados y la ciudadanía sin que, por supuesto, acepte cualquier tipo de responsabilidad, es más, manifestará el desprestigio que para su familia está suponiendo el inicio de una investigación penal. Los representantes de la ciudadanía –debido a su falta de conciencia de victimización y al desamparo que sufren por parte de las autoridades- se verán abocados a mostrarle los efectos de su acción, y tras agradecerles su esfuerzo, José no tardará en manifestar ante los medios de comunicación que el conflicto está en vías de solución.

⁶⁰ La coincidencia de este caso práctico con la catástrofe ambiental acaecida recientemente en el estuario del río Valdivia es mera coincidencia. Para más información sobre desastre ambiental véase: <http://www.accionporloscisnes.org/>

⁶¹ En el caso de la contaminación, véase el art. 291 CP.

FERNÁNDEZ C., José Ángel. “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”. *Polít. crim.* n° 1, 2006. A5, p. 1-30.

Y por último, si en el caso improbable de que José ingrese en prisión, éste tendrá un tratamiento especial de acuerdo a su condición y prestigio social, Juan por el contrario podrá terminar en una cárcel de alta seguridad, catalogado como peligroso. Por último, José tendrá posibilidades de ser indultado, Juan si finalmente es indultado, los partidos de la oposición exigirán una explicación al gobierno, e incluso, propondrán que por ley se excluya del indulto a criminales tan peligrosos y nocivos para la sociedad.