

# ¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?

(Reflexiones sobre los fenómenos de la separación entre validez formal y eficacia de las normas jurídicas) \*

*Michel Van de Kerchove*

La pregunta que plantea el título de este estudio puede parecer, a simple vista, como algo a la vez irónico y provocador: “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”. Mirando más de cerca, sin embargo, me parece posible ver en esta aparente ironía aquello que SÓCRATES pretendía, esto es, una forma de cuestionamiento a la vez ingenua y radical que nos permita invertir, de alguna manera, nuestra mirada espontánea sobre las cosas<sup>1</sup>. Esta pregunta que, en principio, parece constituir una provocación a causa de su carácter paradójico, podría ser, entonces, una manera estimulante de aclarar el funcionamiento del sistema penal futuro, en relación con aquel que sin duda nos es más familiar.

Sin salirnos del tema de la validez, la representación del sistema penal que quisiera poner en tela de juicio es aquella<sup>2</sup> que FRANCOIS OST ha evocado en términos generales en el estudio precedente, con el fin de criticarla, según la cual habría un recubrimiento, si no real por lo menos deseable, entre la validez formal y la efectividad de las normas jurídicas<sup>2</sup>.

\* Aparecido en *Jalons pur une théorie critique du droit*, Universidad de Saint-Louis, Bruselas, 1987, págs. 317-351. Traducción de Mauricio García Villegas.

<sup>1</sup> Esta inversión de la mirada es igualmente sugerida por MICHEL FOUCAULT, a propósito de la función de la prisión y de las penas en general: “Admitamos que la ley esté destinada para definir las infracciones, que el aparato penal tenga la función de reducirlas y que la prisión sea el instrumento de esta represión; entonces es necesario constatar un fracaso (...) pero a lo mejor hay que *invertir* el problema y preguntarse para qué sirve el fracaso de la prisión (...) Habrá que suponer entonces que la prisión y el castigo, en términos generales, no están destinados a suprimir las infracciones” (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, págs. 276-277).

<sup>2</sup> F. Ost, *Considerations sur la validité des normes et système juridiques*, en *J.T.*, 1984, pág. 5.

Para apoyar esta forma de representación de las leyes penales se pueden citar, por ejemplo, las declaraciones del consejero de Estado Treilhard quien, en la exposición de motivos del título I del libro II del Código de Instrucción Criminal, afirmaba:

"...ningún crimen, ningún delito, ninguna contravención debe quedarse sin un seguimiento... el primer deseo de la ley es el de que toda infracción a las reglas sea conocida, perseguida y juzgada... el primer libro del Código de Instrucción Criminal que está puesto a su consideración contribuye sabiamente a que ningún crimen, ningún delito, ninguna contravención, se queden sin ser perseguidos"<sup>3</sup>.

Lo ideal, y no la realidad, se encuentra aquí claramente afirmado: toda ley penal, una vez adoptada y revestida del sello de la validez formal, debe ser integralmente aplicada, es decir, convertida en algo absolutamente efectivo. El corolario lógico de este ideal reside en el principio de la legalidad de las persecuciones: corresponde al ministerio público investigar todas las infracciones de las cuales tenga conocimiento<sup>4</sup>.

Precisemos de una vez, sin embargo, para evitar cualquier malentendido, que solo intento apuntar en este estudio a la dimensión "sancionadora" de la ley penal y no a su dimensión "normativa", "determinadora" o creadora de nuevas obligaciones, que en ocasiones también envuelve<sup>5</sup>.

Ahora bien, desde este aspecto "sancionador", es necesario tener en cuenta que la efectividad de la ley penal no depende del comportamiento conforme de los particulares, sino más bien de la intervención conforme de los órganos del poder, encargados de la investigación de las infracciones, de su seguimiento, de su enjuiciamiento y de la ejecución de este<sup>6</sup>.

Por esta razón, la efectividad de la ley penal, tal como la percibo en estas líneas, no puede apreciarse realmente sino cuando la norma sancionada por ella se encuentra dotada al menos de un cierto grado de ineffectividad.

El sentido de la cuestión que plantearé es entonces el siguiente: ¿la validez formal de una ley penal tiene alguna razón de ser, independientemente de su efectividad? ¿Se puede no solo *concebir* una disociación eventual entre estos dos polos de la validez, lo cual parece evidente, sino también llegar hasta *justificarla*? La pregunta, entendida de esta manera, no deja de tener relación con aquella de la abrogación posible de una norma jurídica por causa de desuso. Se trata, en efecto, en los dos casos, de observar las relaciones posibles entre la validez formal y la

<sup>3</sup> G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XXV, 1827, pág. 344.

<sup>4</sup> A pesar de la interpretación contraria que le ha sido rápidamente dada, "el código de instrucción criminal parece dominado, independientemente de lo que haya pensado la doctrina clásica, por el principio de la legalidad de la persecución" (M-L RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, 1967, pág. 226).

<sup>5</sup> P. E. TROUSSE, *Les Nouvelles, Droit Pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, 1956, pág. 66; R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit Pénal général*, 4ème éd., Paris, 1981, pág. 207.

<sup>6</sup> F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, págs. 157-158; P. E. TROUSSE, *op. cit.*, pág. 66.

efectividad de la norma jurídica. Sin embargo, mientras que el fenómeno de la abrogación por desuso sugiere que, al menos en ciertas condiciones, la pérdida de legitimidad de la norma repercute sobre su validez formal y que de esta manera estos dos polos *no pueden ser disociados*, la pregunta que deseo abordar tiende a sugerir el fenómeno inverso, es decir, que estos dos polos son, al menos parcialmente, *disociables*, lo cual, en perspectivas por lo general muy diferentes se ha intentado justificar.

Sin embargo, como veremos, esta pregunta no recibirá necesariamente respuestas categóricas; la idea que se desprenderá de este estudio será, más bien, según la expresión de R. VOUIIN, la de que la ley penal no está hecha para ser aplicada "siempre en todas las circunstancias y a cualquier precio"<sup>7</sup>. Esta idea ilustra igualmente la tesis de CARBONNIER cuando afirma que "la frase banal según la cual las reglas del derecho están hechas para ser aplicadas, aunque parezca una perogrullada, no es una verdad. Al menos no es una verdad general"<sup>8</sup>.

Por otra parte, esta pregunta está lejos de poder recibir una respuesta única y uniforme; la diversidad de modelos teóricos a los cuales se acogen estas respuestas, ponen suficientemente en claro las diferentes concepciones de la ley penal y de los diferentes fundamentos del derecho a castigar; modelos estos que además no son necesariamente exclusivos los unos en relación con los otros, dentro del funcionamiento real de las instituciones penales.

Al respecto, me contentaré con referirme a tres modelos diferentes que ocupan un lugar importante dentro de la problemática de la aplicación de las leyes penales, sin olvidar la posibilidad de concebir otras interpretaciones. Estos tres modelos se fundan en interpretaciones que pueden ser calificadas respectivamente como axiológica, instrumentalista y simbólica. Me propongo examinarlas sucesivamente.

## 1. MODELO AXIOLÓGICO

Una primera interpretación del fenómeno de disociación que evoqué anteriormente, consiste en abordarlo en términos de *valor*, y por lo tanto a partir de un modelo que calificaré como axiológico.

A simple vista, sin embargo, este modelo es el que más rebelde parece a la justificación de una separación eventual entre validez formal y efectividad de la ley penal.

En efecto, de acuerdo con esta perspectiva, la ley penal se concibe generalmente como tendiendo "a la protección del orden social"<sup>9</sup> y al sancionamiento de los atentados contra los "bienes jurídicos esenciales" tales como la seguridad del Estado, el orden y la seguridad pública, las libertades fundamentales, la fe pública,

<sup>7</sup> R. VOUIIN, "Le ministère public dans l'exercice de sa 'magistrature particulière' en matière répressive", en *J.T.*, 1953, pág. 83.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans riqueur*, Paris, 1969, pág. 101.

<sup>9</sup> P. E. TROUSSE, *op. cit.*, pág. 66.

## ¿LAS LEYES PENALES ESTÁN HECHAS PARA SER APLICADAS?

el orden familiar, la moralidad pública, la vida, la integridad física, el honor y la consideración de las personas, la propiedad y la lealtad en las relaciones jurídicas<sup>10</sup>.

Además, la aplicación efectiva de la pena al autor de la infracción es, al menos según la teoría clásica del derecho penal, considerada en sí misma como la condición de realización de un valor esencial de justicia retributiva, fundada en una exigencia de equivalencia al menos simbólica entre la falta y el castigo. Como lo sugiere KANT, por ejemplo, "La pena jurídica... debe ser infligida (al criminal) por la sola razón de que ha cometido un crimen"<sup>11</sup>.

De ahí que si adoptamos esta concepción, parece resultar lógicamente que toda inaplicación de la ley penal constituye a la vez un atentado contra los valores de los cuales ella es un instrumento esencial de protección y una injusticia fundamental, en el sentido de que ella deja impune una falta. Se podría agregar, según una interpretación más reciente, que la inaplicación de la ley penal, cuando ella no es más que parcial, atenta contra una exigencia de igualdad de tratamiento, que ocupa un lugar igualmente importante dentro de un sistema jurídico como el nuestro.

Sin embargo, estas consideraciones no constituyen un obstáculo para la justificación de un cierto grado de inefectividad de la ley penal, la cual puede fundarse, no sobre los valores que acabo de evocar, sino sobre otros valores corrientes, tales como el de la libertad, la seguridad o la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad, valores estos que, sin ser inherentes a la idea misma de represión penal, ocupan, o en todo caso están llamados a ocupar, una posición central dentro de los sistemas penales tal como fueron concebidos a principios del siglo XIX.

En este punto podemos citar el concepto de culpabilidad, el cual, por la exigencia conjunta de sus tres elementos constitutivos: material, moral y legal, implica una primera forma de limitación a la aplicación de las sanciones penales.

Por otra parte, en relación con el procedimiento penal, podemos citar las múltiples restricciones a aquello que los norteamericanos llaman el "due-process of law" y que recubre ampliamente la noción europea de proceso equitativo: limitaciones relativas a la competencia de los órganos encargados de perseguir las infracciones y de imponer las penas, limitaciones que se derivan de la prescripción de las infracciones, de la autoridad de la cosa juzgada, de las reglas relativas a la carga de la prueba (en particular la presunción de inocencia) y a los modos de prueba admisibles, del carácter contradictorio del procedimiento, al respeto del derecho de la defensa.

Dentro de cada uno de estos elementos encontramos numerosas ilustraciones de lo que CARBONNIER llamó "fenómenos de autolimitación"<sup>12</sup>, que son, incontestablemente, la fuente de un cierto grado de inefectividad de las leyes penales.

Ahora bien, la justificación de esta forma de inefectividad está por lo general fundada en un valor de libertad conforme al cual la sociedad acepta sacrificar en

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>11</sup> E. KANT, *Métaphysique des moeurs*, primera parte, *Doctrine du droit*, trad. de A. Philonenko, Paris, 1971, pág. 214.

<sup>12</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 23.

parte la protección del orden público e, incluso, eventualmente una concepción estricta de la justicia retributiva. Como lo ha dicho acertadamente HERBERT PACKER, "límites definidos han sido impuestos al poder del Estado sobre el individuo, como consecuencia de ello, la efectividad absoluta del control social se encuentra sacrificada en interés de la protección de una sociedad razonablemente libre"<sup>13</sup>.

La parte de inefectividad y el espacio de no aplicación de las leyes penales [*non-enforcement*] que puede ser justificada a la luz de una interpretación axiológica, corresponde a la diferencia que JOSEPH GOLDSTEIN ha propuesto entre los conceptos de *total enforcement* y de *full enforcement*<sup>14</sup>.

Si, en función de las limitaciones que he mencionado, la idea de una aplicación generalizada [*total enforcement*] de las leyes penales se encuentra excluida, la idea de una plena aplicación de estas leyes [*full enforcement*] aun podría ser concebida: el espacio de plena aplicación de las leyes será, a simple vista, aquel en el cual las diferentes instancias del sistema represivo están no solo autorizadas sino también obligadas a dar plena aplicación a las leyes penales.

Sin embargo, como lo veremos, las fronteras de la inefectividad justificada no terminan en este punto.

## 2. MODELO INSTRUMENTALISTA

Al modelo axiológico que acabamos de evocar se puede oponer, al menos parcialmente, un modelo de tipo instrumentalista.

Esta oposición ha sido claramente resaltada por KANT, en el pasaje ya aludido, cuando afirma que "la pena jurídica no puede ser jamás considerada simplemente como un medio para realizar otro bien, sea para el criminal o sea para la sociedad civil ... (puesto que) el hombre no puede ser jamás tratado como un medio para los fines de otro". La consecuencia implacable que KANT deduce de esto es la de que "incluso si la sociedad civil debiera disolverse con el consentimiento de todos sus miembros ... el último homicida debería previamente ser ejecutado, con el fin de que cada uno ponga a prueba el valor de sus actos"<sup>15</sup>.

El modelo instrumentalista que el filósofo de Königsberg ataca como falso, aparece de esta manera en toda su especificidad: la aplicación de la sanción penal no es ya considerada como un bien en sí mismo, en el sentido de que ella aseguraría la justicia retributiva de la infracción, sino que se considera, en este caso, como el instrumento de realización de un bien que le es, de alguna manera, exterior,

<sup>13</sup> H. L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968, pág. 249.

<sup>14</sup> J. GOLDSTEIN, "Police discretion not to invoke the criminal process", en B. ATKINS y M. PROGREBIN (ed.), *The invisible justice system. Discretion and the law*, s.1., 1978, pág. 67. "La total aplicación, cuando es posible, se encuentra también precluida por las restricciones del debido proceso (...) estas restricciones de aplicaciones generales y específicas, marcan las fronteras, generalmente ambiguas de un área de total aplicación en la cual la policía no solo está autorizada sino que tiene el deber de hacer cumplir totalmente la ley penal". (N. del T.: del original en inglés).

<sup>15</sup> E. KANT, *op. cit.*, págs. 214-215.

esto es, la prevención general o individual de las infracciones. La definición misma de estas infracciones, es decir la incriminación penal se supone dominada por una interpretación utilitarista: solo los comportamientos realmente perjudiciales para la sociedad son susceptibles de poder ser erigidos en infracciones.

Esta concepción instrumentalista de la sanción penal conduce a apreciar sus méritos en términos de *eficacia*, es decir, de aptitud de este instrumento para realmente alcanzar el fin que le ha sido asignado. Su dimensión utilitarista nos lleva a reconocer sus méritos en términos de "costo-beneficio", o sea, por medio de la toma en consideración respectivamente de las ventajas que se desprenden de su aplicación y del costo financiero, social y humano correspondiente.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que se pueden desprender de un modelo como este, desde el punto de vista de la justificación eventual de la ineffectividad de las leyes penales?

A simple vista, este modelo, como el precedente, es más propicio para la condena que para la justificación de este fenómeno.

En efecto, si nos remitimos a los principales representantes del movimiento de descriminalización<sup>16</sup> tal como se ha desarrollado en los Estados Unidos, especialmente entre los años 1960 y 1970, resulta que este movimiento se funda en argumentos principalmente utilitaristas por el hecho de condenar la ineffectividad considerable de un gran número de leyes penales y recomendar, por vía de consecuencia, su derogación.

Esta crítica se ha centrado principalmente en el fenómeno de "sobrecriminalización" o de inflación penal en la medida en que se han invadido las esferas de moralidad privada y las relaciones socioeconómicas. En estas dos materias muy particularmente, en efecto, estos autores han considerado que la intervención del derecho penal era, según la expresión de MORRIS y HAWKINS, a la vez costosa, ineficaz y criminógena<sup>17</sup>.

Costosa, en razón del número de infracciones cotidianas cometidas en esas dos materias, y del efecto administrativo, policivo y judicial que sería, en principio, necesario para su represión.

Ineficaz, porque la mayoría de las infracciones son *victimless crimes*, es decir, infracciones sin víctimas directamente identificables, o cometidas con el consentimiento de sus eventuales víctimas (como las infracciones sexuales consentidas entre adultos), lo cual vuelve, a la vez, difícil su detección y poco eficaz su represión; además otras infracciones son, con mayor razón, consideradas como el producto de deficiencias mentales o psicológicas (como la "ivresse publique" por ejemplo)

<sup>16</sup> Citaremos especialmente F. A. ALLEN, *The borderland of criminal justice. Essays in law and criminology*, Chicago, London, 1964; H. L. PACKER, *op. cit.*; S. H. KADISH, "The crisis of overcriminalization", en *The annuals of the american academy*, 1967, págs. 157-170; J. H. SKOLNICK, *Coercion to virtue: The enforcement of morals*, en *S. Cal. L. Rev.*, vol. 41, 1968, págs. 588 y ss.; E. M. SCHUR, *Crimes without victims*, Englewood Cliffs, 1965; N. MORRIS y G. HAWKINS, *The honest politician's guide to crime control*, Chicago, 1970.

<sup>17</sup> N. MORRIS y G. HAWKINS, *op. cit.*, pág. 2.

o de una situación socioeconómica desfavorable (como la vagancia), circunstancias de las cuales el autor de la infracción no es, en principio, sino muy parcialmente responsable. La represión de tales infracciones no podría entonces tener sino una poca efectividad en términos de prevención, tanto general como individual.

Finalmente, la intervención del derecho penal es criminógena en cuanto que las dificultades a las que se enfrenta la detección incitan a las autoridades a cometer, ellas mismas, infracciones para llegar a sus fines (provocación a cometer infracciones, por ejemplo en materia de droga o de prostitución, o invasiones ilegales de la vida privada, en ciertas infracciones sexuales). Criminógena también, en cuanto que la estigmatización resultante de la represión penal tiene por efecto desocializar muchos individuos y suscitar una criminalidad "secundaria" o derivada, que sin duda no habrían conocido jamás si esas infracciones iniciales no hubiesen sido reprimidas.

Sin embargo, si bien estos diferentes datos permiten explicar cuáles leyes penales permanecen con un alto grado de inaplicación, ellos no significan una justificación. En efecto, la idea aparece claramente en los representantes de este tipo de análisis: el fenómeno de ineffectividad es fundamentalmente patológico, y la adopción de una ley penal no tiene razón de ser sino en función de su aplicabilidad efectiva y con un costo aceptable. Además, estos autores se apegan con frecuencia a la cuestión del efecto de contagio que podría tener la ineffectividad de estas leyes específicas: la tolerancia que manifestarían las autoridades en relación con estas puede conducir a debilitar, tarde o temprano, la efectividad del sistema penal en su conjunto. En otros términos, este tipo de análisis conduce a considerar que la eficacia de las leyes penales, concebida como su aptitud para prevenir las infracciones, es algo inseparable de su efectividad. Esto conduce igualmente a considerar que la efectividad de las leyes penales no se puede separar de su validez formal, y este es claramente el sentido que hay que dar a las conclusiones que se desprenden; esto es, que las leyes penales inaplicables o aplicables con costos excesivos deben ser radicalmente derogadas, con lo cual se produce la descriminalización de las conductas correspondientes.

Sin embargo, este tipo de conclusiones no es el único al cual puede conducir una interpretación en términos utilitaristas o instrumentalistas.

En efecto, a partir del momento en el que la aplicación de la ley penal se analiza en términos de eficacia y ya no en términos de retribución, es perfectamente lógico que la preocupación de eficacia no necesariamente dirija la aplicación plena o la plena efectividad de las leyes.

Por otra parte, creo que podemos decir que si los autores que hemos mencionado no han llegado a esta conclusión, es sin duda porque, siendo generalmente reticentes a admitirla abiertamente, se han inspirado en consideraciones axiológicas, tales como la preocupación por la protección de la vida privada o la exclusión de modos de aplicación de leyes que implican un carácter discriminatorio o contrarian las exigencias inherentes a un proceso equitativo [*due-process values*].

Me parece que una visión más puramente instrumentalista de la ley penal conduce, por el contrario, a justificar un muy alto grado de ineffectividad.

A la idea de que, al menos dentro de ciertos límites, la ley penal debería ser aplicada indiferentemente a todas las infracciones y a todos los delincuentes, en la medida de su culpabilidad, se substituye lógicamente, en efecto, la idea de que la ley penal está hecha para ser aplicada con soltura y discernimiento, teniendo en cuenta a la vez la diversidad de infracciones, de circunstancias concretas en las cuales han sido cometidas, y de la personalidad muy variable de sus autores, es decir, esencialmente de su diferente grado de peligrosidad social.

A un modelo general e indiferenciado de aplicación de las leyes penales se substituye, entonces, un modelo individualizado y selectivo que permite aquello que FOUCAULT llamó "una gestión diferencial de los ilegalismos"<sup>18</sup>.

Me parece que esta diferenciación se apoya en la pareja de modelos extremos de aplicación de leyes penales, que yo calificaría, recurriendo a dos metáforas, de "militar" y de "lúdica".

El modelo "militar"<sup>19</sup> parte de la idea de que el delincuente es un "enemigo" que hay que neutralizar e, incluso, eventualmente eliminar<sup>20</sup>. Sin embargo, mientras que en la tradición proveniente de ROUSSEAU, se tiende a considerar *a priori* a todo delincuente como un enemigo público<sup>21</sup> y a asignar a las fuerzas del orden la tarea de "atacar al enemigo en todos los frentes a la vez"<sup>22</sup>, una política criminal utilitarista exige no ser disperso y escoger como blanco solo a los "individuos peligrosos"<sup>23</sup>.

Desde este punto de vista, como bien lo ha sugerido THURMAN ARNOLD, conviene considerar la ley penal, no como una norma que debe ser aplicada porque ella gobierna la sociedad, sino como un arsenal de armas con el cual será posible encarcelar a ciertos individuos peligrosos que amenazan a la sociedad<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, pág. 277.

<sup>19</sup> Algunos lo calificarían como "dogmático"; cf. especialmente M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, Urbana, 1964, págs. 46-47.

<sup>20</sup> Cf. especialmente J.R. GUSFIELD, *Symbolic crusade. Status politics and the american temperance movement*, Urbana-Chicago-London, 1963, pág. 69. El delincuente que Gusfield califica de "enemigo" es aquel que contesta la legitimidad de la norma incriminadora y que no manifiesta ninguna forma de arrepentimiento. Es interesante observar cómo un representante del ministerio público, como el abogado general L. de Wilde, cita expresamente la ausencia de arrepentimiento del delincuente entre las circunstancias que justifican, según él, la iniciación de la persecución penal (L. DE WILDE, "Het sepotbeleid", en *Panopticon*, 1982, pág. 516).

<sup>21</sup> Cf. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, París, 1963, pág. 79: "todo malhechor que ataque el derecho social, se convierte por sus fechorías en rebelde y traidor de la patria, deja de ser su miembro cuando viola sus leyes, e incluso le hace la guerra...; y cuando se mata al culpable se le hace menos como ciudadano que como enemigo" (el subrayado es nuestro).

<sup>22</sup> Th. W. ARNOLD, "Law enforcement, and attempt at social dissection", en *Yale Law Journal*, vol. XLII, 1932, N° 1, pág. 9.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 8. En este sentido el señor abogado general Jardín, escribía recientemente que "el ministerio público debe ser sensible al estado peligroso resultante de tal o cual forma de delincuencia, esta percepción de la peligrosidad debe intervenir en la elección de la respuesta penal" ("La politique criminelle du ministère public", en *Liber amicorum Frédéric Dumon*, t. 1, Anvers, s. d., pág. 454).

<sup>24</sup> Th. W. ARNOLD, *op. cit.*

De aquí resulta, según este mismo autor, que "el hecho de que existan más leyes de las que pueden ser aplicadas no es una desventaja, sino una ayuda para el órgano aplicador de la ley, puesto que ello le proporciona una gran cantidad de armas ofensivas contra cualquier individuo". Y agrega: "En último término, las leyes desuetas pueden ser puestas nuevamente en vigor y utilizadas para fines jamás imaginados por sus autores, para luego volver a caer en la obscuridad cuando el interesado haya sido puesto tras las rejas"<sup>25</sup>. Esto es lo que se ha llamado la "Estrategia Al Capone", en recuerdo del célebre "gangster" neutralizado por medio de la aplicación de una ley fiscal, en vista de la imposibilidad para recoger pruebas suficientes relacionadas con sus ventas ilícitas de alcohol.

Como puede observarse en esta perspectiva, la validez formal de la ley penal está claramente dissociada de su plena efectividad. Solo se busca una aplicación selectiva de la ley penal, en nombre de un principio superior de eficacia.

Sin embargo, este mismo principio de eficacia exige que se pueda, al mismo tiempo, recurrir a otro modelo de aplicación de la ley penal que yo llamaría "lúdico".

A la imagen de una guerra emprendida contra enemigos a los que se pretende eliminar socialmente, puede oponerse la imagen de un juego que se lleva a cabo entre contrincantes a los cuales se pretende vencer, pero manteniendo la inclusión al grupo al que pertenecen<sup>26</sup>.

A diferencia del anterior, este modelo señala un lugar importante a la negociación, al compromiso, a la rehabilitación, incluso al perdón puro y simple. No se excluye tampoco la posibilidad de una cooperación entre el autor de la infracción y las autoridades represivas, llegando de esta manera a una verdadera "utilización" de la delincuencia por el sistema penal, como lo ha revelado FOUCAULT<sup>27</sup>.

Para seguir en un registro lúdico, podemos pensar en el juego de la "cadena", acorde con el cual toda persona atrapada por el conductor del juego debe ayudar a este a atrapar a los otros participantes.

No es difícil apreciar cómo múltiples instituciones jurídicas han acondicionado progresivamente sus posibilidades de compromiso y de aplicación diferenciada o selectiva de las leyes penales: los mecanismos de abandono de la persecución penal (y el principio de la oportunidad de la persecución que le sirve de justificación) de la libertad condicional, del *sursis a statuer*, de la suspensión de la imposición, de la gracia, de la advertencia, de la transacción, incluso del *plea bargaining*, tal como funciona en los Estados Unidos, son, a mi juicio, algunas maneras de las cuales el sistema penal asegura institucionalmente su "autoneutralización" parcial, para tomar la expresión de JEAN CARBONNIER<sup>28</sup>, en el sentido de que él instituye y justifica en sí mismo la posibilidad de su no aplicación. Este fenómeno ha tomado incluso tal amplitud que un abogado general no dudaba en afirmar recientemente

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Cf. M. EDELMAN, *op. cit.*, pág. 47; J.R. GUSFIELD, *op. cit.*, pág. 68. El delincuente que promueve este tipo de tratamiento es calificado de "deviant repentant".

<sup>27</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, págs. 277 y 285.

<sup>28</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 25. Sin embargo, el autor parece excluir de su análisis los fenómenos que acabamos de analizar (pág. 27).

que el principio de la oportunidad de la persecución en materia penal había pasado de una concepción negativa, en la que su abandono constituía la excepción, hacia una concepción positiva, según la cual su abandono se convierte en la regla y su aplicación pasa a ser la excepción que conviene justificar<sup>29</sup>.

### 3. MODELO DE INTERPRETACIÓN EN TÉRMINOS DE EFICACIA SIMBÓLICA

A los dos tipos de interpretación precedentes se puede agregar un tercer modelo que intenta, más allá de las dimensiones instrumentales, dar cuenta de las dimensiones simbólicas del fenómeno penal.

Uno de los autores contemporáneos, que sin duda se ha situado más claramente dentro de esta perspectiva, es ÉMILE DURKHEIM. Inscribiéndose en contra de la concepción utilitarista, DURKHEIM, no dudó en afirmar que "la pena... no sirve o sirve muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde estos dos puntos de vista su eficacia es dudosa y en todo caso mediocre. Su verdadera función, agrega, es la de mantener intacta la cohesión social manteniendo toda la vitalidad de la conciencia común... es el signo que certifica que los sentimientos colectivos, que la comunión de los espíritus en la misma fe permanece intacta, y de esta manera, repara el mal que el crimen ha hecho a la sociedad"<sup>30</sup>.

Esta afirmación del mencionado autor, deja entender que la ley penal no solo debe ser entendida en su significación "literal", que consistiría, según una interpretación instrumentalista, en prevenir la realización de una infracción. Ella debe ser entendida, principalmente, según él, de acuerdo con una significación segunda, que consistiría en su eficacia simbólica, que podría ser definida como su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizadoras o desvalorizadoras.

Sin embargo, en la medida en que DURKHEIM solo retiene entre sus representaciones aquellas que son susceptibles de valorizar el sentimiento común de pertenencia a un grupo, parece difícil encontrar en su obra el fundamento de una justificación de la inaplicación de las leyes penales. Por el contrario, parece que toda forma de ineffectividad es, desde su punto de vista, de una naturaleza tal que sirve para debilitar la conciencia común y por lo tanto aparece, en esta perspectiva, como un factor de disfunción social.

Numerosos autores, por el contrario, han intentado continuar este tipo de reflexión, pero partiendo esta vez, de lo que pudiéramos llamar una concepción pluralista de nuestras sociedades en oposición, tanto a una concepción "consensualista" de tipo durkheimiano, como a una concepción "conflictualista" de tipo marxista.

<sup>29</sup> L. DE WILDE, *op. cit.*, pág. 51.

<sup>30</sup> E. DURKHEIM, *La division du travail social*, Paris, 1967, pág. 76.

A este respecto, me apoyaré ampliamente en una parte de un estudio que he consagrado recientemente a este tema<sup>31</sup>.

El modelo pluralista, al cual me refiero, intenta sobrepasar la simplificación excesiva que parecen implicar los modelos "consensualista" y "conflictualista" cuando se trata de dar cuenta del funcionamiento actual de nuestra sociedad. Lejos de llegar a negar la existencia de zonas de conflicto o de consenso, este modelo se esfuerza en dar cuenta de la diversidad de estas situaciones en una sociedad caracterizada a la vez por el orden y el desorden, el consenso y el disenso<sup>32</sup>. Desde luego esta situación no entraña una diversidad generalizada de opiniones y de actitudes<sup>33</sup>. Ella supone especialmente un funcionamiento en dos niveles<sup>34</sup>: implica un acuerdo sobre ciertos valores centrales<sup>35</sup> y ciertas "reglas de juego"<sup>36</sup>. Compromisos sobre ciertas normas, y una pluralidad de actitudes a veces más conflictivas en relación con las otras normas, en relación con los sistemas de legitimación; ella puede igualmente traer, al mismo tiempo, una relativa conformidad "pública" y un pluralismo "privado"<sup>37</sup>. Sin excluir la posibilidad de conflictos violentos o la ocasional intervención autoritaria del Estado, este modelo reserva un lugar importante a los procedimientos de negociación entre los diferentes grupos sociales y a las soluciones de compromiso<sup>38</sup>. Esto supone asimismo que las contradicciones sociales no se manifiestan estrictamente en función de intereses socioeconómicos y

<sup>31</sup> M. VAN DE KERCHOVE, "Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste", en *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Revue de l'Université Libre de Bruxelles, 1984, págs. 123-171, particularmente págs. 159-169.

<sup>32</sup> Cf. especialmente J. D. DOUGLAS, *American social order. Social rules in a pluralistic society*, New York-London, 1971, págs. 246-247.

<sup>33</sup> Cf. P. RICOEUR, "Science et idéologie", en *Revue Philosophique de Louvain*, t. 72, 1974, pág. 334: "peut-etre aucune société radicalement pluraliste, radicalement permissive, n'estelle possible. Il y a quelque part de l'intolérable".

<sup>34</sup> Cf. J. REMY, L. VOYE y E. SERVAIS, *Produire ou reproduire?* t. 1, Bruxelles, 1978, pág. 108.

<sup>35</sup> *Ibidem*; J. D. DOUGLAS, *op. cit.*, pág. 289.

<sup>36</sup> Cf. J. L. SEURIN, "Pour une analyse conflictuelle du rapport majorité opposition en démocratie pluraliste", en *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, pág. 122. "La característica de las democracias pluralistas existentes es el respeto de unas ciertas reglas de juego. Esto implica siempre un total acuerdo de los adversarios sobre el funcionamiento de las instituciones"; cf. igualmente A. VACHET, "La démocratie bloquée: les ambiguïtés du pluralisme politique", en *Le pluralisme*, Montreal, 1974, pág. 193: "En el interior de un consenso de un sistema de valores y de creencias, los conflictos entre los grupos son formalizados por la sumisión a las reglas del juego que permiten minimizar los desacuerdos espontáneos por medio de soluciones de compromiso que no deben ser nunca demasiado ofensivas para ninguno de los participantes". Una buena ilustración de esta sumisión necesaria a las "reglas de juego" nos la da el art. 21 de la ley del 16 de julio de 1973 que garantiza la protección de tendencias ideológicas y filosóficas. En efecto, la ley da protección solo cuando los utilizadores y las tendencias ideológicas y filosóficas aceptan los principios y las reglas de la democracia. (Cfr. Ch. DAUBIE, *Le pacte culturel: de sa genèse à son application*, en *Res Publica*, t. XVII, 1975, pág. 181).

<sup>37</sup> Cf. Ch. DAVIS, "The Philosophical foundations of pluralism", en *Le pluralisme*, Montreal, 1974, pág. 243.

<sup>38</sup> Cf. especialmente W.A. KELSO, *American democratic theory. Pluralism and its critics*, Westport-London, 1978, pág. 13; J. L. SEURIN, *op. cit.*, pág. 117; J. REMY, L. VOYE y E. SERVAIS, *op. cit.*, pág. 108; Th. J. LOWI, *The end of liberalism. The second republic of the United States*, 2 ed., New York-London, 1979, pág. 35; J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 178.

## ¿LAS LEYES PENALES ESTÁN HECHAS PARA SER APLICADAS?

según una pertenencia a las clases<sup>39</sup>, sino también y en gran medida, en función de criterios culturales y étnicos y de acuerdo con una pertenencia lingüística, étnica, religiosa, regional o "estatutaria" particular<sup>40</sup>. Finalmente, este modelo supone, a diferencia de un modelo conflictualista que prevé la existencia de una verdadera "polarización" de los grupos en conflicto en dos bloques, partiendo de una "superposición" de las pertenencias y de las identificaciones de los individuos a los diferentes grupos y volviendo difícil los compromisos, la existencia de imbricaciones (*overlappings*) parciales a este nivel, capaces de reducir la extensión de los conflictos y favorecer los compromisos<sup>41</sup>.

La evolución de un país como Bélgica, por ejemplo, donde las líneas de separación étnico-religiosa, socio-económica, lingüístico-cultural y regional han contribuido sucesivamente a estructurar la vida social y política y continúan mezclándose en la actualidad, sin recubrirse mutuamente, parece encontrar en un modelo como este una representación relativamente adecuada.

Ahora bien, la existencia de este modelo pluralista ha permitido a numerosos autores, a la vez, explicar y justificar, en parte, ciertos fenómenos de ineffectividad de las leyes penales, al término de un análisis que pone el acento en las dimensiones simbólicas del funcionamiento del sistema penal. Incluso, si bien es cierto que este tipo de interpretación ha sido catalogado como algo perteneciente a la prehistoria por utilitaristas como HART<sup>42</sup>, parece imposible dejar de tenerlo en cuenta. Para convencerse de ello es conveniente, primero que todo, apreciar cómo en las zonas de consenso social, la eficacia material o instrumental de las leyes penales y su eficacia simbólica tienden por lo general a fortalecerse mutuamente.

Si tomamos el ejemplo de la represión penal de la criminalidad violenta en relación con las personas, parece que el efecto instrumental de la norma, que es el de asegurar, o al menos fortalecer la protección de la vida y de la integridad física de las víctimas potenciales, converge, la mayor parte del tiempo, con efectos simbólicos de consagración del valor fundamental de la vida y de la libertad individual, de fortalecimiento de los lazos sociales alrededor de estos valores, de "denuncia moral" de todo atentado contra ellos; y de "exclusión social" del individuo que atente contra ellos. El efecto preventivo de la norma, como su aplicación efectiva en caso de transgresión, se encuentran efectivamente confortados por estos diferentes efectos simbólicos<sup>43</sup> pero, recíprocamente, es verdad igualmente que la aplicación

efectiva de la norma penal, en caso de transgresión, tenderá a revivir sus efectos simbólicos.

Está suficientemente claro que esta convergencia de efectos encuentra su aplicación en el muy amplio consenso del cual parece gozar la norma penal en este caso.

En otros casos, sin embargo, parece que estos dos tipos de eficacia pueden entrar en conflicto<sup>44</sup> y, en último término, disociarse al menos parcialmente.

Así se explica aquel caso en el cual, a diferencia de la situación precedente, la incriminación de un comportamiento tal como el aborto en Bélgica, hoy en día, por ejemplo, sea objeto de un amplio desacuerdo; o que ciertos intereses, valores o formas de legitimación simbolizadas por esta incriminación, presenten un carácter conflictivo más o menos acentuado.

En este caso, no hay duda de que los efectos instrumentales y simbólicos de la norma se debilitan mutuamente. La denuncia moral en relación con los atentados contra la vida, que encierra la norma penal, puede ser, esta vez, percibida como un símbolo de valorización solamente de una parte de la población, depositaria de una ética o de una religión determinada. Ella puede ser percibida también como un símbolo de desvalorización, de desconfianza, o de sujeción de la población femenina en su conjunto y de su parte más desfavorecida socialmente, en particular. Convirtiéndose cada vez más en un símbolo de la división social, antes que de cohesión, la norma penal necesariamente se ve afectada en su eficacia instrumental, tanto en su capacidad para suscitar espontáneamente comportamientos conformes, como en su capacidad para reprimir las infracciones cometidas<sup>45</sup>.

Inversamente, toda forma de reactivación de su eficacia instrumental que se traduciría en un aumento de las sanciones o en un aumento de la severidad de las penas es, sin duda, capaz de producir ciertos efectos simbólicos, pero tiene el peligro de comprometer definitivamente otros efectos. Retomando la terminología de GOFFMAN, podemos decir que ella se convierte cada vez más en un símbolo de *status* y cada vez menos en un símbolo "colectivo"<sup>46</sup>. Sus efectos simbólicos de división pueden, en este caso, superar sus efectos de cohesión.

<sup>44</sup> Cf. especialmente W. G. CARSON, "Symbolic and instrumental dimensions of early factory legislation: a case study in the social origins of criminal law", en R. HOOD (ed.), *Crime, criminology and public policy. Essays in honor of Sir Leon Radzinowicz*, London, 1974, pág. 112: "No existe una coherencia necesaria entre la disposición de un grupo hacia el carácter simbólico de la norma y su postura en relación con el potencial instrumental de la misma" (pág. 136); "No existe ninguna razón *a priori* para suponer que las actitudes hacia las ramificaciones instrumentales y simbólicas de la legislación irán siempre en la misma dirección". (N. del T.: del original en inglés).

<sup>45</sup> Cf. F. DUMON, "De l'État du droit" en *J. T.*, 1979, pág. 476, al respecto se constata, deplorándolo al mismo tiempo, que cuando el poder judicial "cumple la función que la ley le impone, se sale a la calle, se manifiesta y se *paraliza su acción* con el apoyo activo de ciertos medios, incluso científicos".

<sup>46</sup> E. GOFFMAN, "Symbols of class status", en *The British Journal of Sociology*, vol. II, n. 4, 1951, pág. 294: "Los símbolos de rango, visiblemente dividen al mundo social en categorías de personas, así ayudan a mantener solidaridad en el interior de una categoría y hostilidad entre diferentes categorías. Los símbolos de rango deben diferenciarse de los símbolos colectivos, los cuales sirven para negar la diferencia entre categorías de tal manera que muchas de ellas pueden ser unidas en una sola comunidad moral". (N. del T.: del original en inglés).

<sup>39</sup> Cf. especialmente R. A. DAHL, "Le pluralisme revisité", en *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, págs. 67-68; J. R. GUSFIELD, "On legislating morals: the symbolic process of designating deviance", en *California Law Review*, N° 56, 1968, pág. 61; R. DAHRENDORF, *Class and class conflict in industrial society*, Stanford, 1959, pág. 202.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Cf. especialmente J. D. DOUGLAS, *op. cit.*, pág. 301; M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit., pág. 175; J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 107, que hablan, en el mismo sentido, de "solidaridades parciales".

<sup>42</sup> H. L. HART, *Law, liberty and morality*, Stanford, 1963, pág. 83.

<sup>43</sup> Cf. especialmente H. L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, ed. cit., pág. 44: "No es solo la amenaza de la sanción o su real imposición lo que contribuye al total efecto disuasivo, sino también todo el proceso criminal que se presenta como un paradigma del bien y del mal". (N. del T.: del original en inglés).

Este antagonismo permite comprender la multiplicidad de los compromisos que implica la práctica penal. Entre estos, algunos sirven para disociar, al menos parcialmente, los dos tipos de eficacia mencionados. En ocasiones, esta disociación se realizará por medio del fortalecimiento de la dimensión instrumental del problema abordado y del rechazo de su dimensión simbólica. Más precisamente, esta dimensión simbólica volverá a sus componentes menos conflictivos y, en último caso, será reducida a las significaciones simbólicas propias de la misma instrumentalidad: símbolo de objetividad, de imparcialidad, de humanismo y de unanimidad<sup>47</sup>. En ocasiones, por el contrario, esta disociación parcial se traducirá en la desaparición, o al menos en el debilitamiento, de la eficacia instrumental de la norma; de esta solo subsistirá la eficacia simbólica.

Ahora bien, me parece que esta segunda hipótesis se puede vincular con el fenómeno de ineffectividad de las leyes penales objeto de un amplio desacuerdo social. En este caso, la disociación entre los efectos instrumentales y simbólicos de la norma penal coincide con una disociación entre dos *actos* jurídicos diferentes: la *adopción* de la norma, de un lado, y su *aplicación*, del otro; o, si se prefiere, con una disociación entre la validez formal de la norma y su efectividad.

Producto de una aplicación malograda, costosa, imposible, la norma penal ve, en efecto, lo esencial de su razón de ser en la función simbólica lograda con su misma adopción y con el mantenimiento de su validez puramente formal.

En realidad, este fenómeno sobrepasa ampliamente las cuestiones penales. Esto ha sido especialmente aclarado por G. BOURDEAU, a propósito de lo político: “numerosas reglas son hoy expedidas por el poder sin disponer de los medios materiales para hacerlas efectivas ni de la autoridad necesaria para su aplicación”. Este autor concluye que, en numerosos casos, es menos exacto decir que “la política ha fracasado en sus intenciones”, que reconocer que “ella no pretendía llevarse a cabo”<sup>48</sup>. Esta dimensión “espectacular”, “ritual”, o “mágica” de la promulgación de la norma jurídica se manifestaría también, según MURRAY EDELMAN, en el hecho de que el grado de publicidad que rodea la adopción de las leyes es por lo general inversamente proporcional a su efectividad instrumental, y en particular a su impacto real sobre la asignación de recursos<sup>49</sup>.

Si podemos deducir la hipótesis general de que la adopción de numerosas reglas cumple por ella misma la función simbólica de “dar a creer”<sup>50</sup> y de producir la impresión de que las reivindicaciones o las necesidades sociales previstas por las

<sup>47</sup> Aparentemente, es a través de este poder simbólico de “despolitización” como la técnica y la ciencia funcionan actualmente con carácter de “ideologías”. Cf. J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, trad. J.R. Ladmiral, París, 1973, pág. 57; G. BOURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, París, 1979, pág. 194.

<sup>48</sup> G. BOURDEAU, *La politique au pays des merveilles*, ed. cit., pág. 50.

<sup>49</sup> M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit., pág. 26: “En la historia legislativa de estatutos reguladores particulares, las disposiciones menos significativas en relación con ciertas asignaciones de recursos, son las más divulgadas, y las más significativas son las menos divulgadas”. (N. del T.: del original en inglés).

<sup>50</sup> G. BOURDEAU, *op. cit.*, pág. 50.

reglas han sido satisfechas<sup>51</sup> independientemente de sus posibilidades reales de aplicación<sup>52</sup>, esta hipótesis puede ser fácilmente trasladada al campo del derecho penal.

Como lo ha señalado L. H. C. HULSMAN, “la criminalización puede ser utilizada por el legislador como solución *aparente*. Con frecuencia el legislador se encuentra presionado por la opinión pública o por ciertos grupos para actuar contra un fenómeno indeseable sin que este disponga de los medios eficaces para hacerlo o sin que esté dispuesto a pagar el precio de esta acción. En estas condiciones, el legislador puede criminalizar para calmar la opinión”<sup>53</sup>.

Sin embargo, este “*apaisement de l'opinion*” no parece depender necesariamente de una intervención sobre el plano instrumental. En numerosos casos parece que la opinión se contenta con ver cómo la norma, *con toda claridad*, cumple una función esencialmente, casi que exclusivamente simbólica, de condenación pública del comportamiento prohibido<sup>54</sup>.

En su bien conocida obra, consagrada al movimiento de templanza en los Estados Unidos, J. R. GUSFIELD muestra cómo la adopción de la legislación prohibicionista fue suficiente por sí sola para satisfacer a sus defensores, sin que ellos hubiesen sentido una gran premura por hacerla aplicar<sup>55</sup>.

Más cerca de nosotros, el informe proveniente de los doce miembros de la Comisión Nacional para los Problemas Éticos, relacionado con la reforma de la ley en materia de aborto, luego de constatar un abismo entre la ley actual y la práctica<sup>56</sup>, consideró que no obstante esta circunstancia no había aquí un argumento pertinente para su derogación. En efecto, el informe pone de manifiesto de manera significativa que, “en esta materia, la afirmación del derecho es más importante que la sanción. La sanción no tiene por objeto principal la represión. Ella contiene, ante todo, la afirmación del derecho”<sup>57</sup>. “*Ce faisant*”, los autores del informe parecen conscientes de que, más allá del “alcance *concreto*” que una ley como esta

<sup>51</sup> J. P. HENRY, “Vers la fin de l'État de droit?”, en *Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger*, t. XCIII, 1977, N. 6, pág. 1227.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 1224.

<sup>53</sup> H. L. C. HULSMAN, *Défense sociale et critères des décriminalisation*, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, París, 1975. En el mismo sentido, cfr. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1979, pág. 44. Cf. igualmente A. M. HEINZ, *Governmental responses to crime. Legislative responses to crime: the changing content of criminal law*, Washington, U.S. Department of Justice, 1982, pág. 11; “La promulgación puede... ser una afirmación simbólica del interés público acerca de un problema. Estos intentos son probablemente muy diferentes de aquellos que se relacionan con la respuesta que da solución a un problema y más bien representan un beneficio para los legisladores”. (N. del T.: del original en inglés).

<sup>54</sup> Cf., por ejemplo, L. DENNING, *Report of the royal commission on capital punishment*, pág. 53, citado por H. L. HART, *Law, liberty and morality*, ed. cit., pág. 65: “Es un error considerar el propósito sancionatorio como si fuese disuasivo, reformativo, o preventivo simplemente. La justificación última de toda sanción no es la disuasión sino la enfática denuncia de un crimen por parte de la comunidad”. (N. del T.: del original en inglés).

<sup>55</sup> J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., pág. 119.

<sup>56</sup> *Doc. parl. Senado*, 1976-1977, N. 954, pág. 281.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pág. 263.

pueda tener "por la vida de los ciudadanos y el futuro del país", ella posee también (y sobre todo, agregaría yo esta línea lógica) "un alcance simbólico profundo para toda la colectividad"<sup>58</sup>, en cuanto que ella implica "la opción oficial por una jerarquía de valores"<sup>59</sup>.

Ahora bien, como ha sido señalado por varios autores, el carácter pluralista de una sociedad es, incontestablemente, un factor capaz de suscitar este tipo de estrategia, denominada como "evasión organizada de las normas" [*patterned evasion of norms*]<sup>60</sup>.

Se ha dicho, en efecto, que una estrategia como esta podría tener un carácter funcional en el marco de una sociedad relativamente homogénea, en donde las numerosas normas penales solo reciben la adhesión de ciertos sectores de la población.

Si la afirmación pública de la norma, confortada eventualmente por ciertas sanciones esporádicas y "rituales", es suficiente para dar satisfacción a unos, la aceptación tácita de una amplia violación de esta es suficiente para satisfacer a otros, o al menos para no exacerbar su descontento<sup>61</sup>. Se trata, entonces, de una forma de compromiso entre la represión efectiva de los comportamientos prohibidos por una lado, los cuales ponen en peligro tanto la revelación y el crecimiento del tamaño de la oposición a la norma, como la existencia misma de este<sup>62</sup> y, por otra parte, la derogación pura y simple de la norma que sería percibida por sus adherentes como un desacato oficial a los valores con los cuales ellos se identifican<sup>63</sup>.

Esta situación, que finalmente conduce a lo que normalmente se conoce como "una descriminalización de hecho"<sup>64</sup>, no se encuentra, claro está, libre de inconvenientes. Más allá de los posibles reproches por irracionalidad, de hipocresía y de pérdida de la autoridad de las leyes en general, no es difícil apreciar cómo este fenómeno solo aporta una satisfacción provisional a cada uno de los grupos presentes. La eficacia simbólica de la norma no puede sobrevivir a largo plazo, a no ser que sea reactivada, al menos circunstancialmente, con su aplicación efectiva. Ahora bien, una aplicación circunstancial será tanto más difícil de ser aceptada por sus adversarios, cuanto que ella será portadora, en este caso, de una evidente

arbitrariedad. Tal parece ser el laberinto en el cual se encuentra actualmente la "descriminalización de hecho" del aborto en Bélgica<sup>65</sup>.

Me parece conveniente agregar, además, que en una dimensión menos radical y más difusa, "la inflación penal"<sup>66</sup> que caracteriza nuestra actual sociedad, proviene de esta estrategia y, a su vez, la mantiene en una especie de movimiento circular.

¿El recurso instintivo y casi automático del legislador a la sanción penal para respaldar cada una de sus intervenciones<sup>67</sup> no se explica por el hecho de que la mayor parte de los grupos favorables a esta intervención —bien sean progresistas o conservadores— depositan en la presencia de la sanción un valor simbólico sin par<sup>68</sup>, independientemente de su eficacia en un plano instrumental? En esta perspectiva, al legislar sin "criminalizar" se corre el riesgo de ser percibido como la manifestación simbólica de una falta de consideración por el comportamiento prohibido. Al "descriminalizar" se corre el riesgo, a *fortiori* de testimoniar una aprobación pública del comportamiento anteriormente prohibido<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Es importante señalar que la iniciativa parlamentaria original, que pretendía suspender temporalmente la aplicación de los artículos del Código Penal relacionados con el aborto (*Doc. parl.*, S.E., 1979, n. 38/1 y *Doc. parl.*, 1981-1982, n. 195/1), ocasionaban dificultades comparables pero inversas. En efecto, si bien esta solución satisfacía principalmente a los partidarios de la despenalización, a causa de la suspensión de toda eficacia instrumental de la ley, ella podía ocasionar igualmente el debilitamiento considerable de su eficacia simbólica.

<sup>66</sup> J. PINATEL, *La société criminogène*, Paris, 1971, pág. 242.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 243. Cf. igualmente F. A. ALLEN, *The borderland of criminal justice*, ed. cit., pág. 4: "No deberíamos asumir que esta gran expansión de la responsabilidad penal proviene de un orden racional. Todo lo contrario es casi cierto. Así, es más que una metáfora poética sugerir que el sistema de la justicia criminal pueda ser visto como un atareado Atlas sobre cuyos hombros hemos acumulado una abrumadora carga de responsabilidades relacionadas con la política pública en sus varios aspectos. Esto lo hemos hecho desconsideradamente, sin preguntarnos si la carga podía ser efectivamente soportada," ... (pág. 129). "Con frecuencia disposiciones penales han sido agregadas casi como ideas tardías [*afterthoughts*] a los estatutos" (N. del T.: del original en inglés). N. MORRIS y G. HAWKINS, *The honest politician's guide to criminal control*, ed. cit., pág. 27: "Nuestra actual ley criminal es el resultado de una serie de accidentes, de exageraciones, de emociones y de la cómoda costumbre política de agregar un castigo a toda proposición legislativa". (N. del T.: del original en inglés).

<sup>68</sup> Cf. especialmente CL. FAUGERON, *Postface*, en L. H. C. HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues, le système pénal en question*, Paris, 1982, pág. 80: "La escena penal puede, en ciertos casos parecer como privilegiada, en la medida en que ella es menos ordinaria y aparece como más apremiante que la escena civil. También es más escandalosa, y por lo tanto aporta más publicidad, golpea la opinión". Este principio se aplica no sólo a la criminalización de un comportamiento, sino también, a la severidad de las sanciones penales previstas. Cf., al respecto, J. ANDENAES, "General prevention-ilusion or reality?", en *J. Crim. L.C. and P.S.*, vol. 43, 1952, pág. 192: "El castigo es una expresión del rechazo social de un acto y el grado de este rechazo se encuentra expresado por la magnitud del castigo". (N. del T.: original en inglés). Cf. igualmente President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *Crimen and its impact. An assesment*, Washington, 1967, pág. 105: "The imposition of jail sentences may be the only way adequately to symbolize society's condemnation of behaviour in question".

<sup>69</sup> Esta significación simbólica, propia de la abrogación de una ley penal, ha sido aclarada por numerosos autores. Cf. especialmente R. CROSS, "Unmaking criminal laws", en *Melbourne University Law Review*, 1961-1962, vol. 3, pág. 416; L. H. C. HULSMAN, *Defense société et critères de décriminalisation*, ed. cit., pág. 26; P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, London-Oxford-New York, 1968, pág. 18; G. JHONSON y J. NEWMAYER, "Pleasure, punishment and moral indignation", en *Sociology and social research*, vol. 59, N. 2, 1975, pág. 92; M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics*, ed. cit.,

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 144.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> R. M. WILLIAMS, *American Society. A sociological interpretation*, 3 ed., New York, 1970, pág. 420.

<sup>61</sup> *Ibidem*, págs. 421 y 431. Cfr. igualmente CH. PERELMAN, "La réforme de l'enseignement du droit et «la nouvelle rhétorique»", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, 1975, pág. 116, en donde se resume esta estrategia en los siguientes términos: "a unos se satisface votando un texto severo, a los otros, acordando una especie de inmunidad contra las persecuciones legalmente previstas".

<sup>62</sup> J. R. GUSFIELD, *Symbolic crusade*, ed. cit., págs. 121-122; R. M. WILLIAMS, *op. cit.*, págs. 430-431.

<sup>63</sup> Cf. S. L. HILLS, *Demystifying social deviance*, New York, 1980, pág. 37: "Para explicar la persistencia de leyes ampliamente violadas y frecuentemente aplicables, es importante hacer énfasis en la función simbólica de estos estatutos penales en contraste con funciones más instrumentales de control social". (N. del T.: del original en inglés).

<sup>64</sup> Cf. *Rapport sur la decriminalisation*, Strasbourg, 1979, pág. 6.

Inversamente, sin embargo, esta inflación penal, que evidencia con mayor razón la diversidad creciente de los intereses protegidos que la extensión del consenso social, da cuenta de una aplicación cada vez más incómoda y correlativamente aumenta su función simbólica.

Parafraseando a un autor, podríamos concluir que la mayoría de las leyes penales inaplicadas —o poco aplicadas— sobreviven para satisfacer objeciones morales en relación con ciertos comportamientos establecidos. Ellas no son aplicadas porque cierta parte de la población persiste en mantener sus conductas y ellas no son abrogadas porque otras fracciones persisten en mantener sus valores morales<sup>70</sup>.

En conclusión, los tres modos de interpretación diferente antes mencionados permiten dar cuenta y justificar, parcialmente, tres fenómenos diferentes de ineffectividad de las leyes penales, que pueden ser denominados respectivamente como fenómenos de autolimitación, de autoneutralización y de evasión organizada; fenómenos que me parecen simultáneamente presentes dentro de un sistema penal como el nuestro, así su evolución histórica dé a cada uno de estos diferentes fenómenos un relieve diferente de acuerdo con cada época.

Me parece que el error estaría entonces en considerar que es indispensable una elección, desde el punto de vista teórico, entre estas diferentes interpretaciones, incluso aceptando que, según un punto de vista práctico o ético-político, podemos estar tentados a preferir una u otra. Toda forma de interpretación única, bien sea de tipo axiológico, instrumentalista o simbólico, estaría condenada a dejar inaplicados ciertos aspectos del fenómeno o a hacerlos aparecer como vacíos de todo sentido.

pág. 32; D. J. NEWMAN, *Introduction to criminal justice*, Filadelfia-Nueva York-Toronto, 1975, pág. 64; L. BERKOWITZ y N. WALKER, "Laws and moral judgements", en *Sociometry*, 1976, pág. 411; M. COHEN, "Moral aspects of the criminal law", en *Yale Law Journal*, vol. 49, 1940, pág. 1017; D. OAKS, *The popular myth of the victimless crime* en F. E. ZIMRING y R. S. FRASE, *The criminal justice system. Materials on the administration and reform of the criminal law*, Boston-Toronto, 1980, pág. 109. Cf. igualmente *Report of the committee on homosexual offences and prostitution*, London, 1957, págs. 23 y 24. El resultado de este proceso fue descrito en términos muy sugestivos por T. W. ARNOLD, *The symbols of government*, Nueva York-Burlingame, 2ª ed., 1962, pág. 159: "Parece que una característica constante de los códigos penales es la de ser palimpsestos, con una cosa escrita sobre otra y con pocas cosas derogadas..." (N. del T.: del original en inglés).

<sup>70</sup> Con relación a la cita auténtica, cf. Th. W. ARNOLD, *op. cit.*, pág. 160: "Muchas leyes no aplicadas sobreviven con el fin de satisfacer objeciones morales con relación a ciertos modos de conducta. Estas leyes son inaplicadas porque queremos mantener esta conducta y no son derogadas porque queremos preservar nuestra moral". (N. del T.: del original en inglés).

## Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable

Juan Oberto Sotomayor Acosta \*

### 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe prácticamente unanimidad doctrinal en el sentido de recurrir a la noción de peligrosidad a la hora de fundamentar las medidas aplicables a los sujetos declarados como inimputables<sup>1</sup>. A lo sumo, especialmente en países como Italia y España, se discute si se trata de una "peligrosidad presunta" o no; es decir, si la imposición de una medida al inimputable sucede de manera automática, pues en estos casos el legislador presume de *derecho* que se trata de sujetos "peligrosos" o si, por el contrario, es necesario establecer dicha peligrosidad en cada caso concreto<sup>2</sup>.

En el caso colombiano, por su parte, el tema del tratamiento jurídico-penal de la inimputabilidad ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal, especialmente en lo relativo a la indeterminación temporal de las medidas<sup>3</sup>, en la cual el criterio de la

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> Vid. al respecto. J. TERRADILLOS, "Tratamiento jurídico-penal de la enajenación", en AAVV: *Comentarios a la legislación penal*, t. v, vol. 1, Madrid, Edersa, 1985, págs. 124 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. J. TERRADILLOS, "Tratamiento jurídico-penal...", *cit.*, págs. 144 a 148.

<sup>3</sup> Cfr. J. GAVIRIA/P. GUERRERO, "El loco y la justicia", en *NFP*, N° 12, Bogotá, 1981, págs. 411 a 432; J. G. ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", en *NFP*, N° 13, Bogotá, 1982, págs. 549 a 565; N. AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpaibilidad*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 95 y ss.; 2ª ed., 1986, págs. 97 y ss.; el mismo, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 39 y ss.; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 320 a 329; 2ª ed., vol. II, 1989, págs. 93 a 105; C. MEJÍA ESCOBAR, "El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad", en *NFP*, N° 25, Bogotá,