

NÚMERO ESPECIAL: DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL

EDITOR INVITADO: JAVIER WILENMANN

ARTÍCULO DE RESEÑA: *CRIMINAL LAW IN THE AGE OF THE ADMINISTRATIVE STATE*

FERNANDO LONDOÑO*

Vincent CHIAO, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*
(Oxford University Press, 2019).

La monografía *Criminal Law in the Age of the Administrative State*¹ (*CLAAS*, en lo sucesivo) merece ser colocada en un trasfondo. Lo merece por su alto calibre y por su ambiciosa finalidad. Ese trasfondo es nada menos que la evolución del Estado Moderno (y de su Derecho). En palabras de un destacado autor anglosajón, Martin Loughlin,² aquella evolución se deja describir como un proyecto de progresiva secularización y desacralización del Estado, comenzando por la fuente misma del poder normativo-coercitivo y siguiendo con sus manifestaciones institucionales.

En la estela de ese proyecto –para nuestro campo– se ubica ciertamente la obra de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*,³ tan cara para quienes nos hemos formado bajo la tradición europeo-continental. Se trataba allí de distinguir el Derecho Penal de la moral (sentando las bases para la dimensión objetiva o cuanto menos inter-subjetiva de la *lesividad*), de distinguir la pena del sufrimiento expiatorio (sentando las bases para un programa de *garantías procesales y materiales*). En suma, de un intento (civilizador) de reducción de la violencia: del *resentment* y del *blame* (cap. 7, pp. 220 ss.), para usar los términos de Vincent Chiao. Creo que haría bien Vincent Chiao en releer aquella vetusta obra, no porque le sea de alguna utilidad hoy (pasados más de 250 años desde que apareciera), sino para que pueda reconocerse en un espíritu alentado por las mismas buenas intenciones.

Pues bien, *CLAAS* da un paso más (¿el definitivo?) en aquel *iter* desacralizador, y lo hace tomando por asalto uno de los últimos reductos “consagrados”. Pues, ¿tenemos alguna duda de que el derecho penal resiste todavía ese asalto? Quizás si la naturaleza de su objeto explica aquello: pues se trata al fin y al cabo de modificar drásticamente las trayectorias vitales de personas de carne y hueso. Todo el Derecho

* Universidad Diego Portales, Chile (fernando.londono@udp.cl).

1 CHIAO, (2019), (en lo sucesivo, *CLAAS*).

2 LOUGHLIN (2010).

3 BECCARIA (1764). Una versión contemporánea puede hallarse disponible en http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf

tiene esa potencia modificadora de vidas humanas, pero aquí se da con una radicalidad especial. Puede eso explicar quizás el “aura sacra” de la que aún está connotado nuestro sector.

Para que se advierta de inmediato el lugar desde el que en breve ofreceré mi crítica, necesito decir que empatizo con aquella secularización o desacralización y nada objetaré al respecto (hacerlo sería como querer volver atrás las agujas del reloj). No me encuentra en cambio preparado para darle la bienvenida si es que por tal desacralización se entiende ya una completa “des-espiritualización” o “des-culturización”, una suerte de radical objetivización tecnocrática, que amenace con barrer aquello que hay de Derecho en el Derecho Penal.⁴ Si el Derecho Penal (o cualquier forma de Derecho) se reduce a mera “gestión”, a sola redistribución de costos y beneficios, no puedo ya reconocerme en él. Quiero decir: deja de parecerme interesante (y aun plausible). Pero no es este el propósito del Prof. Chiao, ciertamente; pues de otro modo no podría reconocer entre sus deudas intelectuales los esfuerzos de H.L.A. Hart en su fundamental *Punishment and Responsibility*. En las lúcidas palabras del propio Vincent Chiao, aquella obra de Hart buscaba:

mostrar cómo la filosofía del derecho penal podía evitar un retribucionismo moralista sin caer en una concepción opresivamente tecnocrática del delito y la pena (*Introduction*, p. xiii).

El profesor Chiao está entonces consciente de los riesgos que se alojan en los extremos.

Pero volvamos al libro.

I. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO PÚBLICO (EN EL SENTIDO DE DERECHO ADMINISTRATIVO)

Una tesis central del libro es que el derecho penal debe comprenderse como *derecho público* (tesis declaradamente deudora de la contribución de Malcolm Thorburn, pero no solo). Tal concepto requiere una explicación, por de pronto para evitar la acusación de trivialidad: ‘¿Pues qué otra cosa puede ser el derecho penal si no derecho público?’, diría un penalista cualquiera formado en un entorno europeo-continental. El propio título del libro sugiere la respuesta: el derecho penal es derecho público como lo es el moderno “derecho administrativo” bajo un modelo de Estado de *welfare* (pp. 4-6 especialmente). Es decir, una prestación social de competencia del Estado y su aparato, con miras a un mejoramiento colectivo. Los capítulos 1 a 3 del *CLAAS* se dedican a la justificación de esta lectura, argumentando desde un trasfondo político-filosófico definido.

4 Pues ¿no se halla precisamente en esta sensibilidad espiritual-cultural la base del progreso del derecho en cuanto derecho? ¿No se halla precisamente allí su resorte civilizador? Me parece que no es otra la tesis (en torno al aporte de la idea de *culpabilidad*) del clásico IHERING von, Rudolph, *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano*, BdF, 2013, *passim* (original alemán *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, Leipzig, 1879).

A mi juicio *el locus* operativo de esta propuesta *ius-publicista* no es directamente el *derecho penal*, sino la *política criminal*. Para que esta afirmación pueda avalarse es preciso dar algo de contexto.

El Derecho Penal es pues derecho público (*public law*). ¿Pero qué otra cosa podría ser? Y es que la contribución del Prof. Chiao debe entenderse en su contexto, “muy dentro” del debate político-filosófico anglosajón. Así, en línea con el constitucionalismo liberal de Malcolm Thorburn, *CLAAS* rechaza el legalismo *ius-privatista* y moralista de un Antony Duff o un John Gardner (que ven el *ius puniendi* cual *disciplina doméstica*, como si la sociedad-Estado fuese una gran familia). Pero sobre esto volveré en breve.

Ahora me interesa hacer ver –de nuevo con Loughlin⁵– que la voz *public law* es ambigua y soporta al menos dos sentidos: (1) como el derecho al que está sujeto el gobernante; es decir, como límite, cual “derecho fundamental” (*ius publicum, droite politique, allgemeines Staatsrecht*); en este primer sentido en oposición al derecho que emana del gobernante; denominando al segundo *ordinary law* [derecho ordinario] y al primero *public law* (en sentido amplio o fuerte) o *fundamental law* [ley fundamental]; pero también (2) como derecho que regula las *relaciones verticales* entre el Estado y los ciudadanos; es decir, como *public law* en sentido más limitado, simplemente en oposición al derecho que regula las *relaciones horizontales* entre los particulares (*private law* o derecho privado); bajo esta segunda noción de derecho público se ubica comúnmente el “derecho administrativo”, y con ella el derecho del *welfarismo*.

Pues bien, creo que los penalistas (cuanto menos aquellos educados en un entorno prevalentemente jurídico) solemos asociar el *derecho penal* con el primer sentido: es decir, como *límite* al *ius puniendi*. La novedad del *CLAAS* está pues en ubicarlo bajo el segundo sentido: como derecho público en sentido administrativo-vertical y no como derecho limitador. Para un penalista formado en la tradición europeo-continental, este segundo campo es expresivo ya no del *derecho penal estricto sensu* (la *magna carta* del imputado-condenado, en términos *lisztianos*), sino de la *política criminal*; es allí en efecto donde el Estado encuentra un amplio cauce para prevenir delitos, asegurar intereses y víctimas y ofrecer en definitiva esta “prestación social” que es –bajo la perspectiva *welfarista* del *CLAAS*– el sistema penal.⁶

El asunto es en todo caso más complejo, como el propio Laughlin hace ver: pues el derecho limitador o controlador del poder es, a su vez, en cuanto institucio-

5 LOUGHLIN (2010), pp. 1 ss.

6 En palabras del *CLAAS*: “Este libro defiende una visión del derecho penal así como de la importancia de las instituciones públicas de manera más general. A pesar de *DeShaney*, vivimos ahora en la época del estado administrativo. Hemos creado instituciones públicas que gozan de extensos mandatos para concebir, promulgar y hacer valer reglas respecto de increíbles espacios de la vida individual y social. El derecho público regula los estándares de seguridad de productos respecto de las cunas en las que ponemos a nuestros recién nacidos, y especifica las regulaciones de salud y zonificación que gobiernan la forma en que enterramos a nuestros muertos. Las instituciones y las reglas jurídicas sustantivas que promulgan se orientan al bienestar público” (p. 4). Cfr., de interés, *DeShaney*, 489 U.S. 189(1989)] y *Osman v. UK* (28.10.1998).

nalizador del poder, creador de nuevo poder. Lo que *controla justifica* y lo que *justifica empodera*.⁷ De modo que la controladora razonabilidad del Derecho Penal vendría a justificar el poder de la política criminal, que sin derecho penal sería vista como intolerable facticidad. Aquí por cierto se abre una puerta para que ingresen los criminólogos críticos, con Alessandro Baratta et al. Pero cerremos esa puerta, gentilmente.

Más importante, y volviendo a Loughlin, aparece allí la idea (confesadamente no exenta de peligros) de que no existe tal cosa como una libertad pre-existente: pues en el *Orden* del Estado, en sus comandos y prohibiciones, se colocan condiciones para la libertad, que de otro modo no tendría lugar.⁸ Se comprende así el viejo adagio prusiano (anticipo de la Era del *Administrative State*) [Estado Administrativo]: “la libertad depende mucho más de la administración que de la constitución”⁹⁻¹⁰

7 LOUGHLIN (2010), pp. 11-12.

8 LOUGHLIN (2010), p. 12.

9 LOUGHLIN (2010), p. 435, con cita tomada de KRIEGER, Leonard, *The German Idea of Freedom*, University of Chicago Press, 1957, p. 217, a su vez tomándola Krieger de NIEBUHR, Barthold Georg, 1815.

10 Cabe preguntarse si no se halla aquí -en la comprensión de la noción de *libertad* (y consecuentemente de *pueblo* y *Estado*)- el punto divisorio de las aguas, y si acaso no pesan factores idiosincrásicos en dicha comprensión. Me permito un par de consideraciones. Siempre en LOUGHLIN (2010), p.11, se reconoce que todo proyecto político tiende a la conciliación (sin poder jamás lograrlo del todo) de dos distintas disposiciones humanas: el deseo de ser *autónomos* y el deseo de *pertenecer*, entendido como un *participar en un proyecto común*: *freedom* [libertad] y *belonging* [pertenencia]. El pasaje es, creo, del mayor interés: “Concebido de manera estricta, la ciencia del derecho político es simplemente inalcanzable: el mundo está abarrotado de diseños normativos que han colapsado sobre las piedras de las realidades políticas modernas. Pero incluso como diseños normativos siguen siendo poco convincentes, y esto se debe en gran medida a su incapacidad para reconciliar dos disposiciones humanas contrarias pero igualmente poderosas: el deseo de ser autónomo y el deseo de ser participante en una aventura común. Ya que esta es la situación, el propósito de una teoría positiva del derecho público solo puede ser el de desarrollar el aparato más efectivo que podamos que reconozca el poder de estas pretensiones en competencia”. LOUGHLIN (2010), p.11. ¿Libertad pues como autonomía o como pertenencia? Considérese por otra parte la visión de ORTEGA Y GASSET, en su *Hegel y la filosofía de la historia* (en *Ideas y Creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 221-243; original de 1931, bajo el mismo nombre): tras ofrecer diversas nociones de la idea de *pueblo*, Ortega ofrece un contrapunto entre la noción de *pueblo* y *libertad* en el *idealismo* de cuño germánico -con tendencia a la disolución de lo *particular* en el *todo-orgánico*- en oposición a la idea de pueblo y libertad de “inspiración inglesa”, con tendencia a la friccionada oposición del *individuo* frente al *colectivo-inorgánico* (cfr. op. cit., p. 236). No está demás ofrecer el pasaje textual: “...no se olvide que en Hegel la libertad no significa lo que suele para nosotros. Para nosotros es la capacidad de negar lo otro que yo, es ‘libertarse de’, y sólo esto, sólo este movimiento de evasión y de fuga que es, a la vez, un venir cada cual a sí y quedarse aparte de lo demás. Para los alemanes, un poco asiáticos siempre, panteístas, libertad es un negarse a sí mismo, un limitarse a sí mismo o autodeterminarse. Ahora bien, yo no puedo limitarme a mí mismo si no es aceptando algo distinto de mí que me limite -por tanto, aceptando en mí a lo demás, a los demás, llenándome con lo otro, con los otros, integrándome, desindividualizándome, generalizándome- en suma, fundiéndome con lo que queda fuera de mí, con los prójimos de mi pueblo y formando con ellos la unidad colectiva de una nación. Para Hegel solo al través de un pueblo determinado puede el individuo ser libre o mejor aun, solo el pueblo como unidad espiritual indivisa y en bloque es libre. // La inspiración inglesa es antagónica de esta. Para ella la libertad es el estatuto del ser en la pluralidad. Un ser único, solitario no ha lugar a ejercitar su libertad. Decir que el solitario es libre significa una superchería y una superfetación. ¡Claro, si no hay más que él,

Trayendo aquello a nuestro campo, la hipótesis sería que las criminalizaciones y las ejecuciones de pena serían condición para la posibilidad de libertad de los ciudadanos. Esta perspectiva hace perfecto juego -creo- con la posición de *CLAAS*, ahí donde se entiende el castigo “como un medio para promover la cooperación” (*CLAAS*, p. viii). Concretamente:

El castigo promueve el desarrollo de actitudes de reciprocidad y disposición a interactuar con otros sobre la base de términos compartidos de cooperación social (*CLAAS*, p. viii).

Sobre esto se volverá enseguida, pero dejemos ahora que el propio autor dé cuenta del sentido instrumental que atribuye al derecho penal en tanto derecho público:

¿Cuál es el lugar del derecho penal en esta imagen del derecho público y las instituciones públicas? El derecho penal es un medio para un fin, y ese fin es: ayudar a lograr el gobierno de instituciones públicas estables y justas. El principio básico de las instituciones públicas, a su vez, es extender la igual protección jurídica a todos; esto es, promover el bien común en términos apropiados entre iguales sociales y políticos. En este sentido, el derecho penal descansa sobre el mismo principio de titularidad [*entitlement*] universal que anima al derecho público más ampliamente (*CLAAS*, p. 5).

Conviene cerrar este apartado dejándole nuevamente la palabra al autor, allí donde reconoce sus deudas intelectuales en lo que toca a su aproximación *ius-publicista*:

cómo no va a ser libre! El atributo de libertad no añade entonces nada. Libre es el que viviendo entre muchos, en obligatoria compañía, tiene no obstante derecho a su soledad, a ser aparte, frente a los demás. Por eso para el inglés la sociedad, el pueblo es una mera suma de individuos, un complejo [...] de átomos. // Esta idea desesperaba a Hegel. La simple agregación de personas -dice- es frecuentemente llamada pueblo; pero como tal agregación no es más que *vulgus*, no *populus*, y, en este sentido, el exclusivo fin del Estado consiste en evitar que un agregado tal, un mero agregado de individuos llegue a existir, actúe y ejerza poder. El Estado, pues, representa para Hegel la unidad del pueblo frente a su dispersión, en meros individuos. El aislamiento en que estos aparecen es una ilusión óptica. El individuo vive ‘de’ y ‘en’ su pueblo, porque solo este, el pueblo, consiste en una interpretación que el espíritu universal se da a sí mismo. La historia no es la historia de los individuos, sino de las unidades populares [...] [Para Hegel] los individuos son simples materiales para la obra del espíritu, que acontece en una dimensión superior a toda vida privada”. (op. cit., pp. 238-239). Cabe en fin preguntarse si acaso la discrepancia es tan radical como entre “alemanes” e “ingleses”, en los términos expuestos por Ortega. ¿No hay acaso un margen para reconocer que sin la otredad el individuo no logra propiamente constituirse, sin que por ello pueda decirse que se disuelve en aquella otredad? Como sea, retomando ambos enfoques (Loughlin y Ortega), resulta que hay un *ser autónomos* (*libres* a la inglesa, en la lectura orteguiana) o un *pertenecer* (*libres* a la alemana). En lo demás, cfr. *CLAAS*, pp. 1-14, haciendo ver cómo una determinada concepción radicalmente liberal se oponía en la Inglaterra de comienzos del siglo XIX al establecimiento de un sistema de policía y persecución pública de delitos, pues “los beneficios de proteger a las personas de la victimización delictual de manera más sistemática eran de menos peso que los costos para la libertad de un sistema de vigilancia y persecución públicas” (*CLAAS*, p. 14, en base a un reporte de la época, citado por Mark KOYAMA, “The Law & Economics of Private Prosecutions in Industrial Revolution England,” *Public Choice* 159 (2014): 277- 98 at 286, n.28, quien en todo caso agrega que “dado el nivel de corrupción y clientelismo en las instituciones inglesas de la época, ‘estos miedos no era irracionales ni necesariamente motivados por ideología’”).

El enfoque de derecho público que defiendo en este libro no es *sui generis*. La ambición y, de muchas maneras, las conclusiones que defiendo en este libro fluyen de *The Culture of Control* de David Garland y, especialmente de *Not Just Deserts* de John Braithwaite y Philip Pettit. Como Garland, enfatizo las conexiones entre la justicia penal y el estado de bienestar, tanto en términos de cómo el derecho penal fue entendido alguna vez como parte una panoplia más amplia de servicios provistos por el Estado, programas de seguro social, y políticas orientadas al bienestar, y en términos de su interpretación como una institución retribucionista, moralista, y condenatoria a medida que el Estado de bienestar ha sido desmantelado. Como Braithwaite y Pettit, mi ambición es desarrollar un completo enfoque hacia el derecho penal, uno que sea sensible a sus inevitables sacrificios [*tradeoffs*] e incertidumbres, a la vez que, sin embargo, protege derechos básicos. Y, como Braithwaite y Pettit, mi marco de referencia preferido toma prestado de ideas republicanas, particularmente en la forma en que han sido desarrolladas por Pettit en su filosofía política posterior. Otras importantes teorías políticas de la pena incluyen las teorías contractualistas y rawlsianas desarrolladas por Matt Matravers y Sharon Dolovich, respectivamente; la explicación historicista del derecho penal y el orden civil de Lindsay Farmer; el constitucionalismo kantiano de Malcolm Thorburn (del cual ha sido tomada la etiqueta “derecho penal como derecho público”); y, de manera más fundamental, los esfuerzos de H.L.A. Hart en *Punishment and Responsibility* por mostrar cómo la filosofía del derecho penal podía evitar un retribucionismo moralista sin caer en una concepción opresivamente tecnocrática del delito y la pena (*CLAAS*, p. xii).

II. FUNDAMENTOS Y ORIENTACIÓN POLÍTICA DEL MODELO *CLAAS*

Con esto se ha dicho ya bastante, pero antes de pasar a las consecuencias del modelo en *CLAAS* (corolarios en los que se concentran los últimos cuatro capítulos del libro, 4 a 7), necesario es dar cuenta del sentido y contenido de este programa administrativizador del Derecho Penal:

Por lo que se refiere a la función del castigo penal [o de la sanción administrativa, que ya no hay diferencias, se entiende], se capta de inmediato una inspiración consecuencialista o anti-retribucionista. Al modo de la *teoría de juego*, el profesor Chiao ve en el castigo una contribución para la cooperación social, ofreciendo *razones para actuar*; es decir, estabilizando las razones de quienes están dispuestos a cooperar: “el castigo hace que la cooperación no sea solo razonable, sino también racional” (*CLAAS*, p. vii). Supongo que los juristas europeo-continetales asociarán esta descripción con un cierto funcionalismo bien conocido entre nosotros, de corte preventivo general positivo.¹¹

11 Me refiero por cierto a la perspectiva defendida por Günther JAKOBS.

Pero si aquí late un funcionalismo -y es así- relevante es preguntarse por su sentido o destino. Concretamente: ¿funcionalismo aséptico (puro favorecimiento de un sistema cualquiera) o funcionalismo políticamente orientado? ¿Favorecimiento de cualquier forma de cooperación (como en teoría de juegos, precisamente) o favorecimiento de una forma de cooperación -digamos- *benigna*? Aunque un nervio *positivista* recorre el libro, nadie se resiste a alguna forma de *perfeccionismo*, tampoco el profesor Chiao (el hombre es un ser que sueña mundos mejores, y así debe ser: si acaso esos mundos mejores los busca en un arcano pasado, los halla en su naturaleza-interior o en la otredad, es cuestión que aquí no puede ocuparnos). Decía pues que la propuesta de derecho penal del autor es una propuesta para un mundo encantador, en el que yo quisiera vivir, ahora mismo (si acaso eso fuese posible). Así, la cooperación social que el castigo favorece solo hace sentido bajo lo que el autor denomina un “ideal igualitarista de anti-reverencia [*anti-deference*]-un ideal de una sociedad de pares en la cual [siguiendo la evocadora frase de Philip Pettit] cada persona puede mirar a toda otra persona a los ojos sin miedo ni reverencia” (*CLAAS*, p. ix). Un mundo en el que podamos mirarnos a los ojos sin miedo ni sumisión. Cooperación para vivir como “un par entre pares” (“*a peer among peers*”: *CLAAS*, p. ix).

El profesor Chiao aclara en todo caso que si bien favorece un modelo igualitario y democrático (así, *CLAAS*, p. ix), no quiere con ello decir “igualizador” (*equalizing*). Su *drive* pues coincide con una forma de libertad (*freedom*) que define como “acceso efectivo a capacidades centrales”, siendo una capacidad o aptitud central justamente aquella que permite vivir como “un par entre pares” (siempre *CLAAS*, p. ix). Si el Derecho Penal (el castigo que supone) no sirve para acercarnos a este mundo, de nada sirve, en los términos del profesor Chiao.

Por oposición, se capta pues que el autor dedica buena parte de la obra a combatir una forma de *retribucionismo*, que el Prof. Chiao identifica con un “legalismo individualista y moralista”. En parte, combate así la batalla de Malcolm Thorburn contra Antony Duff y John Gardner: quienes -como se ha dicho- ven en el sistema penal poco más que un modelo a escala de los sistemas morales-privados de administración de conflictos y enfrentamiento de malas conductas.

Conviene cerrar este apartado dejando hablar al propio autor:

En breve, en este libro defiendo la afirmación de que deberíamos mirar más allá de nociones individualistas de responsabilidad y merecimiento para guiar el diseño de las instituciones y leyes penales. En cambio, propongo tomar prestado de una concepción de igualdad democrática. Mirar al derecho penal de esta forma sugiere que ‘por que te lo mereces’ no es un fundamento necesario ni suficiente para que una institución pública, incluyendo una involucrada con la administración del derecho penal, te niegue acceso a los derechos y prerrogativas básicas de la pertenencia a la ciudadanía. Interpreto esos derechos y prerrogativas básicas de manera expansiva, incluyendo no solo los derechos igual participación política sino también el acceso a un rango de capacidades [*capabilities*] necesarias en una sociedad dada para llevar una vida como un par entre pares (*CLAAS*, p. xii).

III. COROLARIOS DEL MODELO *CLAAS*

Hasta ahí los fundamentos de la obra. Pero *CLAAS* no se queda solo en ello, sin pasar a las consecuencias operativas (capítulos 4 a 7). Aquí debo ir más rápido. Las consecuencias de semejante lectura consecuencialista, igualitaria y administrativizante del Derecho Penal caen por su propio peso:

Un primer corolario coincide con una crítica del estado actual del encarcelamiento (**cap. 4**): es decir intolerablemente “masivo”, antes que nada en un país como Estados Unidos, que aporta el 20% de la población carcelaria del mundo. Aquí el autor acusa la esterilidad del retribucionismo, que no puede hacer más que llorar o lamentarse, sin poder ofrecer crítica constructiva alguna.

La crítica al encarcelamiento masivo puede compartirse -¡cómo no!- mas no aquella dirigida al retribucionismo. Al retribucionista no le está impedido un juicio y aun una propuesta de mejoramiento del mundo (en el marco de las políticas públicas, por de pronto), solo que no aspira a hacer del castigo (en su fase de concreta o personal adjudicación) un espacio para el mejoramiento del mundo. Pues, ¿de qué *peers* (*peers*) estaríamos hablando -en lo más profundo- si el castigo de unos se impusiera mirando directamente al mejoramiento del entorno? Esa operación consecuencialista le está vedada al retribucionismo, en coherencia, pero es la única: el retribucionista no es ciego a las consecuencias y nada le impide hacerse cargo de ellas *ex ante*, en el plano legislativo, ni *ex post*, con políticas públicas de diversa matriz. Lo que no puede hacer, se insiste, es introducir esta variable como criterio de valoración para el juicio del caso concreto.

En esta refutación late el alma de una de mis principales críticas a *CLAAS*: advierto una cierta confusión de planos: pues hay sujetos y objetos diferenciados en la aplicación del Derecho Penal. Lo digo así: no me espanta tanto una política pública abiertamente orientada al mejoramiento del entorno (del mundo social), como me espanta la idea de un juez-adjudicador (penal, quiero decir) que se conciba a sí mismo como orientado al mejoramiento del entorno, como actor de política pública. No simpatizo con la judicatura activista.¹² Pues, ¿desde qué horizonte de acción ofrecer tal política? ¿Con cargo a qué objeto? ¿Puede acaso ser otro que el que se tiene entre manos? Y el asunto entre manos es siempre personal e incommensurable (a la vez que limitado para hacer desde allí política pública).

Mis observaciones en lo demás –en defensa de cierto anti-consecuencialismo retribucionista– se ubican en el horizonte de un Robert Spaemann o un Germain Grisez: muéstrenme a un ponderador de *inputs* que pueda ofrecer un cálculo plausible de *outputs* en el mundo real (aquel constituido por realidades *no extensivas*) y yo me declararé su servidor. Más a la mano es pues, mirando a un hecho pasado, más o menos definible, decidir sobre su cobertura o no bajo un marco lingüístico-legal (si se trata de un adjudicador) o bien, ahora mirando a un fenómeno o conjunto de casos (si se trata de política) procurar ofrecer razones (con base a intuiciones morales,

12 Cf. LONDOÑO (2014).

convicciones culturales, etc.) para declarar que tal o cual conducta ha de omitirse o realizarse, que es deseable o indeseable, etc., para luego valorar los medios más plausibles para alcanzar tal proscripción o promoción (que no necesariamente han de ser medios penales, por cierto).

Una segunda consecuencia del modelo *CLAAS* (**cap. 5**) se ubica en el plano de la fundamentación de la criminalización, donde la noción de infracción [*wrongdoing*] pierde todo papel. Mejor es aquí dejar hablar al profesor Chiao:

(3) Desde un punto de vista público, el contenido del Derecho Penal debería ser determinado por un estándar de justificación plenamente político.

(4) Como uno de tales estándares, la anti-reverencia sugiere que las únicas razones que harían permisible criminalizar X son aquellas que tiendan a mostrar que criminalizar X es el mejor medio disponible para promover acceso universal y efectivo a capacidades centrales en términos aceptables para iguales sociales y políticos.

(5) Posiblemente existen ulteriores restricciones deontológicas a la criminalización, pero la incorrección [*wrongfulness*] no es una de ellas (*CLAAS*, pp. 180-181).

Esta aproximación se conecta directamente con la visión administrativizadora del derecho penal en *CLAAS*. Conforme expone el propio autor:

El derecho penal ya no es [...] primariamente un asunto de vindicar públicamente derechos negativos pre-políticos [...] [sino que se ha] vuelto más estatista y más redistributivista que nunca antes. Debería también volverse más igualitarista de lo que es [...] Para que esto ocurra, debemos ir más allá de nuestra preocupación con lo que las personas merecen por sus variadas transgresiones. Deberíamos estar más preocupados de lo que estamos por determinar cuándo una intervención de derecho penal es más probable, de entre el rango de intervenciones posibles, que promueva los derechos e intereses básicos de todos; del mismo modo, deberíamos estar más preocupados de lo que estamos por asegurar que el derecho penal en sí no socave este ideal mismo de igualdad social (*CLAAS*, p. 33-34).

Una clarificación ulterior sería aquí necesaria (en torno a la idea misma de *wrongdoing* en *CLAAS*),¹³ pero anticipo mis principales objeciones:

Un derecho penal que prescindiera del *wrongdoing* como marcador o identificador (como aspiración tentada, cuanto menos, no digo como logro) pierde conexión (*touch*) con el ciudadano común. Por otra parte, una noción semejante (no deontológica) parece altamente manipulable. ¿No se corre acaso el riesgo de transformar esta dimensión normativa en una arbitraria herramienta al servicio de una política pública? Una herramienta sin pivote, sin ancla: tan fluida y expansiva como las finalidades

13 Cabe por de pronto preguntarse si en tal concepto la conexión con la moral es ineludible, necesaria.

de la acción política. Creo que el Prof. Chiao está consciente del riesgo que corre (hacer del Derecho Penal una elitaria técnica de ingeniería social, “para el pueblo pero sin el pueblo”, al modo del despotismo ilustrado), y debe estarlo sí, como ya se ha dicho, entre sus deudas intelectuales reconoce los esfuerzos de H.L.A. Hart en su fundamental *Punishment and Responsibility*.¹⁴

Un tercer corolario del modelo *CLAAS* opera en la identificación de la noción misma de “lo penal” o “criminal” (**cap. 6**), para efectos de la procedencia de las respectivas garantías procesales (donde la intención “castigadora” del Estado carece de relevancia). El *CLAAS* postula aquí la necesidad de transitar desde un formalismo (teleológico o subjetivista, como el afirmado por la Corte Suprema de Estados Unidos) y un pragmatismo (objetivista), que atienda a la efectiva cualidad limitadora de la sanción: en buena hora. No tengo objeciones al respecto. Me limitaría simplemente a sugerir la revisión de la abundante jurisprudencia europea sobre la materia, desde *Engel y otros contra Holanda* (08.06.76) en adelante, que precisamente apunta a evitar el fraude de etiquetas, con un examen en base a tres variables: donde solo la primera coincide con la formalista estadounidense y creo que en lo demás se acerca a la pragmática postulada por el profesor Chiao.

Un cuarto y último corolario del modelo *CLAAS* atañe al sistema de responsabilidad (**cap. 7**), sin resentimiento [*resentment*], sin atribución de responsabilidad [*blaming*], muy objetivo o neutral, pragmático en cierto sentido. Ese es el derecho penal que quiere el profesor Chiao. Es consecuente con la administrativización postulada, por cierto. Está por lo demás en la línea de la reducción civilizatoria de la violencia. Se conecta directamente con los fundamentos de la prohibición (cap. 5) y en ese contexto hay observaciones críticas que pueden reiterarse, antes que nada aquella que hace ver el riesgo de pérdida de conexión con el ciudadano común. Más radicalmente, puede ponerse en duda que se trate propiamente de un progreso civilizatorio, cuanto menos allí donde se corra el riesgo de barrer con la noción de *culpabilidad*.¹⁵

IV. CIERRE

CLAAS es optimista y cree que el sistema penal puede ayudar a mejorar el mundo. Celebro su optimismo. Otros son pesimistas, en cambio, y su pesimismo (retributivo muchas veces) permite por momentos acusarlos de insensibilidad individualista. Pesimistas como son, el mundo les duele poco. Se han anestesiado.

Otros tienen una mezcla de ambos (de pesimismo y de optimismo) y una extraña fe, ineludible: la idea de que un mundo *justo y seguro* (no uso las dos variables por casualidad) es también un mundo más *eficiente*. Y por eso siguen empeñados en captar el sentido del *injusto* y en retribuirlo sobria y pudorosamente, *en legalidad* (ojalá sin mucho *resentment*, con el menor *blaming* posible). Todo lo demás, todas las externalidades que de allí se sigan, serán *mejores* si el *input* (el caso concreto) ha sido

14 Cfr. *CLAAS* (2019), p. xiii.

15 Cfr. *supra* nota 4 en relación con IHERING, *El elemento de la culpabilidad*.

justo e igualitariamente tratado y *peores* si no lo ha sido. El cálculo y la programación ingenieril del “presente para el futuro” es algo que me desborda y que prefiero dejar en mejores manos. No las nuestras por de pronto. Y ciertamente no las de los jueces.

Y todo esto porque como dice el venerable Hart: “porque somos hombres, no dioses”.¹⁶

16 HART, H.L.A. (2012), a propósito de las insalvables limitaciones de toda actividad reguladora.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BECCARIA, Cesare (1764): *De los delitos y de las penas*. Una versión contemporánea puede hallarse disponible en http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf.
- CHIAO, Vincent (2019): *Criminal Law in the Age of the Administrative State* (Oxford University Press).
- HART, H.L.A. (2012): *The Concept of Law* (Oxford University Press, 3ª ed.).
- LOUGHLIN, Martin (2010): *Foundations of Public Law* (Oxford University Press).
- LONDOÑO, Fernando (2014): “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, Vol. 27, N° 2, pp. 147-167.
- KRIEGER, Leonard (1957): *The German Idea of Freedom*, University of Chicago Press, p. 217.
- KOYAMA, Mark (2014): “The Law & Economics of Private Prosecutions in Industrial Revolution England”, *Public Choice*, Vol. 159, pp. 277-298.
- ORTEGA Y GASSET, José (2019): *Hegel y la filosofía de la historia* (Alianza).
- VON IHERING, Rudolph (2013): *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano* (B de F).