

## CAPÍTULO I.

### DOMINACIÓN VS. REGULACIÓN: LA JUSTICIA PENAL COMO SISTEMA

#### § 1. La justicia penal: definición

El sintagma “justicia penal” debe entenderse a la vez de manera extensiva y limitativa. La noción de justicia es equívoca, ya que, como le gustaba recordar a Casamayor, esta es utilizada tanto para designar una virtud como para denominar a una administración. La equivocidad se extiende aún más cuando nos referimos a la justicia penal como administración. En efecto, existe una arena de prácticas que consisten en *hacer* justicia y que, en la división funcional y democrática de poderes, se atribuyen al poder judicial. Si desde un punto de vista jurídico e incluso constitucional, la justicia penal es considerada como un sector particular (junto con la justicia civil, laboral, administrativa, comercial ...) del conjunto de actividades del *poder judicial*, un punto de vista sociológico no se conforma con dicha limitación al estudiar el objeto “justicia penal”. Antes de proponer una definición, se procederá a analizar la *extensión* y la *delimitación* del concepto de “justicia penal”.

#### A) Extensión

En su informe introductorio a las Jornadas Jurídicas Jean Dabin sobre *La Justicia Penal y Europa*, Françoise Tulkens (1996) señala la importancia de reflexionar conjuntamente en la creación de la ley, su implementación y las transgresiones de las que esta puede ser objeto. Esta propuesta fue anteriormente expuesta por Sutherland (1999). Si nos adherimos a ella, la noción de justicia penal traduce un conjunto complejo de procesos en el que las interacciones recíprocas vinculan diferentes actores, individuales y colectivos. Françoise Tulkens añade que el sintagma justicia penal “también nos remite a una exigencia ética fundamental que nos parece importante recordar: hacer justicia” (Tulkens, 1996, p. 3). Esta acotación nos permite subrayar que cabe instaurar una tensión entre dispositivo y valor. Más adelante veremos el destino que debe darse a esta exigencia.

#### B) Delimitación

La justicia penal puede entenderse como una *arena* de *prácticas* (actividades y interacciones) que de ninguna manera coinciden con las categorías jurídicas que en principio reúne la idea de justicia. La arena (noción tomada de Nobles y Schiff, 2001) es una metáfora que no tiene una

connotación teórica. La palabra arena provisionalmente evita algunas trampas conceptuales que contienen las palabras sistema o campo: esta palabra constituye un espacio cerrado donde operan prácticas más o menos ritualizadas (o armonizadas) y contiene la idea de que una lucha se lleva a cabo en ella. La arena se encuentra abierta a su entorno (entramos en ella, pero no salimos fácilmente) y la actividad, aunque sea preparada en secreto, se desarrolla delante de un público (eventualmente cubierta por los medios de comunicación). La falta de coincidencia de la arena en cuestión con las categorías jurídicas se debe al menos a dos motivos. Para empezar, el poder judicial, compuesto por los magistrados de las cortes y tribunales, es un espacio demasiado restringido para la discusión sociológica, en la medida en que otras agencias –públicas y privadas, individuales y colectivas– contribuyen a la aplicación de la ley penal (el autor de la infracción, la víctima, la policía, el Ministerio Público, la administración penitenciaria, los servicios de apoyo judicial, las instituciones terapéuticas para toxicómanos, la ayuda post-penitenciaria, los lugares de prestación de la pena de trabajo, los medios de comunicación, las empresas privadas proveedoras de bienes y servicios enfocados en la prevención y represión de la delincuencia). No analizaremos todas estas agencias que componen lo que Jacques Faget (1992) juiciosamente denominó el “rizoma penal”. Sin embargo, frecuentemente se hará alusión a la estructura que forma las bases de este rizoma: la acción judicial de la policía (registro e investigación), las decisiones de las autoridades judiciales (calificación y juzgamiento) y los dispositivos de ejecución de penas. Asimismo, la aplicación de la ley no se encuentra aislada de su creación. Por lo tanto, teniendo en cuenta la división estructural del Estado democrático, los tres poderes constitucionales son convocados para la definición procesal de la justicia penal: por un lado, el “legislador” será tomado en cuenta en el objeto de análisis; por otro lado, el poder ejecutivo es llamado, por más de una razón, al encuentro de la noción de justicia penal. De forma progresiva, este es el autor de leyes penales, el organizador de su aplicación judicial y el administrador de las decisiones tomadas por las cortes y tribunales.

Clásicamente, la norma penal aparece en primer lugar. En efecto, ¿cómo negar que el orden lógico de presentación de las actividades de la justicia penal sea la creación, después la transgresión, y finalmente la aplicación de la ley? Este orden –que la lógica jurídica nos enseña– está garantizado por las palabras que explican las tres “etapas” aparentes de la acción. Este orden no necesariamente se impone cuando examinamos –*socio-lógicamente*– las prácticas cotidianas de la arena de la justicia penal. La confrontación entre el derecho (y su racionalidad) y la sociología de las

actividades jurídicas será una de las problemáticas torales de este libro. En varias ocasiones, se observará que las prácticas son testigo de un *giro* (o de otro acomodamiento del *orden jurídico* de la justicia penal), de una “circularidad de jerarquías” (Teubner, 1993) o incluso de “jerarquías intrinsecas” (van de Kerchove et Ost, 1988). Los llamados actores “de la aplicación de la ley penal” frecuentemente también son los emprendedores de su creación y de su reforma, el derecho aparece más como el gobernado por las prácticas penales que como su gobernador.

### C) Definición

Dos definiciones clásicas de la justicia penal pueden tomarse de Nicola Lacey (1994, pp. 2 y ss.). La primera consiste en considerar que la justicia penal concierne todo lo que “hace justicia”, que persigue relaciones sociales justas, mediante el castigo de aquellos que obtuvieron una ventaja injusta transgrediendo la ley, y que por este hecho produjeron un desequilibrio moral que debe resarcirse. Esta definición se asocia a las teorías retributivistas y expresivas de la pena (para estas, la función de la justicia penal es hacer pagar por el crimen o, recordar públicamente qué límites sociales no deben ser traspasados). Esta manera de concebir una teoría general de la justicia penal la distingue de la justicia social en el sentido amplio, y tiende a no tener en cuenta las desigualdades y las injusticias sociales. La segunda definición clásica considera que la justicia penal persigue un bien comparable a aquel de la educación o de la economía. Asociada a las teorías utilitaristas de la pena, la justicia penal sería un aparato destinado a asegurar las consecuencias benéficas de las acciones racionales –bajo el presupuesto de que buscamos la alegría y huimos del dolor– y a debilitar las acciones “maléficas” para producir efectos benéficos.

Estas son dos lecturas teóricas, que pueden calificarse de idealistas, no soportan el estudio de las prácticas de la justicia penal, las cuales son más caóticas, menos *teledirigidas* (orientadas por valores identificables) y más desiguales que la imagen que se les da por parte de estas dos teorizaciones clásicas. Para acercarse más a la realidad, Nicola Lacey (1994, p. 28), siguiendo a David Garland (1990), propone una definición menos idealista, en la cual me inspiro tornándola más compleja: *la justicia penal designa un conjunto de prácticas administradas y asignadas a la reacción social formal frente a las situaciones jurídicamente definidas como infracciones; esta reacción, cualquiera que sea su resultado final, está orientada por el dispositivo de condena a una pena impuesta a aquel que es definido como el autor de la situación calificada de infracción; las prácticas en cuestión son organizadas alrededor de un centro “público”, estas están vinculadas pero*