

REQUISITOS MÍNIMOS DEL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEY PENAL

Dr. ALESSANDRO BARATTA*

INTRODUCCIÓN

La tarea que me he propuesto en las páginas siguientes es una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal, idea guía de una política de la ley penal a corto y mediano plazo. La adopción de esta idea es la respuesta a la cuestión relativa a los requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal.

El concepto de derechos humanos cumple en este caso una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal. Entre ambas funciones un concepto histórico-social de los derechos humanos vinculado al concepto de necesidades reales fundamentales ofrece el instrumento más adecuado para una política de máxima contención de la violencia punitiva, que constituye actualmente el objeto principal y prioritario de una política alternativa del control social.

La orientación de tal política alternativa del control social puede derivarse de los resultados que hasta hoy se han alcanzado en el ámbito de la criminología crítica y de la historia social, en el análisis de los sistemas punitivos en sus manifestaciones empíricas, en sus organizaciones, en su funcionamiento, en sus funciones reales.

Los principios a través de los cuales viene articulada, en relación con la ley, la política de la mínima intervención penal orientada al respeto y a la defensa de los derechos humanos se entrelazan, ante todo, conforme a una gran división. Ella resulta de la adopción de un punto de vista interno y de otro externo al sistema penal. Los principios intrasistemáticos que resultan de la adopción de un punto de vista interno al sistema, indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley. Los principios extrasistemáticos se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y de los problemas sociales.

* Director del Institut für Rechts und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes. De Saarbrücken en la República Federal Alemana.

El análisis que sigue se dirigirá, sobre todo, a los principios intrasistemáticos. Estos se pueden clasificar en tres grupos:

- a) Principios de limitación formal;
- b) Principios de limitación funcional;
- c) Principios de limitación personal o principios de limitación de la responsabilidad penal.

a) Los principios de limitación formal son:

1) *Principio de reserva de ley* o principio de legalidad en sentido estricto. Cuando hablamos de función punitiva y de sistema penal, tendemos a identificar estos conceptos con el área de aplicación del derecho penal. Pero si adoptamos una definición sociológica de la pena, como represión intencional de necesidades sociales fundamentales normalmente reconocidas como derechos de las personas en una sociedad, nos podemos dar cuenta fácilmente del hecho de que una buena parte de las funciones punitivas siempre se han realizado, y continúan hoy realizándose, fuera del derecho, no obstante las conquistas alcanzadas a través de la historia en las constituciones modernas, por las teorías liberales de la pena. Piénsese por un instante en la gravedad del fenómeno de la pena de muerte “extrajudicial”, en las torturas, en las desapariciones, en las actuaciones ilegales de la policía, de cuerpos militares y paramilitares. En otras palabras, en el desbordamiento de la función punitiva, su aplicación fuera del ámbito legal, como hemos asistido, en un pasado no muy lejano, en Europa bajo las dictaduras fascistas y como hoy sucede en algunos países de América Latina.

El primer requisito de un programa de limitación formal de la violencia punitiva es reducirla al ámbito y bajo el control de la ley. Simultáneamente, los movimientos para la defensa de los derechos humanos en el campo penal, podrían actuar en la perspectiva de que se defina socialmente las penas extralegales como conductas delictivas o se les aplique cualquier otra definición negativa de acuerdo con las leyes y las constituciones vigentes en los diversos países y se les coloque finalmente bajo el rigor de las sanciones previstas: penales, disciplinarias, civiles, administrativas.

El principio de reserva de ley impone la limitación del ejercicio de la función punitiva solo a las acciones previstas por la ley como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Esto excluye, en particular, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de ejercicio de poderes del Estado, diversos del legislativo.

Los otros principios de limitación formal pueden considerarse, a su vez, como especificaciones del principio de legalidad, entendido este en sentido lato.

2) *Principio de taxatividad*. La pena es aplicable solo en el caso de que ocurra un tipo de conducta expresamente prevista por la ley con la indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, de la cual es oportuno que la ley haga expresa prohibición. Ello impone una técnica legislativa que permita la máxima objetividad del proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, la limitación de las cláusulas

generales y de los elementos normativos de las figuras a través del reenvío a normas y valoraciones sociales cuya existencia sea empíricamente controlable.

3) *Principio de irretroactividad*. Este principio excluye la aplicación de penas, de agravantes de penas, y de cualquier condición más desfavorable al imputado, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho; aun respecto al régimen procesal y de ejecución de la pena. La función de este principio es la de garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas del propio comportamiento y la certeza del derecho.

4) *Principio de la supremacía de la ley penal sustantiva*. Este principio tiene la finalidad de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad, a la posición del individuo en cualquiera de los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal; esto es, con respecto a la acción de la policía, en el proceso y en la ejecución. En ningún caso la limitación de los derechos del individuo, en cualquiera de los subsistemas de la administración de la justicia penal, puede ser mayor que la prevista taxativamente por la ley para los delitos por los cuales una persona puede ser indiciada, imputada o condenada.

Este principio excluye la introducción formal o *de facto* de medidas restrictivas de los derechos del individuo que no sean estrictamente necesarias para los fines de la correcta y segura aplicación de la ley penal sustantiva, en los reglamentos y en la acción de los órganos de policía, del proceso y de la ejecución.

Las especificaciones de este principio en estos subsistemas de la administración de la justicia penal podrían ser indicadas solo en el ámbito de un análisis sistemático desarrollado en la perspectiva de respeto a los derechos humanos. A título ejemplificativo se puede señalar entre las consecuencias del principio de la primacía de la ley penal sustantiva en los diversos sectores indicados: la tutela de los derechos de libertad con respecto a la acción de los órganos de policía; los derechos de los imputados y condenados; los límites del poder disciplinario de los órganos encargados de la ejecución; los límites del poder discrecional de la policía y de los órganos del proceso penal; las limitaciones del Poder del Estado en el proceso; la independencia y la inamovilidad de los jueces penales; el respeto al principio del juez natural; el régimen jurídico de la prueba y la limitación de las consecuencias negativas para el imputado mediante el correcto empleo del concepto de verdad procesal (presunción de inocencia, *favor rei*).

5) *Principio de representación popular*. Este principio garantiza el proceso de formación de la ley penal frente a las violaciones, de hecho y de derecho, del régimen mínimo de representatividad en la asamblea legislativa, e impone la participación popular en la formación de la voluntad del legislador, a través de elecciones libres y secretas, y la libertad de organización de partidos y de movimientos políticos.

b) Los principios de la limitación funcional son:

1) *Principio de la respuesta no contingente*. La ley penal es una respuesta solemne a conflictos y problemas sociales graves, individualizados como generales y constantes en el tiempo.

Esta respuesta implica un debate exhaustivo en el plenum de la asamblea legislativa, preparado a través de un prolongado trabajo de las comisiones y ministerios competentes y de una profunda discusión en los distintos niveles de los partidos políticos y de la máxima participación popular. No puede ser una respuesta inmediata de tipo administrativo a situaciones excepcionales y contingencias concretas.

Los inconvenientes de la llamada "legislación de emergencia", que en algunos países europeos, en los últimos tiempos, ha convulsionado la lógica de los códigos y perjudicado gravemente las perspectivas de reforma penal, deberá ser materia de reflexión para todos los Estados de derecho.

Debería ser drásticamente limitada la tendencia a la "administrativización" del derecho penal.

Este concepto indica la proliferación incontrolada de normas penales que constituyen elementos secundarios y complementarios de leyes no penales, especialmente en el área administrativa, sin la planificación imprescindible que requiere la legislación penal. La regla general para legislar en el terreno penal es contraria a esta práctica: la ley penal es una reglamentación autónoma para sancionar figuras delictivas que constituyen su contenido principal. La sanción penal no debería ser, como demasiado a menudo ocurre, una línea subsidiaria de repliegue en la disciplina de materias no penales con respecto a sanciones específicas —civiles y/o administrativas— que esta disciplina contempla o implica como sanción principal.

2) *Principio de proporcionalidad abstracta.* Solo las violaciones a los derechos humanos fundamentales pueden ser objeto de sanción penal. La pena debe ser proporcional al daño social causado por dicha violación.

3) *Principio de humanidad.* Este principio prohíbe penas que violen el derecho a la vida y a la dignidad de cada individuo, en particular la pena de muerte, la tortura y las penas que impliquen condiciones infamantes de vida.

4) *Principio de idoneidad.* Los principios de proporcionalidad abstracta y de humanidad solamente brindan condiciones necesarias pero no suficientes para la conminación de penas. Tanto el principio de idoneidad como los principios siguientes indican en forma negativa o positiva las condiciones suficientes que limitan ulteriormente el espacio reservado a la ley penal.

El principio de idoneidad obliga al legislador a un estudio preciso de los efectos socialmente útiles de la pena. No habrá condiciones suficientes para conminar una pena, sin un examen empírico riguroso que compruebe, con base en las experiencias adquiridas o en pronósticos realistas, que dichos efectos útiles se pueden esperar con respecto al control de situaciones típicas de violaciones de derechos humanos.

5) *Principio de subsidiaridad.* Una pena puede ser conminada solo si está comprobado que no existen otras intervenciones, fuera de la penal, para controlar situaciones típicas de violación de derechos humanos. (Carácter subsidiario del D.P.)

No es suficiente comprobar que la respuesta penal es idónea, sino que además debe comprobarse que es insustituible. (pues puede haber otra respuesta penal igualmente idónea.)

6) *Principio de proporcionalidad concreta* o adecuación del costo social. Está comprobado que la aplicación de las penas, en particular las estigmatizantes, como

las de privación de libertad, producen altos costos sociales. Estos no pueden ser justipreciados solamente por medio de un cálculo económico de "costos y beneficios", sino sobre todo por el estudio de la incidencia negativa de la aplicación de dichas penas sobre el sujeto, su familia, ámbito social, y más en general sobre la sociedad misma.

Es un hecho que la intervención penal en los conflictos interpersonales habitualmente en lugar de ayudar a su solución los agrava, como se puede comprobar, por ejemplo, en conflictos intermatrimoniales y en casos de injurias y lesiones. *A contrario sensu*, la criminalización de ciertas conductas produce en determinadas áreas de problemas sociales, mayores y más graves situaciones delictivas. Piénsese, por ejemplo, en la criminalización del aborto y de las drogas: en ambos casos podemos hablar de efectos criminógenos de la prohibición penal, debido a que la criminalización interviene en el mercado de bienes y servicios y lo transforma en un mercado ilegal.

Así, en el mercado de la droga se insertan grandes organizaciones criminales, produciéndose una fluida circulación ilegal de capital, la cual entra en conexión funcional con la legal, afectándola negativamente y ocasionando corrupción y desviaciones graves en algunos órganos políticos y financieros. Por otro lado, la situación de los adictos pasa a ser mucho más grave, debido a la estructura artificial de este mercado; aumentan las tensiones en su vida de relación; el uso de las drogas afecta aún más la salud del que las consume, debido a la falta de control de calidad de la sustancia y la higiene precaria. El adicto se convierte en doble víctima de una explotación económica: por su condición desesperada es objeto de explotación, no solo como consumidor, sino también como "camello" (pequeño traficante) y/o peón en otras actividades criminales.

Sin embargo los costos sociales de la pena aparecen, aún más, como una cuestión de importancia central, si consideramos los efectos negativos desiguales que las penas, fundamentalmente las estigmatizantes, producen en el condenado y su entorno. Cuanto más baja sea la condición social del condenado, tanto más perjudiciales serán los efectos. El sufrimiento a que están condenadas las familias junto al convicto, será mucho más intenso cuanto más baja sea su condición de clase. Por otra parte, el efecto de la estigmatización sobre la vida futura del condenado será peor en el caso de que este provenga de los estratos más débiles de la sociedad.

Un reciente estudio sobre dos muestras de jóvenes condenados, pertenecientes a clases sociales diversas, una pobre y la otra rica, ha evidenciado lo antedicho. En este estudio sobre los costos sociales de la pena ha sido utilizado el modelo demográfico de la "trayectoria social típica" en una sociedad como, en particular, la de Quebec —Canadá—. Los jóvenes condenados, como se dijo, provenían de grupos sociales distintos. Se estableció que la pena privativa de la libertad produjo en ambos casos un drástico descenso de los individuos con respecto a la trayectoria social correspondiente a su grupo social, en el periodo inmediato a su liberación.

Pero mientras que, en el caso de jóvenes provenientes de familias más favorecidas, después de un cierto tiempo la curva de la carrera individual tiende a reajustarse a la trayectoria social típica del grupo de pertenencia, este reajuste no se ha podido

observar en el caso de jóvenes de origen pobre. Su carrera individual queda definitivamente afectada por el trauma que la condena produjo.

El principio de proporcionalidad concreta debería regular la producción y aplicación de la ley penal, teniendo en cuenta la necesidad de compensar la desigualdad de los costos sociales de la pena con respecto a la extracción de clase de los condenados, por razones de justicia social. Este principio impone la introducción de un criterio programático para la concretización de la ley penal y, en particular, para conceder la libertad condicional, que se deriva en dirección opuesta a los criterios vigentes para valorar la "peligrosidad social" y establecer la "prognosis, de criminalidad". Estos criterios, como es sabido, funcionan de manera particularmente desventajosa respecto de jóvenes imputados provenientes de clases populares.

7) *Principio de la instrumentabilidad administrativa de la ley penal.* Prescindiendo del carácter clasista, la manera selectiva de funcionar propia del sistema punitivo aparece como dependiente de una condición estructural del sistema. Si aplicamos a este algunos conceptos elementales de sociología de la organización, podremos establecer la enorme discrepancia que existe en este sistema entre los programas de acción (proceso legislativo: criminalización primaria) y los recursos administrativos de que dispone el sistema para instrumentar tales programas (criminalización secundaria).

A causa de esta inadecuación, el sistema solo puede reclutar una parte infinitesimal de su clientela potencial. Estudios sobre la "cifra oscura" de la criminalidad y sobre la organización de la justicia penal demuestran que el sistema solo puede aplicar las sanciones penales previstas por la ley a un porcentaje de los reales infractores que, en un promedio relativo a todas las figuras delictivas, en las sociedades centrales, no es superior al uno por ciento.

Se ha difundido en Europa, en los últimos tiempos, una teoría de la pena que pareciera legitimar el sistema penal aun aceptando su selectividad. El infractor condenado, se ha planteado, es un "individuo portador de la función punitiva", la cual está centrada en el restablecimiento de la confianza institucional del resto de la comunidad, confianza quebrada por la infracción, en la afirmación de los valores acogidos en el sistema legal y en la integración social. La crítica a esta teoría llamada de la "integración-prevención" ha evidenciado, entre otras cosas, su implicación antihumanista y autoritaria. Básicamente reduce al condenado a ser un chivo expiatorio escogido entre los innumerables infractores y sacrificado en lugar de estos para salvaguardar un dudoso interés general, sin respetar los principios de justicia e igualdad.

Si no se acepta esta legitimación, quedan solo dos alternativas racionales para eliminar la discrepancia entre programas de acción y recursos de instrumentación en el sistema penal: adecuar los recursos a los programas, o bien reducir los programas a los recursos disponibles. La primera alternativa produciría insostenibles costos sociales y equivaldría a una gigantesca militarización de la sociedad en su conjunto. Lo único realista y compatible con la perspectiva de un funcionamiento justo e igualitario de la justicia penal, sería la adopción de la segunda alternativa: una

obra decidida y radical de descriminalización, adecuada cuantitativamente a la dimensión de la discrepancia indicada.

8) *Principio del respeto a las autonomías culturales.* La ideología penal sigue siendo tributaria del mito durkheimiano de una conciencia social universal que integra a todos los miembros de una sociedad.

En un análisis más realista, el sistema penal se presenta más bien como un sistema de colonización del "mundo de la vida" de grupos distintos en la sociedad por parte del sistema burocrático y una cultura dominante que refleja las relaciones de propiedad y de poder existentes.

La ideología penal obvia la existencia de percepciones de la realidad, de normas y valores específicos de grupos distintos, de culturas paralelas que se encuentran en competencia con la cultura dominante. Estos conflictos culturales han estado en el centro de las teorías de marco funcionalista de la realidad. Aunque utilizando un paradigma etiológico científicamente insatisfactorio, estas teorías han constituido un progreso en el desarrollo de la sociología criminal, poniendo en tela de juicio la representación del monismo cultural en las sociedades modernas y de la desviación como la actitud de una minoría de individuos aislados, que no aceptan las normas universalmente compartidas.

Con mayor razón, una criminología que utiliza el enfoque de la reacción social tiene que sacar las debidas consecuencias de la existencia de conflictos culturales en la sociedad, imágenes de la realidad y valores específicos de los grupos que la componen, de la continua amenaza de colonización a su mundo de la vida por parte del sistema, pero también de los límites hasta los cuales efectivamente se haya llevado esta colonización.

Respecto a una política alternativa del control social a corto y mediano plazo, dedicada a la idea de la mínima intervención penal y al respeto de los derechos humanos, esto tiene una consecuencia inmediata: mientras existan en el interior de una determinada sociedad minorías étnicas o grupos sociales culturalmente delimitables por historia, proveniencia y características propias, ninguna ley penal debería criminalizar comportamientos que con respecto a las culturas de estas minorías sean socialmente lícitos en cuanto corresponden a normas y valores en ellas vigentes.

El principio del respeto a las autonomías culturales no implica una dudosa aceptación del pluralismo, cual podría ser la representada por una legislación penal que se limite a respetar, con un régimen de excepción a la ley general, las autonomías culturales, criminalizando con respecto a la mayoría comportamientos justificados en minorías distintas. En su verdadero alcance, este principio implica el criterio de un mínimo común denominador de la ley penal.

Se entiende con este criterio una concepción positiva del pluralismo cultural que considere la pertenencia de todos los grupos, culturalmente delimitados, en la realidad social incorporada al Estado. El criterio prohíbe, entonces, la criminalización de conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias, también con respecto a los ciudadanos que no sean parte de estas culturas. El principio del respeto a las autonomías culturales deriva de la adopción de un ideal de sociedad igualitaria

opuesto al modelo de sociedad totalitaria; un ideal que implica asegurar el máximo respeto y el máximo espacio de libertad a lo diverso, compatibles con las exigencias mínimas de un orden justo.

9) *Principio de la primacía de la víctima*. La posición de la víctima en el sistema penal es hoy el centro de atención de los científicos. Se han evidenciado los graves inconvenientes que el sistema penal presenta con respecto a la posición de la víctima en el proceso y a sus intereses efectivos. La intervención penal y el comienzo de un proceso sin ninguna vinculación de hecho y de derecho con sus demandas, representa a menudo una verdadera expropiación de su prerrogativa como parte principal de un conflicto.

El principio de la primacía de la víctima impone, en primer lugar, una mayor consideración de su prerrogativa y el establecimiento de límites y condiciones de la intervención penal adecuados al respeto de esta prerrogativa.

En segundo lugar, este principio se concreta con una indicación de carácter fundamental que interesa a la mayor parte de los conflictos interindividuales, de los cuales, hasta el momento, el sistema penal se hace cargo produciendo a menudo, como se ha notado antes, costos sociales inadecuados. La intervención penal muchas veces limita las posibilidades existentes de reactivación de una comunicación humana entre las partes, como son la víctima y el autor de un delito.

En tercer lugar, el principio de la primacía de la víctima indica una política de la ley orientada a una amplia sustitución de sanciones de tipo represivo por sanciones de tipo restitutivo.

Finalmente, es el concepto mismo de restitución de los derechos y los bienes de que es titular la víctima, lo cual debe ser redefinido en una dimensión más amplia que la limitada a las sanciones restitutivas que podrían ser impuestas al autor de un delito. Esta redefinición implica una superación, al menos parcial, del enfoque causalista del que se sirve y debe seguir sirviéndose el sistema penal mientras exista, individualizando las causas de conflictos y daños que perjudican la esfera jurídica de las víctimas solamente en el comportamiento de los sujetos individuales autores de delitos.

En una concepción social del Estado, los derechos de las víctimas deberían ser cubiertos a través de un fondo económico adecuado, para que estas no queden indefensas con respecto a la mayoría de las situaciones delictivas en las cuales el sistema penal no ha logrado establecer responsabilidades individuales ni identificar a los autores de los delitos, o estos no tienen los recursos ni la voluntad de reparar. Pero, además de esto, un régimen de derecho restitutivo alternativo al penal, debería considerarse como indemnizables, también, daños individuales que no sean reconducibles a la responsabilidad penal de individuos, sino al funcionamiento impersonal de complejos funcionales, a la negatividad social de situaciones y no solo de comportamientos individuales.

Consideraciones específicas podrían plantearse con respecto al principio de la primacía de la víctima, en un estudio que parta de la ley procesal y del proceso penal, lo cual, sin embargo, sobrepasa los límites de la presente exposición.

Con respecto al proceso y a los otros subsistemas de la administración de la justicia penal, me limito a indicar la perspectiva de un pensamiento sobre el control social que vaya más allá de la ideología penal y de tradiciones inveteradas de la dogmática del derecho penal; el que puede ser proporcionado al poner en tela de juicio la pretensión del sistema penal de proteger intereses generales, pasando por alto los intereses de las partes en conflicto y, en particular, los intereses de las víctimas.

c) *Los principios de limitación personal*, o límites de la responsabilidad penal, son:

1) *Principio de imputación personal* o de personalidad. La sanción penal puede ser prevista solamente en casos de violaciones a los derechos humanos que pueden ser reconducidas a través de precisos criterios jurídicos de causalidad en la acción, o sea, en el comportamiento voluntario de personas físicas.

El principio de personalidad excluye toda forma de responsabilidad penal "objetiva" o por el hecho de otras personas. Derivan de este principio, límites rigurosos de la responsabilidad penal por la tentativa y por actos preparatorios; así como límites en la configuración de delitos de tipo asociativo y de figuras delictivas de peligro abstracto.

El principio de limitación personal se refiere a personas físicas y excluye formas de responsabilidad penal colectiva respecto de asociaciones y personas jurídicas. Sobre este punto es preciso mencionar un argumento que a primera vista podría poner en duda la oportunidad de la restricción indicada. Esta restricción podría ser considerada como una manera de alejar del alcance del sistema punitivo a eventos dañinos socialmente, producidos en el interior de la actividad de complejos funcionales, como las sociedades comerciales y grandes empresas en las cuales es difícil individualizar en personas particulares una responsabilidad penal.

Además, en estos casos, las formas más rigurosas de responsabilidad personal con respecto a los organismos decisorios también podrían poner fuera del alcance del sistema punitivo a los efectivos beneficiarios de conductas ilegales. Piénsese en los propietarios de grandes empresas nacionales o transnacionales.

Sin embargo, este argumento, según mi opinión, solo sirve, una vez más, para comprobar la limitación estructural del sistema penal tradicional, que funciona con la lógica de la individualización personal de los eventos socialmente negativos, que solo puede enfrentar personas y no sistemas complejos en los cuales, en la mayoría de los casos, se encuentran las raíces de los mayores eventos socialmente negativos que se traducen en la represión de las necesidades reales y de los derechos de los individuos. Me parece que la estrategia que más futuro tiene es no extender el sistema penal fuera de la esfera de responsabilidad de las personas físicas, pues de lo contrario se podría proporcionar una nueva legitimación a un sistema tan ineficaz para la protección de los derechos humanos, dándole la imagen de un sistema que no descuida las graves violaciones reconducibles a personas morales. La respuesta posible a esta violación puede ser más realista en su aplicación y más eficaz en sus efectos, si se produce en otras áreas de la intervención institucional distinta de la penal, pero no menos provista de las garantías jurídicas necesarias

con respecto a todas las personas en un Estado de derecho. Tales respuestas serán más adecuadas cuanto más puedan golpear los grandes complejos funcionales en su autonomía de organización, en su libertad de acción y en su núcleo mismo de existencia: la acumulación de plusvalía, cuando se trate de complejos económicos; o la acumulación de poder, cuando se trate de complejos burocráticos.

2) *Principio de la responsabilidad por el acto.* Este principio se puede enunciar diciendo que rechaza cualquier forma del "derecho penal de autor" y conserva solo el derecho penal del acto. Ninguna responsabilidad penal puede hacerse derivar de las características personales del imputado, subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente de las características de las conductas que las hacen objetivamente subsumibles en un tipo de acción prevista en la ley.

Ninguna consecuencia penal, como ninguna medida que implique una violación de la libertad individual (medidas de seguridad o tratamiento de menores), puede hacerse derivar de la "peligrosidad social" de un sujeto. El presupuesto de cualquier medida penal, como de cualquier medida limitativa de la libertad personal, debe estar constituido, sin excepción, por la realización de una de las figuras delictivas taxativamente previstas en la ley con indicación del límite máximo de privación de libertad correspondiente.

El principio de la responsabilidad por el acto debe extenderse a todo el derecho penal interpretado en sentido amplio, comprendiendo entonces el derecho penal para la minoridad y el régimen de medidas de seguridad de los adultos no imputables.

Son estos últimos, de hecho, los campos en los cuales el peligrosismo sigue siendo, en casi todos los países, el enfoque principal. La consecuencia absurda de ello es que, respecto a las garantías jurídicas que cobijan a los destinatarios del sistema penal en sentido amplio, son precisamente los menores y los adultos no imputables los que de menos garantías disfrutaban por ser sujetos considerados como menos responsables: son los más castigados de hecho, por negárseles la capacidad penal, pues el régimen de privación de libertad al que están sometidos coactivamente no es menos punitivo y estigmatizante que las medidas privativas de la libertad a las que están sometidos los sujetos imputables.

3) *Principio de la exigibilidad social del comportamiento alternativo.* Ya en el punto precedente se consideró la distinción entre imputables, no imputables y semi-imputables, y se hizo la crítica de las consecuencias que el pensamiento penal tradicional hace derivar de dicha distinción. Estas, en la mayoría de los casos, se concretan en una inaceptable diferenciación del régimen de las garantías jurídicas entre estos tipos de autores, con desventaja para los no imputables y los menores.

Una perspectiva de reforma conforme al principio de la responsabilidad por el acto, supera la distinción e implica la construcción de una figura única de imputación para toda el área del derecho penal en sentido amplio.

La actual discusión en el marco de las ciencias psicológicas y psiquiátricas indica que los fundamentos mismos sobre los que están contruidos los conceptos dogmáticos de autor imputable, semi-imputable y no imputable, se encuentran en una crisis que no puede no afectar la dogmática jurídica del delito, imponiendo

una labor de redefinición del concepto de responsabilidad penal y su presupuesto: la culpabilidad.

Se han planteado propuestas tendentes a superar la diferenciación entre los distintos tipos de autores y sus consecuencias sobre la capacidad penal del sujeto, teniendo en cuenta que esta depende de la dinámica de las acciones concretas más que de dudosas tipologías de autores como la de imputables, semi-imputables y no imputables.

Si se utiliza la moderna teoría normativa de la culpabilidad como un reproche que puede ser hecho al autor por no haber escogido las alternativas de comportamiento conforme a la ley, pudiéndolo haber hecho, se podría desvincular el concepto de responsabilidad penal de las tipologías de autor, construyendo un concepto unitario de exigibilidad social del comportamiento alternativo.

El principio de la exigibilidad social de comportamiento alternativo indica la exigencia de una redefinición del concepto de culpabilidad y la construcción de dos clases de criterios para su establecimiento judicial: a) criterios para la evaluación del espacio de alternativas de conducta a disposición del sujeto; b) criterios para la evaluación de los casos de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley (estado de necesidad y otros eximentes), que tengan en cuenta los distintos roles que el sujeto incorpore al contexto institucional y social.

En ambos casos la orientación de la política de mínima intervención penal conforme a las ideas de igualdad y de justicia impone, en la construcción de los criterios, la exigencia de considerar la desigual disponibilidad de alternativas de comportamiento. También el espacio de alternativas de comportamiento depende, como otros recursos, del *status* social del sujeto. Son los pobres y no los ricos quienes disponen, en general, de un espacio de alternativas más estrecho.

Un concepto unitario de imputación penal no puede significar, por supuesto, extender el ámbito de aplicación de la ley penal a actos no reprochables por no ser jurídicamente imputables con respecto a la situación en la que se ha encontrado el autor. Significa, más bien, restringir el área de las sanciones punitivas a los meros comportamientos imputables y reprochables, acabando por siempre con la ambigua existencia de sistemas sustancialmente punitivos paralelos al sistema penal en sentido estricto, para sujetos con disturbios mentales o menores de edad. La circunstancia de haber actuado en una forma objetivamente subsumible en una figura delictiva no debería impedir que a estos sujetos se les aplique la disciplina normal del sistema médico y psiquiátrico, y la del sistema de ayuda social a menores en situaciones familiares o sociales problemáticas.

Se trata, pues, de sustituir los actuales sistemas punitivos paralelos mediante la extensión a estos sujetos de las disciplinas jurídicas normales elaboradas según concepciones modernas y progresistas, y fuera de cualquier implicación con la potestad punitiva del Estado, sino, más bien, con el máximo respeto de la persona y las máximas garantías para sus derechos. En las discusiones más recientes ha quedado cada vez más clara la contradicción representada por la existencia de manicomios criminales, instituciones anacrónicas puestas en la zona neutra entre el sistema carcelario y el sistema de las intervenciones terapéuticas para los enfermos mentales,

así como lo paradójico e injusto del sistema de acumulación de penas y medidas de seguridad.

Por lo que respecta a los pobres, la construcción dogmática y la ley penal deben compensar su situación de desventaja, teniendo en cuenta la real distribución de los espacios de alternativas de conductas en los grupos sociales y las causas específicas de inexigibilidad del comportamiento conforme a la ley, debido a las situaciones de presión en las cuales se pueden encontrar los individuos pertenecientes a los grupos sociales más débiles. Se trata, en suma, de invertir la dirección del impacto de los conceptos tradicionales de estado de necesidad y eximentes que, como la mayoría de los conceptos de la dogmática penal, han funcionado hasta el momento beneficiando a los ricos y perjudicando a los pobres, contribuyendo a reproducir las relaciones sociales de desigualdad.

“B”

Los principios extrasistemáticos se dividen en dos grupos:

- a) Principios extrasistemáticos de descriminalización;
- b) Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales.

a) La mayoría de los principios intrasistemáticos se convierten en principios de descriminalización, por cuanto indican las condiciones relativas al respeto de los derechos humanos, sin cuyo cumplimiento el mantenimiento de leyes penales no se puede considerar justificado, y se impone, entonces, una obra de eliminación parcial o total de figuras delictivas, o cambios que limiten cuantitativa y cualitativamente la violencia punitiva.

En este punto se consideran otros principios de una política de descriminalización que, al contrario de los arriba indicados, ya implican la adopción de un punto de vista exterior a los sistemas penales existentes.

1) *Principio de no intervención útil.* Indica que la alternativa a la criminalización no es siempre y necesariamente otro modo de control social formal o aun informal. Un principio general de política alternativa es el de asegurar el más amplio espacio de libertad para lo diverso compatible con las exigencias mínimas de un orden justo. Este principio corresponde a la idea de una sociedad igualitaria y libre.

2) *Principio de la privatización de los conflictos.*

3) *Principio de la politización de los conflictos.*

Son dos principios que corresponden a direcciones opuestas pero complementarias de la estrategia de descriminalización. Al primero se ha hecho alusión en la parte precedente, con respecto a los principios de proporcionalidad concreta y de primacía de la víctima. Se trata de la estrategia de “reapropiación de los conflictos” que considera las posibilidades de sustituir la intervención penal por formas de derecho restitutivo y otros ajustes entre partes, en el marco de instituciones públicas o comunales de reconciliación.

El principio de la politización tiene en cuenta la característica fundamental del sistema penal que produce una represión de conflictos, y su construcción en un marco técnico que les quita en muchos casos sus verdaderas connotaciones políticas. Piénsese en asuntos mayores como la seguridad del trabajo y del tránsito, la corrupción administrativa, las relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países, las graves desviaciones de órganos militares, y de servicios secretos, etc. En casos como estos se trata ante todo de restituir a los conflictos sus dimensiones políticas y considerar, incluso como alternativas a su manejo “penal”, formas de intervención institucional, no solo a través de los órganos administrativos, sino de los de representación política y del control y participación popular. Estas son las más adecuadas a la naturaleza de dichos conflictos, y las que pueden asegurar transparencia pública a los aspectos que están más vinculados con la lucha de las mayorías y de las clases populares contra el poder (legal e ilegal) de dominación que reprime sus derechos.

4) *Principio de la conservación de las garantías formales.* Exige que en el caso de transferencia de conflictos fuera del manejo penal hacia otras áreas del control social institucional o comunitario, la posición jurídica de los sujetos no se reduzca a un régimen de menores garantías respecto a las ya formalmente otorgadas por el derecho penal. Al indicar este principio se brinda una respuesta a argumentos que a menudo se utilizan contra la descriminalización, y que consisten en resaltar los riesgos que estarían vinculados, por ejemplo, a la transferencia de asuntos penales hacia formas de control administrativo.

Utilizando argumentos como estos, se pretende afirmar una prerrogativa del derecho penal: este proporcionaría mayores garantías a los sujetos y mayor transparencia a los conflictos. Pero esta prerrogativa del derecho penal no está comprobada por la práctica. Además, la exigencia de garantías y transparencias puede ser incluida en cada área de intervención no penal, si no faltan la voluntad política y los recursos correspondientes, y una imaginación sociológica y jurídica adecuadas a la lucha por la democracia.

b) Los principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas corresponden a la idea de una verdadera liberación de la imaginación sociológica y política frente a una “cultura del penal” que ha colonizado ampliamente la manera de percibir y construir los conflictos y problemas sociales en nuestra sociedad. Estas indicaciones metodológicas tienen la función de superar la propia alternativa entre lo penal y lo no penal: un modo de pensar en el que tal vez se pretenden reelaborar los conceptos de criminalidad y pena. Se trata, antes que nada de lograr una visión innovadora y más diferenciada de los conflictos y problemas sociales, utilizando también el método heurístico de la sustracción hipotética (*epoché*) de ciertos conceptos de un arsenal conceptual preestablecido.

1) *Principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y pena.* Constituye la primera indicación heurística: se recomienda a los autores llevar a cabo un experimento lógico, consistente en prescindir de estos conceptos por un cierto tiempo para averiguar cómo quedarían contruidos los conflictos

y problemas de los que se están haciendo cargo, así como las respuestas óptimas sobre ellos si, por hipótesis, no existieran dichos conceptos.

2) *Principio de la especificación de los conflictos y de los problemas.* Tiene en cuenta el hecho de que el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente como un conjunto arbitrario de asuntos heterogéneos, que no tienen entre sí otro elemento común que el de ser manejados por medio de la respuesta punitiva. Si se prescindiera, por ejemplo, de la existencia de este sistema de respuesta institucional, se verá que son posibles otras agrupaciones más coherentes de los asuntos en cuestión, en áreas homogéneas específicas según su distinta naturaleza. De ahí resultarán indicaciones heurísticas muy fructíferas de respuestas diferenciadas y más adecuadas a la naturaleza de los conflictos y de los problemas, que las del sistema penal (¿qué tienen entre sí de común, además del hecho de ser controlados mediante las mismas acciones, "delitos" tan diferentes como, por ejemplo, el aborto y las desviaciones de órganos estatales; las injurias entre personas privadas y la gran criminalidad organizada; los pequeños hurtos y las grandes infracciones ecológicas; la blasfemia y los atentados contra la salud en el trabajo industrial? ¿Cómo puede aceptarse la pretensión de un sistema como el penal, de responder con los mismos medios y las mismas acciones ante conflictos y problemas tan heterogéneos?).

3) *Principio general de prevención.* Brinda una indicación política fundamental para una estrategia alternativa del control social. Se trata, básicamente, de desplazar cada vez más el acento desde formas de control reactivo a formas de control proactivo. El primero está constituido por respuestas a expresiones individuales de los conflictos que se manifiestan en acciones (desviadas) de los individuos; el segundo, por el contrario, es el que puede encontrar las situaciones complejas en las que los conflictos se producen.

En este sentido, la política de justicia social, el respeto a los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los sujetos en una sociedad, son algo más que una política criminal alternativa: son la verdadera alternativa democrática a la política criminal.

El sistema penal no está adecuado para proporcionar la más eficaz defensa de los derechos humanos, por cuanto su intervención está estructuralmente limitada a una respuesta a los conflictos, en el modo y en el lugar, del sistema social en el que se manifiestan: una respuesta a los síntomas y no a las causas. Pero el análisis sociológico nos enseña que el lugar donde se manifiestan los conflictos puede ser, en los sistemas sociales complejos, distintos y lejanos de donde ellos se producen efectivamente.

4) *Principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.* Es quizá el más importante de los principios extrasistemáticos. El sistema penal tradicionalmente es un aspecto de la expropiación ideológica de los portadores de necesidades y de los derechos humanos, con respecto a su percepción de los conflictos en los que se encuentran insertos. Ningún cambio sustancial en la política del control social será posible, si las mayorías de los portadores de necesidades y derechos no logran convertirse, de sujetos pasivos que son de un manejo institucio-

nal y burocrático del control social, en sujetos activos en la construcción de dicho control.

La articulación autónoma de la propia conciencia de los conflictos y de sus necesidades de derechos en una comunicación libre del poder, la idea de la democracia y de la soberanía popular es la idea guía para la transformación del Estado, no solo hacia el modelo formal del Estado de Derecho sino hacia el modelo sustancial del Estado de los derechos humanos. Es esta, también, la idea guía para la transformación y la superación del sistema penal tradicional, hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos.