

# Realidad social y función punitiva

María Cruz Camacho Brindis\*

¿\*a función punitiva debe estar indisolublemente ligada a la realidad social. La norma penal ha de reflejar ese contenido.

El Derecho Penal sólo puede ser usado como *ultima ratio* si es que se quiere una sociedad democrática que reconozca la dignidad de la persona como único eje rector de un Estado social y democrático de derecho.

I

## A. El Sistema Penal en su contexto social

Organizado por una alta división del trabajo y un estilo peculiar de punición, en el que la escala de gravedad desempeña un papel dominante, el sistema penal irrumpe como el más severo de los medios de control social: "El sistema de justicia penal es sólo una parte secundaria de los mecanismos que actúan en la sociedad para el control del delito, el comportamiento y las situaciones indeseables."<sup>1</sup>

Cuando fallan las instancias informales entran en juego las instancias formales de control, que reproducen las mismas exigencias de poder que las informales pero de manera coercitiva. Una vez que el individuo traspasa el límite marcado entre las instancias informales y formales, los castigos dejan de ser de tipo social para entrar en el ámbito jurisdiccional. Y a partir de la presencia de la instancia policial, el individuo se encuentra revestido de un nuevo *status* social: "el de desviado, inadaptado, antisocial, delincuente o peligroso ... para el control formal no es lo mismo tratar con figuras valoradas por la autoridad que conlleva un poder económico,

político y/o científico que con figuras sometidas a alguna instancia informal con carencia de poder (mujeres, jóvenes, no propietarios y/o incultos)".<sup>2</sup> Los poderosos criminalizan la desigualdad a la discrepancia social al crear, aplicar y ejecutar normas penales: "La configuración de las instancias penales se ha realizado en base a la tutela de los intereses concretos de unos sectores sociales -los que constituyen las clases dominantes- aunque ideológicamente se trate de identificarlos con los intereses de la sociedad en abstracto".<sup>3</sup> Dentro del concepto sistema penal se incluye:

1. **El Derecho Penal.**
2. **Existencia de organismos estatales en sus relaciones mutuas (policía, tribunales, fiscales, administración carcelaria, Ministerio de Justicia, legisladores) y su concepto de delito y delincuencia.**
3. **Relación de estos organismos con los medios de comunicación.**
4. **La estructura de poder dentro de esos organismos.**

En este sistema se presta una atención insuficiente a los problemas personales y sociales del autor, se concentra la atención en su hecho y se olvidan medidas preventivas. Por ejemplo, la seguridad en los caminos, que no es más que interacción entre conductor, camino y automóvil. Los efectos del sistema penal son:

**1. Castigo y sufrimiento. Esto implica no sólo efectos en el autor sino en su familia y ello no es controlable por el sistema penal. Hasta cierto punto**

\* Profesora e investigadora del área de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Autónoma Metropolitana.  
1. CONSEJO DE EUROPA, Decriminalización, *Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad*, Tr. CIAFARDINI, Mariano Alberto y BONDANZA, Mirta Lilián, Ed. EDL.A.R, Argentina, 1987, p. 32.

2. MIRALLES, Teresa, *El pensamiento criminológico II, Estado y Control*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p. 37.  
3. DE SOLA DUEÑAS, Angel, *El pensamiento Criminológico II, Estado y Control*, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p. 245.

*El Derecho Penal sólo puede ser usado como ultima ratio si es que se quiere una sociedad democrática que reconozca la dignidad de la persona como único eje rector de un Estado social y democrático de derecho.*

el sistema penal puede controlar la extensión y naturaleza de la sanción legal, mientras que las consecuencias de dicha sanción -en términos de una estigmatización frecuentemente prolongada y hasta definitiva por parte de importantes sectores de la sociedad- está más allá de su control.<sup>4</sup> Este efecto se deja notar en la pena privativa de libertad, de ahí que se requiera una restricción al máximo de ella.

**2. La desigualdad social ocasionada por el sistema penal.** La estigmatización producida por las sentencias penales y el aumento de sanciones provoca una marcada desigualdad social. Lo cierto es que el sistema penal no responde a la realidad social porque o está desprovisto de los medios para solucionar problemas sociales o porque el sistema penal es un problema social en sí mismo. Lo único verdadero es la necesidad de disminuir la coacción, la estigmatización y la desigualdad social, dando su lugar a la libertad y dignidad humanas, sin perpetuar los tipos tradicionales de lo que considera delito.

Debe por tanto disminuirse en la sociedad la inquietud y el descontento por la comisión delictiva.

Lo anterior se logra en el marco de otros sistemas sociales que, en ciertas condiciones, influyen en los comportamientos y resuelven los conflictos, de allí que se afirme que el sistema penal no es absoluto: "es un requisito de la justicia que los medios utilizados para lograr estos objetivos sean sanciones que no interfieran en la libertad individual más allá de lo necesario para el interés público y que imponga la menor carga posible a la comunidad".<sup>5</sup> Esto debe tomarse en cuenta en las decisiones de inclusión, exclusión o modificación de la correspondiente prohibición penal.

En contraste se habla de una especie de pánico en relación al llamado auge delictivo, los programas políticos ofrecen fuertes medidas represivas y casi nunca preventivas. De ahí que, sobre todo, en épocas

de crisis económica y social, la represión penal se intensifique frente a las manifestaciones de disenso, sin necesidad de plantearse previamente las causas de los desajustes sociales y las posibles vías para su reacción.<sup>6</sup> Con ello se agudizan, aún más, las situaciones de desequilibrio y se cierran así las posibilidades de una política social. Se desatiende la criminalidad que afecta la consolidación del sistema como delitos económicos, corrupción y abusos de poder, lo que puede ser un serio impedimento para el bienestar de la sociedad, objetivo declarado de la mayoría de las políticas sociales.

El perfeccionamiento es la meta, Hulsman ya lo indicó "... lo más emergente sería mejorar el sistema penal, perfeccionar los programas de prevención, sustituir por otras las medidas privativas de la libertad y modificar el régimen penitenciario".<sup>7</sup>

### **B. La función punitiva**

Los límites al *ius Puniendi* -derecho que tiene el Estado a castigar- sólo pueden encontrar sede dentro de los márgenes del Estado de derecho y del Estado democrático, porque se trata de encontrar unos límites que no supongan enajenar la personalidad de los ciudadanos a los que se debe y debe su razón de ser. Un sistema abierto y de apertura, como indica Bustos Ramírez: "Cuando hablamos de Estado democrático nos estamos refiriendo a todo aquel que no aparece exclusivamente reducido a su aspecto coactivo puro, sino que por ello mismo aparece como un sistema abierto y en constante proceso de apertura. No a una democracia total y perfecta, aún utópica".<sup>8</sup> Entendiendo, por tanto, el Estado democrático como aquel que, en un proceso

4. Vid. CONSEJO DE EUROPA, *ob. cit.*, p. 32.

5. IBÍDEM, p. 35.

6. Vid. DE SOLA DUEÑAS, Angel, *ob. cit.*, p. 248.

7. L.H.C. HULSMAN, citado por ANIYAR de CASTRO, Lola, "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1981, p. 354.

8. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 79.

constante de apertura, va reduciendo la coerción al mínimo indispensable. Por eso cuando el Estado decide incriminar una conducta debe individualizar el bien jurídico, objeto de protección de la norma, que denote la libertad que el Estado democrático reconoce frente a su poder sancionatorio en la realidad concreta. El bien jurídico impone la revisión del ordenamiento penal y puede generar la demanda social y la decisión estatal de introducir o excluir conductas que correspondan o no a la protección de bienes jurídicos en el Estado democrático, así como el replantearse el sentido y el alcance de un precepto penal. Como ejemplo está el proceso de descriminalización del adulterio en España, que surge con la apertura democrática, revelando la posición de sometimiento de la mujer respecto del hombre en la relación social e hizo exigible la reforma penal. Al mismo tiempo la apertura democrática mostró la necesidad de protección de otros bienes jurídicos como el patrimonio artístico y el medio ambiente, que son necesidades reales.

Una vez definido el bien jurídico y protegido en una norma, el Estado ejercita una función represiva, tendiente a conseguir que la norma sea respetada. Esta función actúa sobre la generalidad persuadiéndola de abstenerse de infringir la norma penal en cuestión, todo ello para restablecer el equilibrio social, como anota Maihofger al definir la función de las normas jurídicas: "normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, estimulan al comportamiento jurídico e impiden el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido".<sup>9</sup> Por consiguiente, el Derecho Penal, como instrumento de control social es la última instancia que tiene el poder social, democráticamente legitimado, para dirimir los conflictos que entrañen grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos universales y fundamentales para el individuo y la comunidad, una vez superadas las funciones de orden, planificación y supervisión del hecho punible.<sup>10</sup> Si la función es represiva, intimidatoria, las normas que pretenden alcanzar han de considerar las siguientes condiciones:<sup>11</sup>

- a) La naturaleza comunitaria de los bienes e intereses que se tutelan.
- b) Las relaciones que regula.
- c) La necesidad de salvaguardar la paz pública que corresponde al Derecho Penal.
- d) Sólo el Estado tiene la facultad de crear estas normas jurídicas que definen delitos y conminan sanciones.
- e) La acción tendiente a la persecución de los delitos y faltas es pública, aun en los casos en que debe ser instada previamente por los particulares.

Muñoz Conde, respecto a la elaboración de normas penales, menciona que el deber jurídico, cuyo titular es el Estado, se representa como un medio de represión del individuo, un medio violento, justificado por la necesidad de implementarlo para posibilitar la convivencia. Además, considera que el orden jurídico y el Estado son un reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de regular la convivencia de forma organizada y pacífica.<sup>12</sup>

Y al ser ésta una función de protección e intimidación, la pregunta surge ¿por qué tiene el Estado la facultad de intimidar y cuál es el ámbito de lo punible? Es decir, hay que fijar ciertos límites a la competencia del Estado en cuanto a la interferencia en la vida de las personas.

La sanción es un instrumento de aseguramiento del Estado, la reafirmación de su existencia y una necesidad para su subsistencia.<sup>13</sup>

Es represión y control manifiesto en la especificación de determinadas relaciones concretas que aparecen desvaloradas por el propio Estado,<sup>14</sup> en cuanto son recogidas por las figuras que establecen las leyes penales conforme a los fines del Estado; es lo que impone la desviación, lo que habría que ver es hasta qué punto los individuos internalizan la voluntad legislativa. La pena es auto constatación del Estado. Por eso se coincide con Bustos Ramírez: "la pena es auto constatación del Estado, no surge un fin, sino una función. Tal función, no es otra que la de proteger bienes jurídicos. Es cuestionable que bienes jurídicos sean los protegidos... lo único claramente cierto es que el Estado protege sus bienes jurídicos".<sup>15</sup>

9. MAIHÓFER, Werner, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, Jahrbuch für Rechtssoziologie, I, 1970, p. 27. Citado por MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El principio de intervención penal mínima", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril 1987, tomo XL, fase. I, p. 118

10. Vid. REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, Tr. Gregorio ROBLES MORCHÓN, Ed. Pirámide, Madrid, 1981, pp. 158 y ss.

11. " Vid. SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Éd. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 35 y ss.

12. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985, p. 21.

13. Por eso mismo y, a pesar de todas las declaraciones, son los delitos contra el Estado los más numerosos y los más graves. Al respecto véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, p. 81.

14. No se pierda de vista que cada país tiene una peculiar libertad política.

15. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, ob. cit., p. 87.

***La función punitiva debe estar indisolublemente ligada a la realidad social La norma penal ha de reflejar ese contenido.***

De allí que deba sostenerse que las normas penales son la ***ultima ratio*** que la protección penal es subsidiaria, que se trata de descriminalizar más que criminalizar porque, a pesar de que la sanción penal sea una auto constatación del Estado, bien puede ser evitada allí en donde no se afecten condiciones vitales de convivencia social, garantizando que la libertad individual sólo será afectada en caso absolutamente necesario y sólo puede respetarse al individuo en una sociedad libre e igualitaria, allí donde el concepto de desviación pierde su carácter estigmatizante; pero en una sociedad desigual esto no es así porque es la sociedad desigual la que teme y reprime lo diverso, puesto que, reprimir lo diverso es indispensable para conservar la desigualdad, mientras más desigual es una sociedad más pesa la inflación de las definiciones negativas de desviación<sup>16</sup>.

Bien puede configurarse la actividad estatal como un camino que va a la democratización y trata de impedir la desigualdad social, lo que supone revisiones críticas removiendo mitos que lo impidan;<sup>17</sup> sin embargo, el ejercicio del poder puede ser ilimitado porque no se frena a sí mismo. Es cuando la sociedad juega el papel más importante, ya que sólo los frenos sociales, es decir, los límites extra- poder, pueden llegar a ser capaces de contener la tendencia expansiva y cualitativa del Estado que, a toda costa pretende ser un ser en sí y para sí<sup>18</sup>. Esta idea debe defenderse porque lo único que puede llegar a debe llegar a los destinatarios de las normas

penales es la propia seriedad del sistema penal. Y esto sólo puede lograrse en el Estado democrático, porque la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, un proceso constante de apertura que va reduciendo la coerción al mínimo indispensable.<sup>19</sup> Como se ve, no se trata de desconocer la presencia del Estado, ya lo plantearon Maurach y Zipf, quienes afirman que una sociedad que renunciara al poder penal estaría renunciando a su propia existencia<sup>20</sup>. Se trata de reconocer que es necesario pero no ilimitado y, aunque sea innegable que provoca desigualdades o disfuncionalidades que atentan contra la libertad de los ciudadanos, que sólo se pueden corregir o paliar mediante la intervención del Estado, también es innegable admitir que la mejor forma de respetar la libertad de los individuos es la intervención mínima del Estado. En relación a esto último resulta oportuno mencionar la posición de Haffke, quien llega incluso e imaginar la total no intervención penal y sin que ello signifique una aceptación total de sus ideas, hay algo imprescindible de considerar, un control social jurídico, penal, racional y esclarecido, que cuenta con las debilidades del yo y, sin embargo, lo trata humanamente...; concebido de esta manera, es en el mejor sentido, derecho evolutivo-progresivo, que aspira a producir condiciones más libres, condiciones en las cuales algún día la pena intimidatoria no aparecerá más como necesaria.<sup>21</sup> Habría que agregar, por lo menos para comportamientos carentes de daño social o que bien pueden ser tolerados, no así los de mayor daño social.

Un Estado social y democrático de derecho exige que las sanciones penales cumplan una regulación activa de la vida social, asegurando su funcionamiento por medio de la protección de los bienes de los ciudadanos y que sea idónea para la prevención. Y en cuanto a esta idea de prevención es necesario

16. Respecto a este punto véase BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Tr. Alvaro BÚNSTER, Ed. Siglo XXI, México, 1986, p.221.

17. Como el movimiento ecológico que pretende liberar a la naturaleza de su yugo actual.

18. Vid. QUERALT, Joan J., "De algunas bases del Derecho Penal español", *Anuario de Derecho Penal*, tomo 38, fase. III, septiembre-diciembre, 1985, Madrid, p. 310.

19. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, cit., p. 1'6.

20. *Ibidem*, p. 93.

21. *Ibidem.*, p. 97.

considerar la posición de Mir Puig,<sup>22</sup> quien reconoce que un Derecho Penal concebido para ser eficaz, corre el peligro de caer en el terror penal, por lo que la función de prevención ha de quedar estrictamente limitada por los principios que rigen justamente a un Estado social y democrático de derecho, a saber, protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y principio de legalidad, sirviendo a la mayoría pero respetando a la minoría.<sup>23</sup> Esta limitación es necesaria sobre todo si se parte de que la idea de prevención es indemostrable, ya que su comprobación haría necesaria la existencia de un consenso sobre las normas penales para verificar si realmente crea expectativas sociales, y la investigación ha demostrado lo contrario, es decir, el disenso y no concuerda con la realidad social. Además, reconocer la prevención -entendiéndose como intimidación o resocialización para evitar la comisión de delitos futuros- sería tanto como conceder al Estado, aún imperfecto en su desarrollo democrático, un derecho de intervención mediante una violencia demasiado grande en la vida de los ciudadanos. La pena siempre es coacción, fuerza que atemoriza, pero no motiva una decisión personal auténtica.<sup>24</sup> Si han fracasado los demás controles del Estado, cómo podría una creación tan violenta como es la pena, despertar decisiones auténticas y eso por más aumentos que se le quieran dar (la mejor prueba es la pena de muerte). De allí que la función de prevención debe quedar limitada.

Tanto pena como delito son un producto del Estado, es él quien define la una y el otro, es él quien impone la una y el otro.<sup>25</sup> El delito lo realiza el sujeto, pero él no lo ha definido como tal, el tipo y la punibilidad son parte de la autoconstatación ideológica del Estado, otra cosa es la vinculación entre sujeto y delito, en cuanto es su hecho, parte de su hacer y el Estado recurre a su sistema en su conjunto (vida cotidiana, educación, escuela) para hacer prevalecer una determinada concepción ideológica hegemónica; lo único que señalan las normas jurídicas, desde el punto de vista de su legitimidad, es que provienen aproximativamente de una ideología hegemónica dominante en la sociedad.<sup>26</sup> Pero sin

desconocer que precisamente por esa vinculación del sujeto con su hecho, no puede ser legítimo ningún medio violento que rebasa la libertad del individuo, porque el hombre es un ente autónomo y superior que legitima al Estado como una entidad al servicio del hombre: "en un Estado democrático, en una progresiva evolución hacia un reconocimiento de todos los órdenes de valores existentes, aun los individuales existentes en el cuerpo social".<sup>27</sup>

La realidad demuestra que la sanción sirve al Estado para reforzar ante la sociedad su sistema de valores, por eso se ha afirmado que el Estado no se preocupa por la efectividad de sus normas, es decir, le interesa más la legalidad que la legitimación. Lo cual es reflejo de la imperfección del Estado democrático, por eso es que se pugna por el cuestionamiento a los valores del Estado por la vía democrática, porque se está dando un verdadero

***Los límites al Ius Puniendi  
-derecho que tiene el Estado a  
castigar-sólo pueden  
encontrar sede dentro de los  
márgenes del Estado de  
derecho y del Estado  
democrático, porque se trata  
de encontrar unos límites que  
no supongan enajenar la  
personalidad de los  
ciudadanos a los que se debe y  
debe su razón de ser.***

distanciamiento con la realidad social, por ejemplo, no se observa que el Estado reafirme su sistema de valores a través de definiciones legales que protejan a sujetos ubicados socialmente en los más bajos niveles. De ahí la necesidad de revisar la autoconstatación y las definiciones de lo protegido, para llevar a cabo tanto una política de descriminalización como también de criminalización desde otra perspectiva.<sup>28</sup> Perspectiva que parte de la idea de que el hombre no puede ser instrumento del Estado, es el

22. MIR PUIG, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Bosh, Barcelona, 1979, PP' 21 y ss.

23. "Con frecuencia se afirma que lo que comenzó como opiniones de minorías débiles pero vociferantes terminó siendo adoptado por la poderosa aunque silenciosa mayoría.

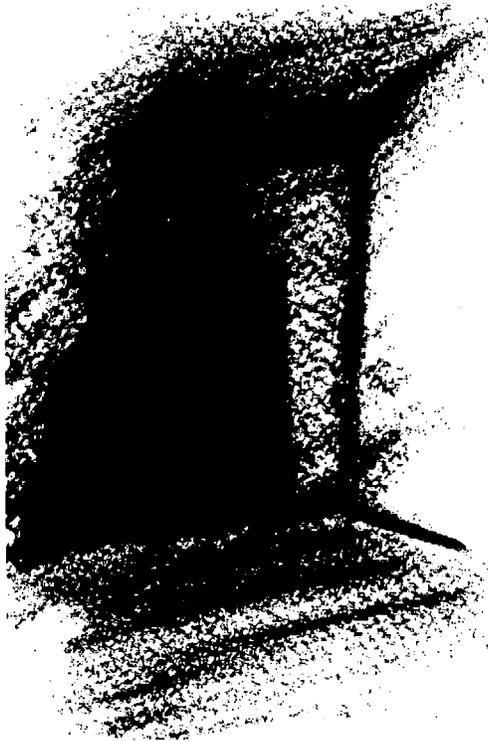
24. Hay sujetos que no son intimidables, no resocializables.

25. No se pierda de vista que el Estado tiene una libertad política para descriminalizar según el país y el momento.

26. Vid, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, cit., p. 118.

27. *Ibidem*, p. 120.

28. *Ibidem*, p. 121.



Estado el que debe ofrecer todas las posibilidades, para que no se cometan delitos y no intervenir más allá de los estrictos límites de necesidad, ya que el Estado fija las normas penales, entonces que evite su concreción y respete la dignidad humana. El Estado debe recurrir a su sistema en su conjunto en una progresiva evolución que logre el reconocimiento de todos los órdenes de valores existentes incluyendo los individuales para que, cuando reprima en cada caso concreto, el sujeto no tenga que renunciar a su socialización adoptando las pautas estatales, sino que el Estado brinde la posibilidad de ser libre. Ello entonces supone reconocer al Estado en su conjunto como corresponsable en el delito, ya que de partida, es él el que lo fija y, por tanto, tiene que preocuparse también de establecer las condiciones más favorables para que el individuo particular no delinca.<sup>29</sup>

El individuo tiene necesidades y las expone, por ejemplo, el movimiento ecologista, que se vuelve a mencionar porque plantea una nueva ética social dentro del marco de libertad que el Estado debe garantizar, porque los individuos son reales y autónomos y el Estado sólo es una forma de organización de éstos para su mayor felicidad y no infelicidad.

29. *Ibidem*, p. 122.

Es, por tanto, una exigencia democrática el respeto a las garantías que deben acompañar al individuo frente al *ius puniendi*. Se coincide con Jescheck en que "la función represiva del Derecho Penal no es expresión del deseo de realizar a través de la justicia terrena un ideal moral absoluto, sino un medio necesario para alcanzar la protección de la sociedad de una forma justa".<sup>30</sup>

#### **A. El fundamento constitucional**

La Constitución ofrece el marco jurídico-político general del sistema penal y actúa como elemento interpretativo de un Código Penal dictado sobre la base de una realidad. La Constitución da la base para postular una adecuada política criminal si la que ésta se convierta en un cerco para la democratización de la intervención punitiva del Estado, pues la participación de los miembros de una sociedad no puede hacerse a un lado.<sup>31</sup>

30. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tr. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. Primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 6.

31. BRICOLA, F., en su "Teoría General del Reato", sostiene que la Constitución es límite en la tarea que él denomina despenalizadora, ya que afirma que ésta es posible siempre que se considere que existe un cierto arbitrio del legislador en la elección de los hechos que se configuran o no como delitos. Claro está que con unas limitaciones específicas contenidas precisamente en la Constitución. Citado por PERIS RIERA, Jaime Miguel, *El Proceso Despenalizador*, Universidad de Valencia, España, 1983, pp. 173 y ss.

Es el ordenamiento jurídico el que relaciona y condiciona los bienes jurídicos, que son conceptos y elementos propios del Derecho Penal surgidos de la vida social, pero la intervención punitiva del Estado exige un fundamento especial que está en la Constitución y constituye la principal garantía del ciudadano frente al Estado porque la mayor virtud, desde el punto de vista democrático formal, está en la Constitución. La validez del sistema punitivo sólo puede garantizarse si existe una fuerza que quite todo aquello que socialmente deja de ser relevante; la Constitución desde su posición limitadora puede lograrlo.

El contenido constitucional pugna por la defensa de valores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por lo que toda creación legislativa está sujeta a la Constitución.

La creación de normas debe enmarcarse en la Constitución con límites y mandatos estables y aceptados por grupos sociales atacantes de la norma, porque emergen de la necesidad social que surge ante la comisión de eventos antisociales. Estos límites son de alto rango formal, político y ético social. Son políticos porque causan consenso entre las fuerzas políticas en el desarrollo de la vida social, son éticos porque surgen de las valoraciones propias de la vida en sociedad. Son tres los aspectos que deben tomarse en cuenta:

**1. La referencia constitucional encuentra su primer expresión en las garantías que han de respetar los poderes públicos en materia penal, como una regla básica de la democracia; en el principio de legalidad penal; en el derecho a la libertad y a la seguridad personal; en el derecho a la vida y la integridad física y moral, con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; y la protección judicial de los derechos individuales. Sin embargo, la presencia de estos principios en la Constitución, no garantiza su aplicación concreta porque para ello es necesario plantear medios que aseguren la protección real de estos derechos y libertades de la gran mayoría de ciudadanos.**

**2. La Constitución marca metas de contenido social al establecer la reeducación y la reinserción social como orientación de las penas y las medidas de seguridad. Con esta idea el Estado se convierte en un Estado social que va más allá de las garantías formales y se fija metas concretas de contenido social. Este imperativo tiene eficacia si se le orienta en programas de política general\*en los que el legislador, personal penitenciario y aplicadores del derecho coadyuven verdaderamente.**

**3. Normas constitucionales aptas para vincular la política criminal con la política social, acorde con**

**4. los intereses que han de guiar un desarrollo político global en beneficio de las clases populares y protectoras de la dignidad. El crimen no es patrimonio de ninguna clase social sino, en términos de García Pablo, un fenómeno ubicuo que se reparte a lo largo y a lo ancho de la pirámide social: "numerosos informes de auto denuncia ponen de relieve que también los individuos pertenecientes a las clases media y alta infringen las leyes penales ... cosa distinta es la desigual y discriminatoria incidencia del control social penal".<sup>32</sup> Estos principios no tienen incidencia inmediata y automática sobre la realidad pues el grupo en el poder deja vacíos estos preceptos. En clara argumentación De Sola Dueñas lo resume así: "intentos por parte de los sectores dominantes de dejar vacíos de sustancia todos aquellos preceptos cuyo desarrollo consecuente pueda debilitar o poner en peligro sus posiciones e intereses".<sup>33</sup>**

Ahora bien, expuestos los aspectos, se comprende que la sanción penal representa el último recurso del poder del Estado y contemplada por regla general en las constituciones, de cuya regulación se desprenden consecuencias en orden a su concepto, finalidad y determinación. La Constitución contiene principios fundamentales de carácter penal y su articulación para aquello que concierne a los derechos de libertad, a la organización del Estado y a sus poderes, se refleja necesariamente sobre la ley penal, sea en la parte general, sea en la parte especial del Código Penal, en cuanto que la ley penal por su naturaleza, limita la esfera de libertad del ciudadano y, por ello, la Constitución debe representar su parámetro de validez".<sup>34</sup>

La Constitución es el punto de partida que marca, dentro de unos límites bien definidos, aquellos comportamientos que pueden ser reprimidos con la sanción penal. Establece así una relación directa entre la necesidad de reducción del ámbito de las infracciones penales y la exigencia de que la inclusión o exclusión de tipos legales se efectúe partiendo de premisas de orden constitucional. Estos problemas están directamente relacionados con la actuación constitucional, porque la elección y delimitación de aquellos bienes que deben ser sometidos a tutela penal se basan en la jerarquía de los valores expresados en ella.

32. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología, Introducción y teoría de la Criminalidad*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 163 y 164.

33. DE SOLA DUEÑAS, Angel, *El Pensamiento Criminológico*, ob. cit., p. 254.

34. Dis. NUVOLONE, P., *Il Sistema del Diritto Penale*, CEDAM, Padova, 1975, p. 35.

En primer lugar, deben excluirse de prohibición penal aquellos comportamientos que han perdido relevancia social y, en segundo lugar, la adecuación a la Constitución se debería convertir en la inclusión de aquellos hechos que a pesar de ofender importantes intereses constitucionales han sido olvidados hasta ahora por el legislador.<sup>35</sup>

Dentro de los derechos constitucionalmente garantizados se comprenden no sólo derechos del individuo sino también valores objetivamente tutelados como, ^por ejemplo, la protección del medio ambiente<sup>36</sup> y aquellas situaciones subjetivas que se constituyen en derechos inviolables, como por ejemplo, el derecho a que la vida privada sea respetada, y tal derecho debe constitucionalmente ser relevante y otorgar legitimación a toda norma jurídica dirigida a tutelarlos. La Constitución tiene una importancia fundamental para todo el Derecho Penal y los intereses que en ella residen habrán de ser tenidos en cuenta por el legislador, tanto en el momento de determinar qué hechos deben ser configurados como infracciones de índole penal como a la hora de concretar la pena que se prevé para los mismos.<sup>37</sup> Y habrá que admitir que estos límites contribuyen a convertir menos arbitrarias las actividades de eliminar o crear tipos legales. La tutela de bienes jurídicos es un límite a esta actividad:

***La sanción es un instrumento de aseguramiento del Estado, la reafirmación de su existencia y una necesidad para su subsistencia.***

Esa tutela, cuya concreción queda en manos del legislador ordinario, le obliga a que su labor criminalizadora o descriminalizadora, sea coherente con el conjunto de valores e intereses que por su naturaleza constitucional, dotan de cohesión al ordenamiento jurídico".<sup>38</sup>

De lo expuesto se deriva de la Constitución un principio rector en la función punitiva: el principio de intervención penal mínima que a continuación se expone.

### **B. El principio de intervención penal mínima**

Deriva de los derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución. Revela una relación entre el Derecho Penal y las restantes normas no penales. Deriva de una relación horizontal de coordinación entre el Derecho Penal y las restantes ramas jurídicas del mismo rango, coordinación que exige homogeneidad entre las normas penales y no penales conformadoras o incidentes en el mismo ámbito social o jurídico. De esta relación es que surge el carácter subsidiario o fragmentario del Derecho Penal y la intervención mínima. Al respecto Rodríguez Ramos afirma que: "de esta necesaria relación horizontal de coordinación se derivan a su vez dos cuestiones y principios secundariamente constitucionales, que son el posible carácter secundario o auxiliar del Derecho Penal y el llamado principio de intervención mínima".<sup>39</sup> De aquí surge una idea: el Derecho Penal es principal cuando su intervención es necesaria para regular una clase de antisocialidad y no existen otros remedios menos represivos, es decir, no hay otra rama jurídica capaz de enfrentarlo con la misma efectividad. Pero también puede ocurrir a la inversa, que el Derecho Penal sólo sea auxiliar y secundario respecto a otras normas jurídicas (derecho administrativo).

El principio de intervención penal mínima encuentra su fundamento en la unidad del ordenamiento jurídico, porque exige de las diversas ramas jurídicas una distribución de roles en la protección de bienes jurídicos. Las normas penales, en una adecuada articulación con las no penales, sólo deben crearse cuando los bienes jurídicos reclamen la sanción más grave. Como se ve, este principio, que actúa como freno de la creación y mantenimiento

35. MANOVANI ha señalado que existen frente a esta cuestión dos tesis: una amplia, en que la norma penal puede tutelar cualquier interés "con tal de que no sea incompatible con la Constitución", y otra estricta, referible a que la norma penal sólo debe recoger la protección de intereses que sean constitucionalmente significativos dejando a la sanción administrativa la tutela del resto de los intereses que no son relevantes para la Constitución. Citado por PERIS RIVERA, Jaime Miguel, *El Proceso Despenalizador*, ob. cit., p. 181.

36. Se podría poner como ejemplo la regulación que en el art. 45.1 de la Constitución Española se hace del ambiente: "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo".

37. Vid. PERIS RIVERA, Jaime Miguel, *El Proceso Despenalizador*, cit. p. 188.

38. Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Constitución y Ley Penal", Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 11, Madrid Junio de 1986, p. 656.

39. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de normas penales", *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 1, vol. 1, México, enero-marzo, 1983, p. 53.

de las normas penales, se fundamenta también en la Constitución: reconocimiento de la libertad como valor superior; de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social y todos los derechos y libertades previstas en la Constitución como son: igualdad ante la Ley, derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a no ser sometido a tortura y tratos inhumanos y degradantes, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad y seguridad, libertad de expresión, libertad de asociación, derecho a la participación política, derecho a la defensa, libertad de enseñanza. Todos ellos limitan la actividad legislativa penal para privar de alguno de los derechos o libertades fundamentales.

Esto es lo que justifica precisamente la actividad legislativa, pues con basé en esos derechos y libertades, una norma penal puede merecer su calificación de anticonstitucional cuando va en contra de ellos.

Las normas vacías, falacia de solución a problemas sociales, sólo sirven de obstáculo a la verdadera solución de problemas sociales, que en ocasiones requieren tan sólo de intervenciones no penales: "resultarían inadmisibles normas penales...que sólo intentaran crear un ambiente propicio para el tratamiento del delincuente desviado que mediante una criminalización simbólica quisieran hacer creer que se ha solucionado un problema social que requiere otros tratamientos políticos y jurídicos no penales y, en general, siempre que se criminalicen conductas sin necesidad o sin posibilidad de eficiencia."<sup>40</sup>

Es necesaria la defensa del principio de intervención mínima en aquellas áreas en que el Estado debe reducir su ámbito de aplicación, sobre todo cuando se le destina a las clases menos favorecidas socialmente. Esto choca con los principios de igualdad jurídica y de las condiciones para promoverla y fundamenta la necesidad formal y real de eliminar los comportamientos de los no poderosos, sustituyéndolos por medidas de política social que, enfrentando sus verdaderos problemas, eliminen la sanción penal del estigma y doten de otras medidas carentes de estos efectos represivos. El principio de igualdad reduce la distancia entre la minoría castigada y la mayoría que resulta impune por pertene

cer a otro nivel socioeconómico. La desaparición de algunos tipos legales reduce los efectos de la desigualdad.

De acuerdo con Mir Puig, el principio de intervención mínima parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico: "Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del Derecho Penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con

***Un Estado social y democrático de derecho exige que las sanciones penales cumplan una regulación activa de la vida social, asegurando su funcionamiento por medio de la protección de los bienes de los ciudadanos y que sea idónea para la prevención.***

frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad".<sup>41</sup> Atentatorio de este principio lo es la creación de tipos legales innecesarios, agravamiento de punibilidades o la ampliación de estados peligrosos, por ejemplo, la reincidencia. El Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico frente a ataques más intolerables que se realizan contra el mismo<sup>42</sup> y la tesis que lo fundamenta es aquella en que se afirma que el Derecho Penal no puede nunca empelarse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísi

40. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales*, ob. cit., p. 56.

41. MIR [UOG. SANTIAGO INTRODUCCION A LAS BASES DEL DERECHO PENAL, BARCELONA, ED. BOSCH, 1976, P. 125.

42. VID. MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, EL PRINCIPIO DE INTERVENCION PENAL MINIMA, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, TOMO XL, FSC, I MADRID,ENERO-ABRIL, 1987,9.100.

mas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales.<sup>43</sup>

El principio de intervención mínima significa también que el Derecho Penal interviene mínimamente en la sociedad porque aún confía en el hombre y porque al intervenir mínimamente, más fecunda y próspera será la vida en comunidad frente a los ataques más intolerables que se realizan contra la misma. El Derecho Penal es la última instancia a la que pueden llegar los ciudadanos para resolver sus conflictos.

Para Muñoz Conde, la intervención mínima es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, deriva de la propia naturaleza del Derecho Penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte, fragmentos, si bien la de mayor importancia.<sup>44</sup>

Se trata de una exigencia ética dirigida al legislador que, si no la respeta, castigando más de lo que debe castigar, se origina una criticable hipertrofia penal

que, por otra parte, es precisamente lo que constituye la razón por la cual se eliminan tipos legales.

Cuestiones como el urbanismo, la política agraria, el trabajo, la vivienda, la enseñanza, la asistencia social, la salud, la política de inversiones y de distribución de la riqueza, tienen especial importancia para corregir desequilibrios sociales, su desarrollo es posibilidad de intervención preventiva no penal.

El punto de partida de la intervención habrá de ser la realidad social, con sus tensiones y contradicciones, pero sin extralimitaciones que sólo importen comportamientos que interesen a la perpetuación de grupos en el poder.

Por lo expuesto, debe hacerse una verdadera investigación sociológica del Derecho Penal que, asociada a los factores condicionadores de antisocialidad, permita desentrañar las circunstancias que rodean cada incriminación, lo que permitiría enfocar con seguridad y pertinencia todos los aspectos de la problemática delictiva.

43. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, EDO. CARCANOVA, BARCELONA, 1891, P. 48

44. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, ED. BOSCH, BARCELONA, 1975, PP. 71 Y SS.