

Los derechos humanos y la distribución del castigo*

Serafín Ortiz Ortiz**

Introducción

El respeto a los Derechos Humanos marca el límite al derecho a castigar. Un Estado que re conozca los Derechos Humanos debe ceñir su actuación punitiva hasta los límites establecidos por los principios del respeto a la vida, a la libertad, a la igualdad y a la seguridad jurídica; el desbordamiento de estos derechos da acceso al autoritarismo estatal.

Es nuestro interés en esta ponencia identificar la relación que guardan los Derechos Humanos y los principios liberales del derecho penal, fundamento restrictivo del exceso punitivo estatal.

El reconocimiento formal de estos principios es una tradición en el discurso jurídico, sin embargo a menudo acontece que su aplicación en la práctica punitiva dista mucho de ser una realidad, es decir, la contradicción es evidente: el discurso garantista va por un lado y la práctica punitiva va por otro diametralmente opuesto.

No obstante la contradicción, el discurso se fortalece para forjar en la "conciencia colectiva" la idea de que a través de la aplicación de aquellos principios liberales la justicia penal es igualitaria.

Como consecuencia del fortalecimiento en la conciencia social de los principios liberales, en la sociedad

se produce un "saber común" que comparten los ciudadanos -no sólo los juristas, sino también la ciudadanía en general de donde derivan los principios del "saber común" sobre derecho penal. Estos principios que dan idea general de qué es el derecho penal, cuál es su fundamento, cómo funciona y para qué sirve no resisten la investigación criminológica ni el enfoque sociológico y al hacerlos pasar por el lente de la criminología se fractura la ideología jurídico-penal.

Y no es que no sirvan para nada los principios liberales -porque en realidad han servido para contraponerlos a la arbitrariedad estatal sino que en torno a estos principios se ha producido toda la ciencia penal forjadora de la ideología penal que a la postre produjo el "saber común" sobre derecho penal. En todo caso si esta ideología igualitaria se fractura ante la crítica de la criminología también se fractura el derecho penal.

Ante esta situación han de retomarse los Derechos Humanos para reorientar el sentido de los principios liberales que pueden ser la base -sí y sólo si se aplican en la práctica punitiva de un derecho penal democrático, en cuya construcción deberán tener participación todos los sectores sociales y deberán quedar protegidos los intereses de mayor significación social.

I. Los Derechos Humanos y los principios liberales del derecho penal

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución francesa, se protegen como derechos naturales del individuo los Derechos Humanos, en ésta se contienen los principios de legalidad, de inocencia, de legalidad en el procedimiento

* Ponencia presentada al IV Congreso Nacional de Criminología, Querétaro, 1990.

** Profesor de la Maestría en Política Criminal de la ENEP Acatlán.

penal y de culpabilidad⁽¹⁾. En el presente siglo la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948 en París la Declaración Universal de Derechos Humanos para proteger los derechos y libertades fundamentales del hombre. En material penal la Declaración establece el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y prohíbe la tortura, asimismo consagra los principios de legalidad, de legalidad en el procedimiento, de inocencia (presupuesto de la culpabilidad) y de culpabilidad⁽²⁾.

El Senado de la República Mexicana aprobó el 8 de diciembre de 1980 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica. Asimismo el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aprobados por la ONU el 16 de diciembre de 1966; ambos documentos por la aprobación del gobierno mexicano constituyen parte del derecho positivo nacional. La Convención establece, en materia penal, el principio de legalidad de donde derivan garantías en materia procedimental y de ejecución penal. En tanto el Pacto prevé algunos derechos concretos en materia penitenciaria⁽³⁾.

En los Derechos Humanos se encuentra el fundamento de los principios y garantías en materia punitiva.

Los principios liberales del derecho penal son conquistas sociales, que tomaron como base los Derechos Humanos, para contener los excesos del poder estatal. Sin embargo no se crea que los principios liberales han sido suficientes para asegurar la correcta impartición de justicia penal, en muchas ocasiones invocando estos mismos se han cometido injusticias. Empero, lo más grave parece ser el uso que se ha dado a los principios liberales que han servido como base del discurso penal, así su reconocimiento formal da por hecho su aplicación y en la práctica penal es más frecuente la violación de estos principios que su respeto. De este modo se hace evidente que discurso garantista y práctica penal transitan por niveles diferentes, cuando no contradictorios.

De cierto debemos reconocer el mediano alcance de los principios liberales, pero hoy se presentan como el único recurso para contener los excesos punitivos. Así, el derecho penal debe tener como columna vertebral los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, fragmentariedad, subsidiariedad, legitimidad⁽⁴⁾ y las garantías que de ellos derivan.

II. Los principios del "saber común" del Derecho penal y su confrontación con el saber criminológico

La ciencia jurídico-penal, a través de la dogmática, construye su bagaje conceptual partiendo de la ley positiva que tiene como pilares a los principios liberales

1 Garda Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2a. edición, México, 1988, p. 42.

2 Terrazas R., Carlos, *Los derechos humanos y las sanciones penales en México*, Cuadernos de INACIPE, 1a. edición, México, 1989, p. 36.

3 *Ibidem*, p. 39.

4 De la Barreda Solórzano, Luis, "La democratización del derecho penal", Revista *Topodriio*, Universidad Autónoma Metropolitana, No. 3, otoño, México, 1988, pp. 58-59.



del derecho penal. De esta construcción y sistematización conceptual emana la doctrina penal que podemos también identificar como el saber penal.

El discurso penal generado por la doctrina produce a su vez un "saber común" acerca del derecho penal -que comparten los juristas y la comunidad en general de este conocimiento sencillo (teoría de sentido común) surge un conjunto de principios, forjado a partir de la ideología penal dominante, fácilmente identificables y que constituyen el núcleo constante de esa ideología⁽⁵⁾, estos son:

a) *Principio del bien y del mal.* El delito es un daño social, el delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. El crimen es el mal, la sociedad el bien.

b) *Principio de culpabilidad.* La conducta criminal es un acto consciente contra los valores y las normas de una sociedad, por lo mismo reprochable.

c) *Principio de legitimidad.* El Estado está legitimado para reprimir la criminalidad a través de las instancias oficiales para reafirmar el derecho.

d) *Principio de igualdad.* El derecho penal es igual para todos. La reacción penal se aplica de igual manera a todos los autores de delitos. La criminalidad significa la violación del derecho penal y; como tal, es el comportamiento de una minoría desviada.

e) *Principio de interés social y del delito natural.* Las normas penales protegen intereses fundamentalmente (bienes jurídicos esenciales que son el núcleo de los delitos naturales).

f) *Principio del fin o de la prevención.* La pena no tiene la función de retribuir el delito, sino la de prevenirlo. Como sanción abstracta contiene una contra-motivación (intimidación) y como sanción concreta debe lograr la readaptación del delincuente⁽⁶⁾.

Vistos los anteriores principios y analizando su contenido se evidencia la ideología penal imperante, que ha quedado rezagada ante la avalancha de conocimientos provenientes de las disciplinas sociológica y criminológica, por ello en su confrontación con el enfoque criminológico se fractura, o como acertadamente afirma el doctor Alessandro Baratta:

"La criminología pone en duda aquellos principios" y trae como consecuencia "la negación de la ideología jurídico-penal"⁽⁷⁾.

Para establecer la confrontación entre los principios del "saber común" producto de la ideología penal y el saber criminológico analizaremos tres principios, ya que por limitaciones de espacio no podemos confrontar los todos, estos son: el principio de culpabilidad, el principio de igualdad y el principio de la prevención^(*).

El principio de culpabilidad. Las teorías de las subculturas criminales ponen en duda el principio de culpabilidad. Según estas teorías no existe un sistema oficial de valores, los procesos de socialización y aprendizaje de los individuos se desarrollan de acuerdo a los ambientes y los grupos sociales en donde el sujeto está inserto, el hecho de que el individuo participe o se corresponda con alguna subcultura y como consecuencia de su entorno social aprenda un diferente sistema de valores o modelos de comportamiento desviado, queda fuera de su decisión y a veces de su elección y por lo tanto no se le puede atribuir responsabilidad moral⁽⁸⁾. ¿Puede reprochársele su comportamiento a un sujeto que no tiene otra alternativa de conducta? Un reproche a la responsabilidad ética aparece como inmoral.

Respecto del principio de culpabilidad debe también reflexionarse lo expuesto por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni acerca de la participación que la sociedad tiene en la conducta criminal, es decir, si el hombre existe coexistiendo -porque además es la única forma de existir en sociedad alguna responsabilidad debe tener la sociedad respecto del crimen. A esta participación social Zaffaroni llama co-culpabilidad⁽⁹⁾.

El principio de igualdad. La teoría del etiquetamiento de la reacción social niega que el derecho penal sea un derecho igualitario. Esta teoría sostiene que el criminal es un sujeto al que se le ha adjudicado con éxito una etiqueta y desde luego los sectores sociales marginales son los que mayor posibilidad tienen de ser etiquetados; de ello resulta que el derecho penal selecciona a su clientela en los estratos bajos. Por otra parte se evidencia que la criminalidad captada por el sistema penal no es toda la criminalidad pues algunos delitos no se persiguen y muchos no se sancionan (tal como lo demuestran los estudios sobre la "cifra oscura" y la delincuencia de "cuello blanco") sino que se detienen o se resuelven en los filtros del sistema, así si analizamos la población penitenciaria como telón de fondo del derecho penal nos damos cuenta que en la cárcel no están todos los que son, ni son todos los que están, la distribución del castigo es fragmentaria y desigual. De esta forma la teoría de la reacción social demuestra contundentemente el carácter selectivo y desigualitario del derecho penal y, desde luego, pone en evidencia al principio de igualdad.

* Para una explicación más amplia remitimos al lector a la obra de Alessandro Baratta, de quien es producto esta confrontación.

5 Baratta, Alessandro, *Política criminal y reforma del derecho penal*, Editorial Trófic, Bogotá, Colombia, 1982, pp. 30-31.

6 *Ibidem.*, p. 32.

7 *Ibidem.*, p. 33.

8 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, la. edición, México, 1986, pp. 71, 72 y 73.

9 Zaffaroni, E. Raúl, *Política criminal latinoamericana*, Editorial Hammurabi, la. edición, Buenos Aires, 1986, p. 340.

El principio de la prevención. Los estudios criminológicos acerca de la efectividad del derecho penal y de las penas han cuestionado el fin de la resocialización, es decir, la pena privativa de libertad, eje sobre el que gira todo el sistema penal, no resocializa y, contrario a los fines propuestos con la prisión se alcanzan objetivos diametralmente opuestos. Desde esta perspectiva la cárcel no resocializa sino que desocializa⁽¹⁰⁾ al sujeto, lo cual la constituye en inminente factor criminógeno. De este modo si con la pena no se logra el fin de prevención el derecho penal se convierte mecánicamente en pura y simple represión.

III. Los principios de un derecho penal democrático

Sólo con la auténtica participación ciudadana se puede construir un derecho penal democrático. La otra "participación de segunda" o pseudo participación no garantiza un derecho penal igualitario, como acertadamente señala el doctor Luis de la Barreda "La representatividad (tal como se da en la democracia representativa, no constituye, por sí misma, una verdadera participación popular en la elaboración de las normas jurídicas) no puede ser pensada como sustituto de la participación"⁽¹¹⁾. Un derecho penal democrático no debe dirigirse a salvaguardar intereses minoritarios con base en diferencias económicas, sociales, políticas o culturales. Tampoco debe servir a una mayoría irrespetando cualquier manifestación minoritaria sino que tiene que hacer compatibles los intereses de todos los sectores y proteger los de mayor significación social.

Así las cosas deberán ser bastiones del derecho penal democrático: el principio de participación ciudadana en la creación de normas penales y el principio de distribución igualitaria y no fragmentaria del castigo.

a) *El principio de participación ciudadana en la creación de normas penales.* En la construcción de este derecho penal deben tener participación todos los sectores sociales y el conjunto normativo producto de esa participación deberá proteger los intereses de mayor significación social. Se advierte, desde luego, que los intereses sociales más relevantes que han de protegerse son los derechos fundamentales del hombre. Así los Derechos Humanos y los principios liberales son el punto de partida del derecho penal democrático.

b) *El principio de distribución igualitaria y no fragmentaria del castigo.* Las sanciones deben alcanzar a todos los sujetos que cometan delito independientemente de su condición socioeconómica o su pertenencia a grupos de poder, de esto se deriva que la participación en el castigo también es democracia. Sin embargo el castigo impuesto



al infractor no debe dar cabida a los excesos punitivos del sistema penal, en este caso los Derechos Humanos y los principios liberales deben cumplir una función de contención de la violencia punitiva⁽¹²⁾.

El proyecto del derecho penal democrático comprende, como ya lo enunciamos, el respeto a los Derechos Humanos y a los principios liberales y se perfila hacia la construcción de un derecho penal menos represivo, por lo tanto debe perseguir el mayor bienestar para la mayoría no delincuente y el menor dolor para la minoría que delinque, obvio resulta que el menor dolor del delincuente comprende la contención de la violencia punitiva.

En este bosquejo de ideas retomo las ideas centrales del derecho penal mínimo expuesto por Baratta y Ferrajoli en obras recientes, en donde sostienen que el derecho penal debe: proteger al más débil frente al más fuerte; a la víctima que resiente la agresión del delincuente y al delincuente que es victimizado por el sistema penal.

En realidad la búsqueda de un derecho penal cada día menos represivo nos conduce a lo que alguna vez expusiera Gustav Radbruch "No debe esperarse un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal".

10 Muñoz Conde, Francisco, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", *Política criminal y reforma del derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 131.

11 De la Barreda, Luis, *ibidem* p. 55.

12 Baratta, Alessandro, Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal, Capítulo Criminológico No. 13, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo Venezuela, 1988, p. 75.