

Alessandro Baratta

Principios de Derecho Penal Mínimo

En: BARATTA, Alessandro, «Criminología y Sistema Penal (Compilación *in memoriam*)», Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333

**PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO
(PARA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS
COMO OBJETO Y LÍMITE DE LA LEY PENAL)***

Introducción

La tarea que me he propuesto en estas páginas es la de realizar una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como idea-guía para una política penal a corto y mediano plazo. La adopción de esta idea pretende ser una respuesta a la cuestión acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal.

El concepto de los derechos humanos asume, 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, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal¹. Un concepto histórico-social de los dere-

* Universidad del Sarre (Saarbrücken), R.F.A. Traducido del italiano por Beatriz Lenzi, Universidad de Firenze.

Publicado en "Doctrina Penal", año 10, n^{os} 37 a 40, 1987.

¹ Un concepto histórico-social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de tutela penal, además de intereses individuales, también aquellos intereses colectivos, como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. Estos objetos abarcan también la tutela de las instituciones, pero, únicamente, en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función de la autorreproducción del

chos humanos ofrece, en ambas funciones, el instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa del control social.

La orientación hacia tal estrategia puede derivar también de los resultados hasta ahora alcanzados, en el ámbito de las ciencias histórico-sociales y de la criminología crítica, en el análisis de los sistemas punitivos en sus manifestaciones empíricas, en su organización y en sus funciones reales.

Los principales resultados pueden resumirse en las siguientes proposiciones:

a) la pena, especialmente en sus manifestaciones más drásticas, que tienen por objeto la esfera de la libertad personal y de la incolumidad física de los individuos, es violencia institucional², esto es, limitación de derechos y represión

sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas. La perspectiva humanística que fundamenta la política de la mínima intervención penal le imprime a ésta una dirección opuesta a la de las actuales tendencias hacia una expansión tecnocrática del sistema punitivo para la tutela del "orden", en relación al cual, la subjetividad y la diversidad de los individuos son consideradas como potenciales factores de perturbación, en tanto que las necesidades reales de los hombres están tautológicamente limitadas a los requerimientos de confianza en el orden institucional (G. SMAUS, 1985; A. BARATTA, 1985, 1985a).

En la perspectiva que aquí se plantea, conceptos como los de la "seguridad del Estado", el "orden público", la "economía nacional", etc, tienden a ser relativizados desde el punto de vista de las necesidades de los hombres y de la comunidad, y no a la inversa. A este propósito, en un fundamental y valioso estudio de E. R. ZAFFARONI (1985), se plantea la necesidad de instrumentar la articulación de un concepto amplio de los derechos humanos, individuales y económico-sociales, como criterio de valoración para un análisis crítico de los actuales sistemas punitivos en los países latinoamericanos. Este estudio, que es el documento final de una iniciativa de investigación interregional patrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, constituye un modelo de propuesta para una política criminal alternativa, que se vale de enfoques originales y fecundos, que han sido tomados en consideración en la preparación del presente trabajo.

² Para este concepto, dentro del ámbito de una teoría general de la violencia, cfr. J. GALTUNG (1975); en particular, cfr. P. WALDMAN (1977, 181 ss.).

de necesidades reales fundamentales de los individuos, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder legítimo o del poder de facto en una sociedad³.

b) Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados. Sin embargo, en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos⁴.

c) El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal). Todo ello está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales, y de que las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales (A. BARATTA, 1986, 10 s.).

³ El caso del ejercicio extralegal del poder punitivo (penas extrajudiciales, acciones militares o paramilitares, torturas, desapariciones) representa una característica alarmante en ciertos países, en los cuales la función punitiva se ha desplazado -o tiende a hacerlo en mayor o menor proporción- fuera de los límites del derecho (A. BARATTA, 1985).

⁴ Lo dicho resulta evidente si se tiene en cuenta, en particular, la línea de las actuales tendencias de transformación de los sistemas punitivos en sentido tecnocrático; véase W. HASSEMER (1984); Ph. ROBERT (1985).

d) El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos.

e) El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena.

Si nos referimos, en particular, a la cárcel como pena principal y caracterizante de los sistemas penales modernos, correspondería, en primera instancia, comprobar el fracaso histórico de esta institución frente a sus principales funciones declaradas: contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado, defender intereses elementales de los individuos y de la comunidad. Sin embargo, en una consideración más profunda, estudiando la institución carcelaria desde el punto de vista de sus funciones reales, se comprueba más bien que éstas han sido históricamente desenvueltas con éxito. En efecto, rechazando la hipótesis irracional de la ausencia de conexiones funcionales entre esta institución y la sociedad, el análisis científico ha puesto en evidencia funciones reales distintas y opuestas a aquéllas declaradas y que, por tanto, explican su sobrevivencia histórica (M. FOUCAULT, 1975). La institución sirve, ante todo, para diferenciar y administrar una parte de los conflictos existentes en la sociedad como "criminalidad", es decir, como un problema social ligado a las características personales de los individuos particularmente peligrosos, lo cual requiere una respuesta institucional de naturaleza técnica, esto es, la pena o el tratamiento del desviado. En segundo término, la cárcel sirve para la producción y reproducción de los "delincuentes", es decir, de una pequeña población reclutada, dentro de aquélla mucho más amplia de los infractores, en las franjas más

débiles y marginales de la sociedad. Por último, la cárcel sirve para representar como normales las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad y para su reproducción material e ideológica.

En una economía política de la pena, el sistema punitivo se presenta, pues, no como violencia inútil, sino como violencia útil, desde el punto de vista de la reproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de quienes detentan del poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos. En consecuencia, el sistema punitivo aparece, en un análisis científico, como un soporte importante de la violencia estructural y, si concebimos ésta en su acepción más vasta, de la injusticia social, reprimiendo las necesidades reales de la mayor parte de los individuos, las que, habida cuenta del desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas de la sociedad, podrían, empero, ser satisfechas si las relaciones sociales de propiedad y de poder fuesen distintas y más justas (J. GALTUNG, 1975, 755 ss.).

La lucha por la contención de la violencia estructural es la misma lucha que por la afirmación de los derechos humanos. En efecto, en una concepción histórico-social, éstos asumen un contenido idéntico al de las necesidades reales históricamente determinadas (A. BARATTA, 1987; E. R. ZAFFARONI, 1985a). Se desprenden de aquí dos consecuencias: la primera es que una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social. Pues, en definitiva, no se puede aislar la violencia, concebida como violencia institucional, de la violencia estructural y de la injusticia de las relaciones de propiedad y de poder, sin perder el contexto material e ideal de la lucha por la transformación del sistema penal, reduciéndola a una batalla sin salida ni perspectivas de éxito (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1985). La segunda consecuencia es que las posibilidades de utilizar de modo alternativo los instrumentos tradicionales de la justicia penal para la defensa de los derechos humanos son sumamente limitadas.

No obstante, el concepto de derechos humanos, en la doble función antes indicada, continúa siendo el fundamento más adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal y para su articulación programática en el cuadro de una política alternativa del control social.

El análisis que sigue se refiere a los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal. El examen de los criterios correspondientes al respeto de los derechos humanos en el marco del proceso penal y de la ejecución de la pena excede los límites de este trabajo; me referiré a estos dos subsistemas de la justicia penal sólo en la medida en que sean indispensables para la enunciación de los principios de una política de menor intervención, a nivel de la criminalización primaria.

Los principios que se articulan a nivel de la ley y la idea de la mínima intervención penal se agrupan, ante todo, en dos categorías que dependen de la adopción de un punto de vista interno o bien externo al derecho penal. El punto de vista interno da lugar a los principios intrasistemáticos que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley. El punto de vista externo da lugar a los principios extrasistemáticos que se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal.

Parte I

Los principios intrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser clasificados en tres grupos:

- 1) principios de limitación formal;
- 2) principios de limitación funcional;
- 3) principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal.

1. Los principios de limitación formal pueden ser enunciados de la siguiente manera:

a) Principio de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto. Al hablar 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 de las necesidades reales fundamentales, generalmente reconocidas como derechos en una sociedad (A. BARATTA, 1985), podemos darnos cuenta fácilmente de que buena parte de la función punitiva se realiza, aun actualmente, fuera del derecho, a pesar de las conquistas alcanzadas, en la historia de las constituciones modernas, por las teorías liberales de la pena. Piénsese en la gravedad del fenómeno de la pena de muerte extrajudicial, en las torturas, en las desapariciones, en las acciones ilegales de la policía, de los cuerpos militares y paramilitares, en el desborde de la función punitiva al margen de la legalidad, como hemos visto en un pasado reciente bajo la dictadura fascista en Europa y vemos todavía en algunos países de América Latina.

El primer elemento de un programa de limitación formal de la violencia punitiva consiste, entonces, en reubicar a ésta en el ámbito y bajo el control de la ley. Al mismo tiempo, todo movimiento por la defensa de los derechos humanos en el área penal debe orientarse en el sentido de colocar efectivamente las penas extralegales bajo definiciones de comportamientos delictivos o cualquier otra definición posible de ilícito, dentro del marco del derecho vigente, y de sujetarlas a las sanciones que en cada caso correspondan, sean éstas penales, disciplinarias, civiles o administrativas⁵.

⁵ Un significado particular asume, en este contexto, una sentencia del Consejo de Estado en Colombia, que condena a la Nación colombiana en la persona del ministro de Defensa, a resarcir los daños (materiales y morales) a las víctimas de torturas perpetradas por los órganos de policía. La condena sanciona el principio de plena responsabilidad de los más altos poderes político-administrativos del Estado por violencias ilegales ejecutadas por funcionarios públicos contra ciudadanos que estaban bajo su custodia. Me refiero, en particular, a la sentencia 3507 del Consejo de Estado, III sesión del 27 de junio de 1985, en relación al contencioso-administrativo intentado por Olga López Jaramillo y por otras víctimas de torturas, contra el Estado colombiano (ministro de Defensa) para el resarcimiento de los daños sufridos.

El principio de reserva de ley impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo.

Los otros principios de limitación formal pueden ser considerados, a su vez, como especificaciones del principio de legalidad, entendido en sentido amplio.

b) *Principio de taxatividad*. La pena es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley. Esto impone una técnica legislativa que permita la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, y la limitación de las cláusulas generales y de los elementos típicos normativos por medio de reenvíos a valoraciones sociales y normas cuya existencia y cuyo contenido sean empíricamente comprobables⁶.

c) *Principio de irretroactividad*. Éste excluye la aplicación de penas, o de sus equivalentes, y de cualquier condición que agrave la situación del imputado, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho, principio que comprende al régimen procesal y de ejecución. Su función es la de asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas negativas del comportamiento individual.

d) *El principio del primado de la ley penal sustancial* tiene el propósito de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la situación del individuo

⁶ G. TEUBNER (1971) proporciona un análisis de las diferentes estructuras y funciones normativas de las cláusulas generales y de los distintos tipos de reenvíos que a ellas puede formular la ley, que resulta sumamente útil para un discurso dirigido hacia la eficaz realización del principio de legalidad en el uso de tales cláusulas.

en cada uno de los subsistemas en que puede ser subdividido el sistema penal, esto es, frente a la acción de la policía, dentro del proceso y en la ejecución de la pena. La limitación de los derechos del individuo, en cada uno de los subsistemas de la administración de la justicia penal, no puede superar las restricciones previstas taxativamente por la ley penal para los delitos de que pueda ser sospechado, imputado o condenado. Este principio excluye la introducción, de hecho o de derecho, de medidas restrictivas de los derechos del individuo, en el reglamento y en la práctica de los órganos de policía, del proceso y de la ejecución, que no sean estrictamente necesarias a los fines de la correcta y segura aplicación de la ley penal sustancial.

Las especificaciones del principio en los subsistemas de la administración de la justicia penal pueden ser solamente indicadas en el ámbito de un análisis sistemático de los criterios que los regulan. A título de ejemplo, cabe señalar, entre las consecuencias del primado de la ley penal sustancial en los diferentes sectores enunciados, las siguientes: la tutela de los derechos de libertad frente a la acción de los órganos de policía; los derechos de los imputados y de los condenados; los límites del poder discrecional de la policía y de los órganos del proceso penal; limitación del poder ejecutivo en el proceso; la independencia y la inamovilidad de los jueces penales; el respeto del principio de la prueba y la limitación de las consecuencias negativas para el imputado en la definición de la verdad procesal; los límites del poder disciplinario de los órganos propuestos para la ejecución.

e) El principio de la representación popular impone, en el procedimiento de formación de la ley penal, el respeto de los requisitos mínimos del Estado de derecho, en lo que concierne a la representatividad de la asamblea legislativa y a su funcionamiento regular; en particular, a la participación popular en la formación de la voluntad legislativa mediante elecciones libres y secretas y la libre organización de los partidos y de los movimientos políticos.

2. Los principios de limitación funcional son los siguientes:

a) *Principio de la respuesta no contingente*. La ley penal es un acto solemne de respuesta a los problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad. El procedimiento que conduce a esta respuesta debe comprender un exhaustivo debate parlamentario y debe estar acompañado de un profundo análisis en el ámbito de los partidos políticos y de una amplia discusión pública⁷.

La ley penal, por tanto, no puede ser una respuesta inmediata de naturaleza administrativa, como, en cambio, lo es frecuentemente en la práctica. Los problemas que se debe enfrentar tienen que estar suficientemente decantados antes de poner en práctica una respuesta penal. Ésta, por lo general, no puede contemplar situaciones atípicas o excep-

⁷ En relación a esta tesis, me ha sucedido, en más de una ocasión, tener que responder a objeciones basadas en el argumento según el cual, a menudo, la opinión pública expresa tendencias represivas que tienden a exaltar, más que a reducir, el momento punitivo en la gestión de conflictos y situaciones problemáticas. A este propósito, es oportuno subrayar que la "discusión pública", a la cual se hace aquí referencia, no tiene demasiada relación con la "opinión pública" de que pueden dar *cuenta*, por ejemplo, sondeos de tipo Gallup. Es fácil comprender que tales sondeos proporcionan el promedio de las opiniones de individuos aislados en su esfera privada, fuera de los contextos en que se articula la denominada "comunicación política de base" (G. SCHMITTCHEN, 1959). En este sentido, la opinión "pública" es, más bien, opinión privada, y en cuanto tal no expresa competencia política alguna de parte de los sujetos en el proceso de *formación* de la "voluntad popular". Sabemos que los sondeos de opinión no son en absoluto institutos de la democracia representativa y de la participación popular en la vida de las instituciones (W. HENNIS, 1957), sino al contrario, instrumentos de la tecnología del poder. Al hablar de discusión política, me refiero a los procesos de articulación autónoma del "mundo de vida" y de la conciencia de los conflictos en una comunidad "libre del poder" entre los portadores de las necesidades y de los derechos; procesos dentro de los cuales los sujetos actúan, en su competencia política de ciudadanos, como miembros de aquel "público" (*Öffentlichkeit*) que en un modelo de sociedad democrática, ejerce las funciones de control y de orientación de las instancias comunitarias e institucionales que, según una conocida reconstrucción de J. HABERMAS (1962), eran ejercidas por las élites burguesas en el Estado liberal clásico.

cionales. Los requisitos que caracterizan el derecho moderno, es decir, la abstracción y la generalidad de la norma, no deberían ser jamás derogadas por la ley penal. La experiencia de la legislación penal de emergencia (como es el caso de buena parte de la legislación antiterrorista) en Europa y su efecto negativo, al corromper la lógica de los códigos, debería proporcionar, en este sentido, una enseñanza válida para todo Estado de derecho.

En este orden se inscribe también una drástica contención de la tendencia a la así llamada administrativización del derecho penal. Con este concepto se indica la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales que sólo constituyen elementos secundarios y complementarios en el ámbito de leyes no penales. El criterio general es el de la autonomía de la respuesta penal; ésta, por regla, debe constituir el contenido principal del acto legislativo, y no, como a menudo sucede, representar solamente una línea secundaria de refuerzo respecto de la disciplina jurídica de materias no penales y de las formas específicas de responsabilidad de las partes interesadas que de esa disciplina generalmente se derivan⁸.

b) Principio de proporcionalidad abstracta. Sólo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales. Las penas deben ser proporcionales al daño social causado por la violación.

c) Principio de idoneidad. La violación grave de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad representan sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la introducción de la pena. El principio de idoneidad y los demás principios de limitación funcional señalan otras condiciones, positivas o negativas, que reducen ulteriormente el espacio reservado a la ley penal. Este principio obliga al le-

⁸ Sobre los límites y el carácter "marginal" de la asunción de infracciones, a título subsidiario, por parte del sistema punitivo en materia de competencia de la administración estatal, cfr. P. LASCOUMES (1983); Ph. ROBERT (1985).

gislador a realizar un atento estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la pena: sólo subsisten las condiciones para su introducción si, a la luz de un riguroso control empírico basado en el análisis de los efectos de normas similares en otros ordenamientos, de normas análogas del mismo ordenamiento y en métodos atendibles de prognosis sociológica, aparece probado o altamente probable algún efecto útil, en relación a las situaciones en que se presupone una grave amenaza a los derechos humanos.

d) *Principio de subsidiariedad.* Una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos. No basta, por tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere también demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social.

e) *Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social.* Está comprobado que la pena produce elevados costos sociales. Éstos no pueden ser simplemente valorados desde el punto de vista de un cálculo económico de costos y beneficios, sino, y por sobre todo, desde el punto de vista de la incidencia negativa que la pena puede tener sobre aquellas personas que constituyen su objeto, sobre sus familias y su ambiente social, y, más en general, sobre la sociedad misma. Desde este último punto de vista, se debe considerar el hecho de que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que aquélla interviene: piénsese en los delitos que se vinculan a conflictos intersubjetivos cuyas partes mantenían ya relaciones personales, y en particular, en los delitos de injurias y lesiones. Por otro lado, existen casos muy evidentes en los cuales la introducción de medidas penales produce problemas nuevos y más graves que aquellos que la pena pretende resolver (piénsese en la criminalización de la interrupción de la gravidez) y en los que ésta puede ser considerada como una variable esencial en la estructura de un problema social complejo. Se debe reflexionar, en esta pers-

pectiva, sobre la criminalización del uso del alcohol en tiempos pasados y sobre lo que hoy constituye la prohibición de estupefacientes. Sabemos, pues, que éste es el factor principal del cual depende la estructura artificial del mercado de drogas⁹ y que ésta, a su vez, determina, en torno de la producción y de la circulación de ellas, formas ilegales de acumulación y una criminalidad organizada de extrema relevancia; por otra parte, como es sabido, el prohibicionismo hace más grave y peligroso el uso de la droga para los consumidores.

El problema del costo social de la intervención penal tiene también gran importancia si se consideran los efectos desiguales de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social, efectos éstos, que dependen igualmente del diferente *status* social de dichos condenados. La incidencia negativa de la pena, especialmente de la pena carcelaria en sus familias, es mucho mayor en los estratos sociales más bajos que en aquéllos más elevados. Por otra parte, un reciente estudio ha demostrado que el efecto de la pena sobre la vida y el *status* social futuros del condenado es más grave en los jóvenes detenidos provenientes de estratos sociales inferiores que en aquéllos pertenecientes a estratos sociales superiores. Midiendo estos efectos sobre la base de la trayectoria social característica de estos sujetos a partir del estrato de pertenencia, se ha comprobado, en efecto, que los jóvenes ex detenidos de familias más aventajadas logran, después de un cierto tiempo, reintegrarse a su trayectoria normal, mientras que los detenidos provenientes de familias más humildes quedan marcados para siempre y permanecen por debajo de la trayectoria propia del grupo de origen¹⁰.

⁹ Para un examen más profundo de la influencia de la variable "criminalización" en el mercado del alcohol y en el de la droga, desde el punto de vista de la teoría económica, cfr. H. KUNZ (1976; 1985, 93 ss.).

¹⁰ Es éste uno de los resultados a que ha conducido una investigación en la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal (Canadá); cfr. A. P. PIRES, V. BLANKEVOORT y P. LANDREVILLE (1981).

Estas últimas consideraciones permiten concluir que el principio de proporcionalidad concreta, como guía de la ley penal, debe también tener en cuenta su aplicabilidad a sujetos provenientes de diversos estratos sociales. De ello deriva la exigencia de introducir, por razones de justicia, en el reglamento de las sanciones y los beneficios, criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su ambiente social, como, por ejemplo, la suspensión condicional, la semilibertad, la libertad condicional y las medidas alternativas. En este sentido, el principio de proporcionalidad concreta imprime a los criterios programáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y de beneficios, una dirección opuesta a aquella que, en la práctica actual, asumen las decisiones judiciales, cuando están orientadas por valoraciones como la de prognosis de criminalidad, las cuales, como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos¹¹.

f) Principio de implementabilidad administrativa de la ley. Con la introducción de este principio se intenta adoptar un método de argumentación que desplaza, en este caso, las bases del discurso hacia el terreno del adversario imaginario. Se toman, pues, en consideración las premisas de un discurso tecnocrático para mostrar y utilizar las consecuencias contradictorias de él respecto de su orientación, característica que tiende a la conservación del sistema punitivo, en virtud de su racionalización (lo cual, generalmente, incluye también su expansión).

¹¹ Cfr. D. PETERS (1973), quien muestra, en una investigación empírica sobre los órganos de justicia penal en la R.F.A., que, en las decisiones referidas a la mensuración de la pena y la concesión de atenuantes u otros beneficios, los jueces se orientan por un estereotipo de "criminal normal", cuyos requisitos objetivos y subjetivos coinciden solamente con aquellos que determinan la pertenencia a las clases sociales más débiles (precariedad de la institución laboral, financiera y habitacional, desorganización familiar, bajo nivel de instrucción, etc.).

La selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su propia clientela, consistente en individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas, no depende únicamente del hecho de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en una sociedad, sino que también tiene un ulterior origen estructural. Éste consiste en la gran discrepancia que existe entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictivos en la ley penal y los recursos administrativos y judiciales que tienen por objeto realizar las previsiones legislativas.

Por tanto, aun en una consideración que prescindiese de las variables sociales de su selectividad, la justicia penal se presenta como una organización que sólo puede funcionar selectivamente, esto es, dirigiendo las sanciones contra una parte infinitesimal de sus potenciales clientes, que son los infractores de la ley. Si se aplican aquellos conceptos pertenecientes a la sociología de la organización, se puede opinar que el sistema penal presenta una marcada inadecuación de los recursos que se le asignan para la implementación de sus programas de acción, es decir, para la aplicación de la ley penal.

Un intento de legitimar este funcionamiento selectivo se verifica hoy en la R.F.A. por medio de la llamada teoría de la prevención-integración (A. BARATTA, 1984; G. SMAUS, 1985). Esta teoría considera al sujeto que ha sido objeto de una sanción penal como portador de una función punitiva (G. JAKOBS, 1983), tendiente al restablecimiento de la confianza en el ordenamiento (jurídico-social) trasgredido por la violación de la ley. Pero esta legitimación, altamente cuestionable, cubre la realidad del funcionamiento del sistema que puede ser interpretada como el sacrificio simbólico del condenado considerado como chivo expiatorio¹², mientras que la mayor parte de los infractores de la ley permanecen impunes.

¹² Cfr., en este sentido, las observaciones conclusivas de mi estudio dedicado a la teoría de la prevención-integración (A. BARATTA, 1984).

El desigual funcionamiento de la justicia penal encuentra, pues, en la discrepancia entre los recursos administrativos y el programa legislativo, una causa estructural. Si no se quiere aceptar como fisiológica la existencia de una vastísima cifra oscura de criminalidad y la realización de la función punitiva por medio de chivos expiatorios, quedan teóricamente, sólo dos posibilidades: adecuar los recursos a los programas de acción legislativos, o bien, redimensionar los programas de acción sobre la base de los recursos disponibles en o para el sistema. La primera alternativa debe ser excluida no sólo por la imposibilidad de realizar una gigantesca inversión, cuyos costos económicos jamás podrían equilibrar los eventuales efectos útiles del sistema mismo, sino también porque sería insostenible el costo social de una operación de efectiva adecuación, que, de todas maneras, queda planteada únicamente como hipótesis teórica, esto es, una militarización de la justicia penal y del Estado. Permanece, pues, abierta tan sólo la otra posibilidad, que consiste en la adecuación de los programas a los recursos existentes o adjudicables al sistema. La aplicación correcta del principio de implementabilidad administrativa de la ley bastaría por sí mismo para reducir drásticamente al mínimo el área de intervención de la ley penal¹³.

¹³ En virtud de las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento, no es posible calcular la cifra oscura global y el porcentaje de selectividad de los sistemas penales contemporáneos. Parece, sin embargo, plausible considerar válida, aun para los otros países europeos, la estimación realizada por L. HULSMAN para Holanda (1985, 10). Según HULSMAN, tomando también como referencia la criminalidad denominada tradicional, el porcentaje de los eventos "criminalizados" respecto de los criminalizables según el derecho penal vigente, estaría muy por debajo del uno por ciento. Justamente, HULSMAN observa que los cálculos de la cifra oscura, realizados con el método de encuestas anónimas sobre las víctimas, proporcionan una cantidad de los eventos criminalizables sumamente inferior a la real. Basta tener en cuenta que este tipo de investigaciones no pueden considerar las infracciones sin víctimas individuales. Se puede, sin duda, suscribir la conclusión del autor de que "la no criminalización de los eventos criminalizables es la regla; la criminalización es la excepción" (1985, 10).

g) *Principio del respeto por las autonomías culturales*. Los estudios sobre la relación entre los conflictos culturales y la criminalidad, así como aquellos sobre las subculturas criminales, llevados a cabo dentro del paradigma etiológico de la criminología tradicional, han permitido vislumbrar un problema de gran importancia, que debe ser abordado con decisión también dentro del paradigma de la reacción social. Se trata de elaborar una visión realista y crítica del sistema penal, teniendo en cuenta el hecho de que éste es una parte del proceso general de "colonización" del "mundo de vida" de grupos sociales diferentes, por parte del sistema (J. HABERMAS, 1981), y que existe una diferente percepción de la realidad, de las normas y de los valores sociales, parcialmente condicionada por parte de los grupos dominantes y de su cultura hegemónica. Al contrario, la ideología penal está aún en deuda con el mito durkheimiano de una conciencia social que integra a todos los miembros de una sociedad y, en particular, en el momento de la violación de las normas¹⁴. No se tiene en consideración el hecho de que la percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictivos o socialmente negativos dentro de una determinada cultura dominante encuentran a veces como correlato representaciones sumamente variadas en diferentes grupos sociales y subculturas. Estas observaciones se evidencian en los estudios sobre la percepción de los "ilegalismos populares" y de las resistencias colectivas por parte de las clases subalternas (D. BLASIUS, 1976, 23 ss.).

Este tema, analizado desde sus raíces, impone interrogantes de fondo sobre el sistema de control social que exceden los límites de una política de la mínima intervención penal a corto y mediano plazo. Pero aun en una perspectiva que se limite a los aspectos operacionales del problema, en el marco de una política de esta naturaleza, es necesario señalar como exigencia fundamental de un derecho penal

¹⁴ En este sentido, entre la más reciente literatura, se encuentra la crítica de DURKHEIM de Ch. DEBUYST (1985) y de R. MARRA (1986).

orientado hacia el respeto por los derechos humanos, tomar en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad. Se deriva de lo dicho un ulterior límite funcional de la ley penal, que puede ser enunciado como la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando éstos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas (E. R. ZAFFARONI, 1985, 91 ss.). Por otra parte, este límite no es sino la consecuencia misma del principio general de la mínima intervención penal, el cual, desde este punto de vista, se inscribe en una concepción de la sociedad no sólo igualitaria, sino también antitotalitaria, concepción en la cual se concede a la desviación el máximo espacio compatible con las exigencias mínimas del orden en las relaciones sociales (A. BARRATTA, 1982, 208 ss.).

h) Principio del primado de la víctima. La posición de la víctima en el sistema está actualmente en el centro de la atención de los estudiosos. Han sido puestas de relieve las graves distorsiones que el sistema penal presenta cuando éste es evaluado desde el punto de vista de los intereses de la víctima; el derecho penal permite comprobar, en particular cuando se refleja sobre el rol de la víctima en el proceso, la casi total expropiación del derecho de articular sus propios intereses (D. KRAUSS, 1984). Por lo común, resulta injustificada la pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales que van más allá de los de la víctima. Desde este punto de vista, ha sido indicado con la denominación programática de "privatización de los conflictos", un camino hacia el cual se podría orientar con éxito una estrategia de descriminalización que abarque buena parte de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal (L. HULSMAN, 1982; N. CHRISTIE, 1977).

Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogati-

vas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena.

3. Los principios generales de limitación personal o principios limitativos de la responsabilidad penal son los siguientes:

a) *Principio de la imputación personal o principio de personalidad.* La pena puede ser aplicada solamente a la persona o a las personas físicas autoras de la acción delictiva. El principio de personalidad excluye toda forma de responsabilidad objetiva, o por el hecho de otro, y, por ende, la aplicación de sanciones penales por violaciones a los derechos humanos que no puedan ser reconducibles mediante una relación causal directa al comportamiento de personas físicas. De allí derivan límites rigurosos para la conformación de figuras penales de peligro abstracto (G. FIANDACA, 1984). El principio de imputación personal se refiere a personas físicas y excluye, por lo mismo, toda forma de responsabilidad de personas jurídicas y entes morales. Se podría objetar que imponiendo este límite al sistema penal, se renuncia a la defensa frente a violaciones -incluso graves- de los derechos humanos, que deriven de la acción de complejos organizados, como, por ejemplo, sociedades o empresas, en las cuales resulta difícil localizar a los responsables individuales, mientras que, aun cuando esto fuese posible, los verdaderos beneficiarios del lucro de la actividad delictiva permanecerían fuera de la acción represiva.

Sin embargo, un argumento de este tipo, en lugar de ser invocado para extender la responsabilidad penal a personas jurídicas, puede ser mejor utilizado para indicar los límites estructurales del sistema penal para enfrentar algunas de las situaciones socialmente más negativas. Si se renuncia al mito de la omnipotencia del sistema penal y a la tentación de

superar los límites tradicionales que se le imponen en un Estado de derecho, se podrá enfrentar con mayor realismo el problema de las violaciones de los derechos humanos que derivan de la acción de grandes complejos organizados, por medio de sanciones y disuasivos, que más allá del sistema de las penas personales y con mayor eficacia, puedan golpear a la organización en su núcleo esencial, es decir, en su libertad de operación y en su patrimonio.

b) Principio de la responsabilidad por el hecho. Enunciando este principio se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto. No es posible hacer derivar responsabilidad penal alguna de las características personales del imputado subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente de las características del comportamiento que puedan ser subsumibles en un tipo de delito previsto por la ley e imputable a un acto voluntario, del cual el autor haya sido capaz de entender su sentido social, y en caso de sujetos que superen la edad mínima establecida por la ley. En particular, ninguna consecuencia penal, en sentido estricto, así como ninguna medida que implique internación coactiva, puede derivarse, en sustitución o en concurrencia con la realización de una figura delictiva, de la "peligrosidad social" de un sujeto¹⁵.

El principio de responsabilidad por el hecho se extiende a todo el derecho penal, concebido en sentido amplio, incluyendo el derecho penal del menor y el régimen de medidas de seguridad para los adultos. Estos últimos son, de hecho, los sectores en los cuales el viejo concepto positivista de la peligrosidad de autor sigue ejerciendo sus efectos en el sistema penal. La consecuencia perversa que se presenta es que con respecto a las garantías jurídicas que deben alcan-

¹⁵ La actual discusión sobre el concepto de "peligrosidad social" ha puesto de manifiesto su carácter problemático, tautológico y amorfo. Para las orientaciones críticas que surgen en esta discusión, cfr. las "Actas de las VIII Jornadas de Criminología Clínica" (autores varios, 1982) y, entre la abundante literatura, J. W. HARDING (1980); Ch. DEBUYST, a cargo de (1981). Por último, cfr. O. DE LEONARDIS (1985); T. BANDINI y U. GATTI (1985)

zar a todos los clientes del sistema penal según los principios del Estado de derecho, son precisamente los menores y los adultos no imputables los sujetos con menos garantías, por ser considerados como personas menos responsables o no responsables, mientras que el régimen de internación a que son sometidos presenta los mismos -si no mayores- efectos represivos y estigmatizantes que las medidas privativas de la libertad a las cuales son sometidos los adultos "imputables".

La actual discusión en el ámbito de las ciencias psicológicas y psiquiátricas indica que los fundamentos sobre los cuales se construyen los conceptos dogmáticos de autor imputable, semiimputable y no imputable y las correspondientes técnicas judiciales de verificación, sufren actualmente una profunda crisis, que no puede seguir siendo soslayada por la teoría jurídica del delito¹⁶. Se impone, pues, la tarea de redefinir un concepto de responsabilidad penal útil a toda el área del derecho penal, concebido en sentido amplio, y que permita asegurar a todos los sujetos límites perentorios de duración para cada medida de intervención coactiva prevista como consecuencia jurídica de la realización de una figura delictiva por medio de un hecho¹⁷. Dentro de los límites máximos de duración, las características del autor, aun

¹⁶ Tales consideraciones han sido confirmadas en el ámbito de un enriquecedor y profundo debate, en un reciente congreso internacional sobre la relación entre psiquiatría y derecho, sostenido en Florencia entre el 15 y el 17 de marzo de 1985 ("Legislación sanitaria y status del enfermo mental") y en un congreso nacional que tuvo lugar en Castiglione delle Stiviere, en Mantova, entre el 23 y el 25 de mayo del mismo año ("La institución psiquiátrica judicial en el servicio sanitario nacional y en el sistema penal"). Cfr. también F. MOLINARI (1980; 1985); M. BERTOLINO (1981); F. GIBERTI (1983). Por último, cfr. M. G. GIANNICHEDDA (1936).

¹⁷ En esta dirección se mueve el proyecto de ley 177, de los senadores GROSSI, GOZZI y otros, pertenecientes al grupo parlamentario comunista, comunicado a la presidencia del Senado el 29 de setiembre de 1983; luego retirado, y actualmente en modificación. Sobre estos proyectos y la actual problemática de la imputabilidad del enfermo mental, cfr. también, para ulteriores indicaciones bibliográficas, T. BANDINI y U. GATTI (1985).

las que se presenten como posteriores al acto delictivo, deben ser tomadas en consideración por el ordenamiento legal con la exclusiva finalidad de permitirle ejercer, en regímenes diferenciados de detención, sus derechos a la instrucción o a los tratamientos médicos o psiquiátricos eventualmente necesarios, o posibilitarle el acceso a los distintos beneficios que la ley debe prever con amplitud para limitar o evitar las consecuencias negativas de la intervención coactiva (suspensión condicional de la pena, libertad anticipada, semilibertad, medidas alternativas a la detención).

Construir un concepto unitario de responsabilidad que reserve la incapacidad penal de derecho a los sujetos de edad inferior a la mínima establecida no puede, por supuesto, significar extender el ámbito de aplicación de la ley penal a comportamientos que, desde el punto de vista objetivo, integren figuras delictivas, pero que no puedan ser considerados como actos cumplidos con capacidad de entender su sentido social. Significa, al contrario, restringir el área de las sanciones previstas por el derecho penal, entendido en sentido amplio, únicamente a los actos responsables, poniendo término, de una vez por todas, a la existencia anacrónica y ambigua de un sistema primitivo paralelo, destinado a los sujetos que presenten trastornos psíquicos. En el caso de que se admita la responsabilidad penal por el comportamiento, la presencia de trastornos psíquicos anteriores al hecho delictivo debe ser considerada en el nivel en que se verifica la exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y sus correspondientes atenuantes. Los trastornos psíquicos antecedentes o sucesivos al comportamiento delictivo deben ser tomados en consideración según el tipo de régimen de detención o para la concesión de los beneficios previstos, a fin de limitar o evitar las consecuencias negativas de la internación coactiva, que resulta, generalmente, incompatible, como la experiencia lo demuestra, con las finalidades de un moderno tratamiento terapéutico. Si, al contrario, se excluye la responsabilidad penal, la circunstancia de haber llevado a cabo un comportamiento objetivamente

subsumible en una figura delictiva no debe impedir que al sujeto le sea aplicado el normal tratamiento médico o psiquiátrico.

Se trata, pues, de sustituir el actual sistema punitivo paralelo para los sujetos que presentan trastornos psíquicos, mediante la extensión a ellos de la disciplina jurídica normal, elaborada según concepciones modernas y progresistas, fuera de cualquier implicación con la potestad punitiva del Estado, y con el más amplio respeto por la persona y las máximas garantías para sus derechos¹⁸.

¹⁸ Los sistemas punitivos paralelos que existen actualmente, en Italia y en otros países, en el área de los adultos con trastornos psíquicos y de los menores, es decir, los manicomios judiciales, las casas de salud y de custodia y los reformatorios, deben ser también considerados como sistemas paralelos de acción institucional en relación al régimen de las intervenciones normales en estas áreas, cuya realización está prevista sin ningún tipo de implicaciones o con implicaciones menores en el funcionamiento de los órganos de la justicia penal. Tales implicaciones importan una serie de consecuencias en lo que respecta al cuadro institucional y al contenido de las intervenciones, las cuales, como es bien conocido, hacen que las intervenciones incurran en grandes contradicciones con sus finalidades oficialmente declaradas, impidiendo o limitando la realización de formas y contenidos en armonía con las más progresistas orientaciones científicas y prácticas; en particular, la posibilidad de desinstitucionalización.

En lo que respecta al área de los adultos con trastornos psíquicos, la presencia paralela de los dos órdenes de instituciones dentro del sistema de la justicia penal, podría lógicamente justificarse sólo sobre la base de dos condiciones: la existencia de una diferente naturaleza jurídica de los dos órdenes de instituciones que resulten del fundamento específico de los dos tipos de internación coactiva, o de sus finalidades específicas. La primera condición se realizaría si se pudiera seguir considerando como válido y consistente, junto con el concepto de responsabilidad penal como fundamento de la internación carcelaria, un concepto de "peligrosidad social" del autor como justificación de la reclusión en manicomios o en casas de salud o de custodia. Sin embargo, esto aparece cada vez más cuestionable en virtud de las experiencias científicas y prácticas. La especificación, en el sentido del "*doppio binario*", podría, entonces, fundarse únicamente en la sustancial diversidad de las funciones oficialmente declaradas. Y vemos que tampoco se realiza esta segunda condición en el caso de sistemas penitenciarios que oficialmente tienen por finalidad tan sólo el tratamiento y la resocialización, como, por ejemplo, el sistema italiano después de la reforma del año 1975 y el alemán occidental, luego de la reforma de 1974.

En las más recientes discusiones, se ha evidenciado claramente la contradicción representada por la existencia de "manicomios criminales", instituciones verdaderamente anacrónicas y aun más represivas y destructivas que la cárcel misma, situadas en una zona neutral entre el sistema carcelario y el sistema de derecho al tratamiento terapéutico adecuado para los sujetos que padecen trastornos mentales, así como la grave contradicción práctica y jurídica representada por la acumulación de penas y de medidas de seguridad¹⁹.

De la misma manera, debe ser eliminado todo el sistema punitivo paralelo para los menores penalmente incapaces por el hecho de no haber alcanzado la edad mínima establecida. A éstos se les aplicará la disciplina jurídica normal que debe regular, acorde a los más modernos principios pedagógicos y en el marco del mayor respeto a la persona del menor, a sus derechos y al sistema de educación pública y de asistencia a los menores.

c) Con el principio de la exigencia social del comportamiento conforme a la ley, se indica la exigencia de definir, en un plano rigurosamente técnico-jurídico, los requisitos normativos apropiados para regular la verificación judicial de aquella condición ulterior para la adscripción de la responsabilidad penal que corresponde, en la dogmática del delito, al concepto de culpabilidad. Tal exigencia se verifica en el trabajo, emprendido desde hace tiempo en el campo de la más avanzada doctrina jurídica, dirigido a la depuración del concepto de culpabilidad de los elementos metafísicos y mo-

En rigor de verdad, cabe preguntarse: si la cárcel debería tener funciones de tratamiento y resocialización, así como deberían tenerlas las medidas de internación para los sujetos que presenten trastornos psíquicos, y si, por otra parte, la legislación prevé la especificación de los regímenes de reclusión, de semilibertad y de libertad, en razón de las características y de las necesidades de curación y tratamiento de los sujetos, ¿qué sentido tiene mantener el paralelismo de los dos órdenes de instituciones?

¹⁹ Cfr.: F. MOLINARI (1980), A. MARGANA (1980) y F. GIBERTI (1983), para las recientes orientaciones hacia la abolición del manicomio judicial en Italia y la discusión acerca de las relaciones entre psiquiatría y ciencia jurídica; cfr. además la monografía de A. MANACORDA (1982).

rales que tradicionalmente le han sido atribuidos, como por ejemplo, el del libre albedrío y el de la reprochabilidad (o disvalor de la "*Gesinnung*", es decir, de la actitud interior del sujeto²⁰).

En una construcción dogmática basada en el contexto situacional de la acción, más que en un "elemento interior", tan difícilmente operable, como lo demuestra la experiencia teórico-práctica, tendrían que definirse las siguientes series de requisitos normativos:

1. Causas de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios para su verificación en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales cubiertos por el sujeto en la situación problemática.

2. Criterios de evaluación del espacio de alternativas comportamentales a disposición del sujeto en la situación problemática en que se ha llevado a cabo la acción²¹.

²⁰ Son particularmente significativas, en este sentido, las contribuciones aportadas por G. ELLScheid y W. HASSEMER. Cfr.: G. ELLScheid y W. HASSEMER (1975); W. HASSEMER (1981, 224 ss.).

²¹ La orientación de la política de la mínima intervención penal hacia las ideas de justicia e igualdad impone considerar la diferente amplitud del espacio de alternativas comportamentales a disposición de los individuos en situaciones problemáticas, también en relación a sus distintos *status* sociales. Generalmente, son los individuos pertenecientes a estratos sociales más bajos aquellos que disponen de un espacio de alternativas más restringido. La construcción dogmática y la ley penal deberían compensar esta situación de desventaja, dando cuenta, por un lado, de que también los espacios de alternativas de conductas son, como también otros recursos, desigualmente distribuidos entre los individuos según sus propios estratos sociales, y, por otro, de las causas específicas de exigibilidad de un comportamiento conforme, o de los atenuantes vinculados a situaciones de presión en que pueden hallarse los individuos pertenecientes a los grupos sociales más débiles. Cfr., en este sentido, la teoría de la "co-culpabilidad" desarrollada por E. R. ZAFFARONI, con particular referencia a las grandes diferencias sociales en las sociedades periféricas, como principio de graduación del reproche que se puede hacer a los autores de delitos. Este principio da cuenta del distinto "espacio social" de que gozan aquéllos, en correspondencia a las desiguales condiciones económicas y de las situaciones de "carencia social", que deben ser imputadas a la sociedad antes que a los individuos (E. R. ZAFFARONI, 1982, 65 ss., 74; 1983, 314; 1985, 97 ss.).

Parte II

Los principios extrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser divididos en dos grupos:

- 1) Principios extrasistemáticos de descriminalización.
- 2) Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

1. Principios extrasistemáticos de descriminalización. La mayor parte de los principios intrasistemáticos funcionan también como principios de descriminalización, por cuanto éstos indican las condiciones relativas respecto de los derechos humanos, sin cuya realización no se justifica el mantenimiento de las leyes penales. Se impone, por tanto, una tarea de eliminación parcial o total de figuras delictivas, o bien la implementación de cambios que reduzcan tanto cualitativa como cuantitativamente la violencia punitiva.

En este párrafo se consideran otros principios de una política de descriminalización, que, a diferencia de aquéllos antes indicados, implican la adopción de un punto de vista externo a los sistemas penales existentes.

a) El principio de la no intervención útil indica que la alternativa a la criminalización no siempre es representada por otra forma de control social formal o informal. Como se ha visto anteriormente, un principio general de política alternativa es aquel que asigna el más amplio espacio de libertad a la diversidad, en lo que sea compatible con las exigencias mínimas de un orden justo. Una rigurosa economía del control social corresponde a la idea de una sociedad igualitaria y libre, y puede constituir un momento importante en el proceso de emancipación de los individuos y de los grupos, que tienda a detener o disminuir la "colonización" de su "mundo de vida" por parte del sistema²².

²² Para una utilización del concepto fenomenológico de "mundo de vida" (*Lebenswelt*) de E. HUSSERL y de A. SCHUTZ, en este sentido y para los conceptos de sistema (Estado y economía) y de colonización del mundo de

b) *Principio de la privatización de los conflictos*. A este aspecto se ha aludido en la parte precedente, en referencia a los principios de proporcionalidad concreta y del primado de la víctima. Se trata, pues, de la estrategia de "reapropiación de los conflictos", que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación.

c) El principio de politización de los conflictos marca una dirección opuesta, pero complementaria, a aquélla indicada por el principio de la privatización dentro de la estrategia de la mínima intervención penal. Este principio toma en consideración una característica fundamental del sistema penal: su modo de intervenir en los conflictos. El sistema penal, generalmente reprime los conflictos y propicia su construcción en un ámbito técnico que los priva de sus reales connotaciones políticas. Piénsese en ámbitos muy vastos, como el de la seguridad del trabajo y del tránsito, la corrupción administrativa, las relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países, las graves desviaciones de los órganos militares y de los servicios secretos.

En ámbitos como éstos se trata, ante todo, de restituir a los conflictos la dimensión política que les es propia y, en segundo lugar, de considerar, como alternativa a su tratamiento "penal", formas de intervención institucional confiables no sólo a los órganos administrativos, sino también, y por sobre todo, a aquéllos pertenecientes a la representación política, asegurando, de este modo, la participación y el control popular en la gestión de las contradicciones más relevantes del sistema político. Son éstas algunas de las medidas más adecuadas a la naturaleza de tales contradicciones, y son,

vida por parte del sistema, cfr. J. HABERMAS (1981, 182 ss., 47-47 ss.). Una aplicación de estos conceptos para un análisis crítico de la tendencia tecnocrática en el desenvolvimiento actual de los sistemas punitivos ha sido realizada por G. SMAUS (1985a). Para los aspectos generales del problema, cfr. A. BARATTA (1987).

además, las que pueden asegurar transparencia pública a los aspectos fundamentales de la lucha de las clases populares en contra de las relaciones de explotación y de dominación. Generalmente, la construcción en el ámbito de la lógica del sistema penal es inadecuada y reductiva, en relación a materias de gran envergadura política como las arriba indicadas.

d) El principio de preservación de las garantías formales exige que, en caso de desplazamiento de los conflictos fuera del campo de la intervención penal hacia otras áreas del control social institucional o comunitario, la posición de los sujetos no sea reconducida a un régimen de menores garantías respecto de aquél formalmente previsto por el derecho penal. Formulando este principio, se da respuesta a los argumentos que a menudo se utilizan contra la descriminalización y que consisten en acentuar los riesgos que derivarían, por ejemplo, del desplazamiento de materias penales hacia formas de control administrativo.

Utilizando esta suerte de argumento, se pretende afirmar una prerrogativa del derecho penal que procuraría garantías más extensas a los sujetos y mayor transparencia a los conflictos (W. HASSEMER, 1981, 224 ss., 299 ss.). Pero estas prerrogativas del derecho penal no encuentran confirmación en la realidad. Por otra parte, la exigencia de garantías y transparencia puede ser satisfecha, en cada una de las áreas de intervención no penal, conforme a su naturaleza específica, siempre que exista la voluntad y la fuerza política necesarias y una imaginación sociológica adecuada a las exigencias de una política emancipadora e innovadora del derecho.

2. Los principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una "cultura de lo penal" que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de construir los conflictos y los problemas sociales en una sociedad. Estos principios tienen por función la de enfrentar, por contraste, la cosificación de los

conceptos de criminalidad y de pena²³ y la de propiciar una visión innovadora y más diferenciada de los conflictos y de los problemas sociales.

a) El principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena propone el uso, en una función heurística, de un experimento metodológico: la sustracción hipotética de determinados conceptos de un arsenal preestablecido, o la suspensión de su validez. Se recomienda a los actores implicados en la interpretación de los conflictos y de los problemas y en la búsqueda de soluciones realizar tal experimento, prescindiendo, por cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena, a fin de que se pueda verificar si y cómo podrían construirse no sólo los conflictos y los problemas, sino también sus respuestas desde ópticas distintas de la punitiva.

b) El principio de especificación de los conflictos y de los problemas toma en consideración el hecho de que el sistema penal puede ser interpretado sociológicamente como un aglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tiene otro elemento en común más que el de estar sujetos a la respuesta punitiva. Si prescindimos, hipotéticamente, de la existencia de este sistema de respuesta institucional, se verá que resultan posibles otros reagrupamientos más coherentes de los objetos en áreas homogéneas específicas, según la diversidad de su naturaleza. Surgirán, de este modo, indicaciones heurísticas más fructíferas en términos de respuestas diferenciadas y más adecuadas a la naturaleza de los conflictos y de los problemas respecto de aquellas proporcionadas por el sistema penal. ¿Qué tienen en común, más allá del hecho de estar sujetos a una respuesta punitiva, "delitos" tan diferentes entre si co-

²³ La misma alternativa entre "penal" y "no penal" que preside generalmente a la elaboración de los programas de descriminalización, aparece en realidad, contaminada por tal cosificación y limitada por la óptica profesional de los operadores del sistema penal, dado que privilegia, como punto de partida de toda hipótesis, el momento penal, como si esto correspondiese a una categoría natural.

mo, por ejemplo, el aborto y el funcionamiento ilegal de las instituciones del Estado, la injuria entre particulares y la gran criminalidad organizada, los pequeños hurtos y las grandes infracciones ecológicas, las calumnias y los atentados contra la salud en el trabajo industrial? ¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema, como el penal, de responder, con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad?

c) El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen.

En este sentido, la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal.

El sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, es decir, a una respuesta a los conflictos en el lugar y en el momento en que éstos se manifiestan dentro del sistema social. Sin embargo, la teoría sociológica nos demuestra que el lugar y el momento en que se manifiestan los conflictos pueden ser, dentro de sistemas sociales complejos, distintos y alejados del lugar y del momento en que éstos efectivamente se producen²⁴. Además, el sistema penal, con su lógica represiva, se halla únicamente en condiciones de responder a las acciones punibles de individuos (en modo alguno se po-

²⁴ Sobre el tema, cfr. las observaciones de N. LUHMANN (1974, 42 ss.).

dría pensar, como ya se ha visto, en extender la respuesta punitiva más allá de este límite). Pero un análisis correcto de los conflictos y de los problemas en que se individualizan acciones desviadas, es decir, infracciones a las normas sociales o jurídicas, demuestra, en cambio que, por lo general, las acciones individuales no representan variables independientes, adecuadas para comprender la lógica de los conflictos y de los problemas; representan, más bien variables dependientes. Para entender esta lógica resulta casi siempre necesario que el análisis se desplace desde las acciones y las decisiones de un acto hacia las situaciones en que están involucrados varios actores, y hacia las estructuras objetivas y los mecanismos sociales complejos, en los cuales las acciones y las decisiones de cada actor se inscriben como funciones, y no como causas.

d) El 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 constituye, tradicionalmente, un aspecto de la expropiación ideológica que sufren los sujetos de necesidades y de derechos humanos por parte del sistema y de la cultura dominante, con referencia a la percepción de los conflictos en que se hallan involucrados.

Ningún cambio democrático en la política del control social puede ser realizable si los sujetos de necesidades y derechos humanos no logran pasar de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneos para resolverlos según sus propias necesidades reales.

La articulación autónoma de la percepción y de la conciencia de los conflictos, de las necesidades reales y de los derechos humanos por parte de sus propios portadores, en una comunicación no condicionada por el poder²⁵, y la idea

²⁵ Utilizo el término en el significado que le otorga J. HABERMAS en su teoría crítica de la sociedad (1981, 548 ss.). Cfr. también A. BARATTA (1983).

de la democracia y de la soberanía popular son los principios-guía para la transformación del Estado, no sólo hacia un modelo formal de Estado de derecho, sino también hacia el modelo sustancial del Estado de los derechos humanos.

Son, también, éstos los principios-guía para la transformación y la superación del sistema penal tradicional hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (1982): *Atti delle VIII giornate di criminologia clinica. Centre International de Criminologie Clinique, Genova, maggio 1981*, en "Rassegna di Criminologia", 13, 2, ps. 297-372.
- BANDINI, Tullio, y GATTI, Uberto (1985): *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 2, ps. 351-367.
- BARATTA, Alessandro (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.
- BARATTA, Alessandro (1983): *Sur la criminologie critique et sa fonction dans la politique criminelle*, en relación con el World Congress of the Society of Criminology, Panelists Report, Wien, 1983.
- BARATTA, Alessandro (1984): *La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1, ps. 5-30.
- BARATTA, Alessandro (1985): *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 2, ps. 247-268.
- BARATTA, Alessandro (1987): *Notas para una teoria de la liberación*, en "Poder y Control", II, 1, ps. 107-119.
- BARATTA, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo Veintiuno, México.
- BERTOLINO, Marta (1981): *La crisi del concetto di imputabilità*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", XXIV, ps. 190-230.
- BLASIUS, Dirk (1976): *Kriminalität im Alltag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

- CHRISTIE, Nils (1977): *Conflict as property*, en "The British Journal of Criminology", XVII, 1, ps. 1-15.
- DE LEONARDIS, Ota (1985): *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 2, ps. 323-350.
- DEBUYST, Christian (1981): a cargo de *Dangerosité et Justice*, Médecine et Hygiène, Genève.
- DEBUYST, Christian (1985): *Model éthologique et criminologie*, Mordaga, Bruxelles.
- ELLSCHIED, Günter, y HASSEMER, Winfried (1975): *Strafe ohne Vorwurf*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cargo de K. LÜDERSEN, F. SACK, Suhrkamp, Frankfurt, ps. 266-292.
- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1980): *Report on Decriminalisation*, Strasbourg.
- FIANDACA, Giovanni (1984): *La tipizzazione del pericolo*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 2, ps. 447-72.
- FOUCAULT, Michel (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.
- GALTUNG, John (1975): *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friedens- und Konfliktforschung*, Reinbek, Hamburg.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1985): *La dimensione politica dell'abolizionismo*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, ps. 555-567.
- GIANNICCHEDDA, Maria Grazia (1986): *Modelli di psichiatria e rapporti col sistema penale*, en relación con el seminario "La perizia psichiatrica tra medicina e giustizia", Associazione Centro per la Riforma dello Stato e dal Centro di Torre Argentina, Roma, 31 enero 1986.
- GIBERTI, Franco (1983): "Psichiatria, medicina e società", en *Manuale di psichiatria*, a cargo de F. GIBERTI e R. ROSSI, 3ª ed., Piccin, Padova, ps. 3-19.
- HABERMAS, Jürgen (1962): *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Darmstadt-Neuwied.
- HABERMAS, Jürgen (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*, II; *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- HARDING, T. W. (1980): *Du danger de la dangerosité et de l'usa-*

- ge medial de termes affectivement chargés*, en "Déviance et Société", IV, 4, ps. 331-348.
- HASSEMER, Winfried (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München.
- HASSEMER, Winfried (1984): *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1, ps. 104-113.
- HENNIS, Wilhelm (1957): *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie. Zur Kritik politischer Umfragen*, "Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart", 200/201, Mohr, Tübingen.
- HULSMAN, Louk, y BERNAT DE CELIS, Jacqueline (1982): *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, Paris.
- HULSMAN, Louk (1985): *Critical criminology and the concept of crime*, en relación con la International Conference of Prison Abolition, Amsterdam, 24-27 junio 1985.
- JAKOBS, Günter (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin.
- KRAUSS, Detlef (1983): *La vittima del reato nel processo penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 2, ps. 283-298.
- KUNZ, Harald (1976): *Die Ökonomik individueller und organisierter Kriminalität*, Heymanns, Köln.
- KUNZ, Harald (1985): *Marktsystem und Information. "Konstitutionelle Unwissenheit" als Quelle von "Ordnung"*, Mohr, Tübingen.
- LASCOUMES, Pierre (1983): *Sanction des fautes en question des illégalismes. Un exemple, la répression de la fraude fiscale*, en "Revue Interdisciplinaire d'Études-Juridiques", 10, ps. 125-156.
- LUHMANN, Niklas (1974): *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.
- MANACORDA, Alberto (1982): *Il manicomio giudiziario: Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di una istituzione totale*, De Donato, Bari.
- MARGARA, Alessandro (1980): "Manicomi giudiziari: ipotesi di superamento", en Città, *crimine e devianza*, II, 4, ps. IX-XXIX.
- MARRA, Realino (1986): *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, E.S.I., Napoli.

- MOLINARI, Francesca (1980): "*Le misure di sicurezza psichiatriche che vanno abolite*": *Questa l'opinione unanime dei giudici di sorveglianza e degli psichiatri intervenuti al congresso di Arezzo*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", XXIII, ps. 147-161.
- MOLINARI, Francesca (1985): "Der Einfluss der modernen Psychiatrie auf das Strafrecht Italiens", in *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18 Dezember 1985*, a cargo de Hans-Dieter Schwind, de Gruyter, Berlin, New York.
- PETERS, Dorothee (1975): *Richter im Dienste der Macht*, Enke, Stuttgart.
- PIRES, Álvaro; BLANKEVOORT, Víctor; y LANDREVILLE, Pierre (1981): *Sistema penale e traiettoria sociale*, en "La Questione Criminale", VII, 3, ps. 463-494.
- ROBERT, Philippe (1985): *Au théâtre pénal. Quelques hypothèses sociologiques du "crime"*, en "Déviance et Société", IX, 2, ps. 89-105.
- SCHMIDTCHEN, Gerard (1959): *Die befragte Nation*, Rombach, Freiburg.
- SMAUS, Gerlinda (1985): *Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 1, ps. 93-118.
- SMAUS, Gerlinda (1985a): *Modelli di società nel movimento abolizionista*, en "Dei Delitti e delle Pene", III, 3, ps. 569-590.
- TEUBNER, Günther (1977): *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Athenäum, Frankfurt.
- WALDMANN, Peter (1977): *Strategien politischer Gewalt*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1982): *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. IV, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1983): *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. V, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1985): *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Buenos Aires.