

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO

Dr. Juan Bustos Ramírez

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 1963 se celebró en Santiago de Chile la primera reunión plenaria de la comisión redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, ella dio término, para la parte general, en San Pablo en 1971.

La parte especial se inició, pero no logró terminarse.

Estos trabajos de la comisión redactora y en especial los de la parte general promovieron un fuerte movimiento de reformas legislativas en Latinoamérica y en muchos países dejó sus huellas el articulado propuesto como modelo. El Salvador fue uno de esos países y es por eso que el actual código vigente promulgado por el decreto N° 270 de 1973, recoge no sólo la discusión que tuvo lugar en dicha comisión en sus diferentes sesiones a lo largo de la geografía latinoamericana, sino también el transfondo doctrinario que inspiró al Código Penal tipo, y su peregrinar académico por Latinoamérica había permitido y logrado cerrar el paso a la influencia del positivismo naturalista imponiendo cada vez con más fuerza y, sobre todo en las nuevas generaciones, a la corriente dogmática de origen alemán.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica vino a culminar esta etapa y a sellar definitivamente en las reuniones de la comisión redactora el predominio total de dicha orientación, que por lo demás había alcanzado también su culminación en el llamado Proyecto Oficial Alemán de 1962, cuyos trabajos preparatorios y su articulado estuvieron siempre presentes en la comisión redactora.

La reacción frente al positivismo naturalista llevó a una posición dogmática radical, que no dejó lugar a la política criminal. Es por eso que quedaron en el vacío aquellas intenciones primeras de la comisión redactora, de establecer las realidades sociales y culturales de los diferentes países latinoamericanos y conforme a ello llevar a cabo una revisión de la legislación vigente. Sin embargo, el pensamiento dogmático puro y autosuficiente, había llegado a su término al momento mismo de su culminación, con el llamado proyecto alemán de 1962.

Junto a él se alzó el proyecto alternativo alemán de 1966 de claro porte político criminal. En todos los países resurgió un fuerte movimiento que buscaba desentrañar el por qué de la intervención punitiva del Estado y al mismo tiempo sus límites con lo cual ya el análisis lógico formal de la

norma no era suficiente en modo alguno, sino que resultaba imprescindible un análisis político de cada sistema jurídico y por tanto de su imbricación con la realidad. De ahí el gran susgimiento de la Criminología, la aparición de la victimología y el desarrollo de nuevas orientaciones en el campo de Derecho penal, como el Derecho Penal mismo, y aún la revitalización de antiguas quimeras como es el caso del evolucionismo penal.

Es evidente y así aparece hoy en la mayoría de los países latinoamericanos, que no nos podemos contentar por los esquemas que ha desarrollado la dogmática, sin negar sin embargo la importancia que ella tiene, en especial desde una perspectiva justamente político-criminal; esto es, como garantía o límite frente al poder punitivo del Estado, en cuanto pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de niveles conceptuales y coherencia en la teoría del delito. Pero eso no basta, pues precisamente la pretendida autosuficiencia ha llegado al errado planteamiento de una realidad normativa trans-espacial y que por tanto bastaría con copiar el mejor código existente (en principio, siempre europeo), lo cual naturalmente no significa negar la importancia del trabajo de derecho comparado, especialmente en cuanto permite recoger la experiencia y las soluciones frente a cuestiones semejantes y en especial la profundización y ampliación de los derechos humanos, acervo cultural que ha costado mucho a toda la humanidad.

Pero la preocupación básica y que ha de informar y subordinar toda elaboración dogmática, es definir cuáles son los objetivos perseguidos. Perspectiva desde la cual aparecen, en un sistema democrático, en relación al poder punitivo, determinados principios básicos, que precisamente son consecuencia de la elección de tal sistema democrático.

II. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO

A. Consideraciones previas

Hay pues un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, que reside en los *principios inherentes a un Derecho penal democrático*. Es ésta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal en Latinoamérica.

Ahora bien, estos principios o garantías propios a un Derecho penal democrático, requieren de una revisión precisamente en razón del compromiso con la implementación concreta en una realidad dada.

También una idea dogmática trans-espacial tiene la pretensión de confundir la pura formalidad de la

enunciación del principio con su materialidad de realización.

B. La igualdad ante la ley

En primer lugar resulta principio básico y elemental garantista de un Derecho penal democrático la *igualdad ante la ley*. Esto es así en la medida de que ya desde la Revolución Francesa y así en todas las constituciones actuales, el principio de legalidad de los delitos y las penas es la "Carta Magna del ciudadano" moderno en materia penal.

Ya los planteamientos criminológicos en los países desarrollados ha señalado el carácter esencialmente selectivo y estigmatizador del Derecho penal. Basta citar al respecto la teoría del etiquetamiento o de ley de "Labelling Approach" y que como ha destacado la Criminología Crítica, así como hay una desigual distribución de bienes, también hay una desigual distribución de la función punitiva.

Ahora bien, ello resulta mucho más patente en nuestros países por múltiples razones económicas, sociales y culturales. Por eso es que la perspectiva político criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío. Esto es, lograr establecer conforme a cada realidad concreta, el máximo de garantías posibles con el fin político de que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal sea la menor posible. En otras palabras, es cierto que se puede reconocer un principio inherente a todo Derecho penal democrático, sea de un país desarrollado o no y en ese sentido es importante recoger la experiencia de otros países, con una historia más larga y rica en la profundización teórica, pero no es menos cierto que ello no basta, pues los principios no son autosuficientes y más bien son programas de acción que necesariamente implican, entonces, tener en cuenta la realidad y consecuentemente la realidad completa de cada país en que se van a aplicar. Así, por ejemplo, la perspectiva y el desafío del principio de igualdad ante la ley penal en nuestros países obliga a considerar en la mayoría de ellos la existencia de grupos culturales totalmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas, lo que sucede aún en países que resaltaban su homogeneidad cultural como es el caso de Chile, pero en los cuales, en verdad, la cuestión radicaba en una indiferencia u ocultamiento respecto de otros grupos culturales: caso del pueblo mapuche. Ello tiene repercusión no sólo en el ámbito del sujeto responsable, esto es, a nivel de las definiciones de inimputabilidad sino ya en el injusto, en cuanto puedo incluir, por ejemplo, la comprensión de un elemento normativo del tipo como si algo es "ajeno" o es "sin dueño" determinado, o bien el problema de cuáles son los derechos defendibles en la legítima defensa.

Por otra parte, la gran dimensión que alcanza la pobreza en nuestros países implica marginalidad en todo sentido: educativa, económica laboral, etc. Implica también un desafío político criminal respecto del principio de igualdad, pues evidentemente los hechos que surgen en el entorno de la pobreza tiñen de una determinada manera tanto lo injusto como al sujeto responsable; es decir,

tampoco basta con garantías puntuales, sino que se requiere implementar garantías globalizadoras, esto es, referidas a todo el sistema penal, que abarquen a todos los operadores del sistema, como a los organismos mismos. Así a los de seguridad pública, a la organización judicial, al régimen penitenciario, y de aplicación de penas en general. Luego, no sólo es necesario garantías que impliquen una mayor profundidad y complejidad en la fundamentación de los aparatos y operadores del sistema.

Ello no quiere decir que debamos dejar de lado situaciones concretas de discriminación, que pueden revertir tanto o más significación que las globales. Así, por ejemplo, nos encontramos con que es una realidad social muy difundida en nuestros países latinoamericanos la institución de la convivencia marital, es decir que no haya un matrimonio legal. Sin embargo, la ley penal en general sólo se refiere a la familia legal y no considera ni para atenuar o agravar la pena, ni para eximir de ella la vinculación fáctica que puede ser igual, o aún más fuerte que la puramente legal. También como una situación concreta y grave de discriminación frente los aparatos del sistema penal está la posición en que se encuentra la mujer y los niños. Es así como el maltrato del marido a la mujer casada no es visto como una falta o delito de lesión, salvo en casos y extrema gravedad. Por tanto a pesar de la formulación de la ley, no hay persecución.

Del mismo modo, el delito de violación dada la forma en que se implementa en nuestra realidad, implica una nueva victimización de la mujer. No tiene el grado de persecución que debiera tener. En especial, en el caso de mujeres jóvenes, pues éstas prefieren evitar la segunda violación de su dignidad como personas que es lo que implica para ellas el curso del sistema penal.

C. El principio de Proporcionalidad

Consecuencia del principio de igualdad es también el de *proporcionalidad*, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Ha de excluirse penas iguales para hechos diferentes, puesto esto implica también *discriminación*. Una afeción a la vida nunca puede tener la misma pena que una afeción al patrimonio.

Es por tanto un desafío político criminal, no fácil de superar en nuestros países, el ir desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones frente a la ley penal, y ello dado que el derecho penal es "extrema ratio" y por tanto su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien, es el derecho el que la define políticamente. También la eficacia de la eliminación de discriminaciones globales o puntuales es muy relativa. En otras palabras, no es que desconozcamos la función evidentemente simbólica del desmonte de discriminaciones, y por ello muy significativa desde una perspectiva político criminal, ya que los símbolos tienen gran fuerza real; pero es necesario añadir implementaciones instrumentales, en los aparatos y operadores del

sistema penal, y más aún llevar a cabo las correspondientes políticas económicas, sociales o culturales. Si no se lleva a cabo también esto último caeríamos en el grave error de creer que la política criminal va a reemplazar o ser una alternativa a todo el entramado político social.

Ch. El principio de Lesividad

Otro principio básico garantista de un Derecho penal democrático, es el principio de *lesividad*. Esto es, que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.

En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal al de legalidad de los delitos y de las penas, desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Ahora bien, como ya señalábamos anteriormente, la simple enunciación del principio, no significa su implementación real, pues el principio como tal es sólo un programa de acción. Más aún, hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea formalizado y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma. Esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico. No hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática. Se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De allí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal. Es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual, se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales está referido. Esto es, al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales. En otras palabras, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son "propios" o "reales" y los otros son "impropios" o "artificiales". De allí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los primeros. Esto es, afecciones a la vida,

salud individual, libertad, honor, patrimonio; quedando por fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Resulta, sin embargo, que tanto unos como otros son reales y están referidos a la persona, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente. Es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema, y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones.

No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a *todas y a cada una* de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo, desproteger *discriminatoriamente* a grandes mayorías y reducir la lesividad sólo a determinados sectores.

Otra cosa diferente es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones. El reside en la afirmación de que los bienes jurídico políticos-criminalmente, en un sistema democrático, están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social. Planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector y no el desarrollo de todas y cada una de las personas como tales.

Pero más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar, y a recalcar que es sólo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectivo requiere ser garantizada. Como ya señalamos anteriormente, la distribución de bienes es desigual, y más aún en nuestros países hay grandes capas de la población o que no gozan de determinados bienes, o lo hacen en forma muy precaria y porque ello mismo no quedan abarcados por el sistema penal en su protección, y más bien serán alcanzados o perseguidos por él, ya que de entre ellos saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes en forma plena. Es una consecuencia lógico-diabólica de la distribución desigual de los bienes, por lo cual de partida entonces habrán un gran sector de la población que serán marginal al principio de lesividad, y más bien será aquel sobre el cual recaiga el sistema penal, en razón de ese mismo principio de lesividad. Un círculo vicioso diabólico.

Pero no sólo eso, sino que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No parece la misma lesividad de tener por horas o días a un vagabundo o a un poblador que a un profesional o a un empresario. No parece la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador. Luego también desde esta perspectiva, se produce la marginalidad de un gran sector de la población que no parece cubierta

por el principio político criminal de la lesividad.

Más aún, esta misma desigual distribución de selectividad punitiva, lleva a que no se atiende a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria. Esto es, que en definitiva, solo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales, o culturales.

En otras palabras, se contradice un planteamiento del Derecho penal, mínimo y de deslegitimación del Derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales. Por nombrar solo algunos casos por los cuales se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población que sólo tienen la posibilidad entonces de ser ofensores pero nunca víctimas.

Por otra parte, también se puede distorcionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de *seguridad ciudadana o pública*. Esto es así, sobre todo, al ser sobredimensionado concientemente, especialmente en momentos de transición, por otra parte, remarcando solo el problema de la violencia callejera. Se lleva así a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina desde esta perspectiva, con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad que sólo abarcara determinado sector y dejará sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como presunto peligroso, y es por eso que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos. Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada inseguridad subjetiva es muy fácil de manipular, y por tanto crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva, selectiva, y discriminatoria del sistema penal, con lo cual, entonces, se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone en primer término la seguridad del orden por encima de la persona y su desarrollo como tal. Luego también, la perspectiva política criminal en razón al principio de lesividad se vuelve un desafío.

También hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar sumamente restringido o desvirtuado si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.

D. El principio de Responsabilidad o Culpabilidad

Otro principio básico político criminal, es el principio de la responsabilidad o culpabilidad, que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana.

La persona en un sistema democrático es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de éste. Necesariamente la intervención del Estado ha de considerar como límite y legitimación de su intervención la responsabilidad de la persona. Esto implica, consecuencialmente, que toda persona tiene responsabilidad, no hay personas irresponsables y que por tanto el Estado tiene un derecho sobre ella.

Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no sólo al excluir la llamada responsabilidad objetiva, que por tanto no es personal en el injusto o delito sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica entonces la *co-responsabilidad del sistema*, pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia. Se trata, entonces, de las discusiones de la responsabilidad del sujeto por su hecho, o la llamada *culpabilidad o responsabilidad por el hecho*.

Ahora, también en este caso, un principio material como señalábamos requiere de su implementación, y también en un análisis en el solo nivel conceptual puede ser formalizado. Formalización que ha sucedido en el pensamiento puramente dogmático, que partió del dogma o presunción del llamado *libre albedrío* y que por tanto la intervención punitiva del Estado sobre el sujeto, tenía una fundamentación absoluta y no era cuestión de definición desde objetivo político-criminales en un sistema democrático. Formalización que también se produce con la llamada prevención general positiva que al partir de la presunción de derecho que la pena integra sobre la base del reafianzamiento de la conciencia jurídica, reduce a la persona a un puro ente jurídico, y por tanto es inmanente a él su fidelidad o infidelidad al derecho. Luego ese es el fundamento absoluto de la intervención punitiva del Estado; pero más allá de estas cuestiones conceptuales es necesario considerar los aspectos propios a la implementación de este principio. En primer lugar, hay que señalar que nuestro sistema en su conjunto y en específico el sistema penal, establece fuertes estigmatizaciones por razones económicas, sociales, culturales y aún étnicas en ciertos casos, que restringen la autonomía ética de la persona frente al Estado, convirtiéndola más bien en un objeto de instrumentalización; con lo cual entonces, se desnaturaliza el principio de responsabilidad, pues se otorga al Estado un derecho sobre el sujeto, en razón de sus características económicas, sociales, culturales o étnicas. Es decir, de algún modo emerge la tendencia de un derecho penal de autor que aparece reafirmado por un predominio vulgar de la idea de peligrosidad del positivismo naturalista, que, como ya lo hizo en su oportunidad al enunciar su tesis, desde las personas que estaban en la cárcel predica tal rasgo de peligrosidad, precisamente respecto de los marginalizados por el sistema. Con lo cual, entonces, nuevamente se cae en un círculo vicioso diabólico. Es decir, quienes sufren una desigualdad distribución de bienes, en razón de ese déficit social, son luego además caracterizados como esencialmente peligrosos, y por tanto se parte de una presunción de

responsabilidad respecto de ellos en la praxis del sistema penal.

Por otra parte, el sistema penal y sus operadores tienden a no considerar las diferenciaciones existentes, al interior del sistema entre las personas, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación a la dignidad de la persona y a su responsabilidad. Ciertamente, el sistema no puede exigir la misma responsabilidad a aquellos que se mueven en mundo de códigos diferentes a los homogéneos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, etc. Es decir, la perspectiva político criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad se convierte en un desafío, en la medida en que es necesario establecer las garantías necesarias con el objeto que el sistema y sus operadores den cuenta por una parte de qué han hecho para otorgar a esa persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo, y por otra parte, de las circunstancias en que esta persona se encontraba, a pesar de esas condiciones suficientes otorgadas, permitan exigir dicha respuesta.

Es por eso que siempre *responsabilidad es igual a exigibilidad*, esto es, se trata de determinar y por tanto garantizar qué es lo que puede exigir el sistema y sus operadores de una persona, y ello no es una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino una cuestión a resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

E. El principio de la Indemnidad Personal

Por último y sin naturalmente agotar todos los principios garantistas, es un principio elemental de un derecho penal democrático, que proviene igualmente de un principio de dignidad de la persona y su autonomía ética, el de la *indemnidad personal*; es decir, la sanción a aplicar no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni sus derechos, la persona no puede ser instrumentalizada por la sanción, no puede ser medio para fines más allá de ella misma, ni tampoco se le puede cercenar de tal modo sus derechos que ello implique una limitación extrema de sus capacidades de desarrollo personal. En tal sentido, en nuestros países hay que luchar contra la práctica de sanciones para-estatales que dan lugar a una doble ética en Latinoamérica, por una parte constituciones en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos y por otra parte, una organización de facto dirigida o apoyada desde el Estado, que viola todos estos derechos; como denuncian todos los organismos internacionales: la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, las ejecuciones sumarias, por citar aquellas transgresiones más graves, son frecuentes en muchos de nuestros países. Es uno de los primeros problemas que tiene que afrontar una política criminal democrática, con el objeto de garantizar que ello no suceda o no vuelva a suceder.

Pero no sólo en el ámbito para-estatal hay graves transgresiones al principio de la indemnidad personal, sino también en las sanciones propiamente estatales. En ese sentido hay que garantizar la no aplicación de la pena de muerte, de la pena de presidio perpetuo y de las penas excesivamente

largas de privación de libertad o de privación de derechos, pues todas ellas afectan a la esencia de los derechos de la persona, impidiéndole entonces su desarrollo.

Más aún, aparece hoy crimino-lógicamente comprobado, y más en nuestros países, los efectos de despersonalización de las penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad implican una doble violencia, por una parte, por el efecto desintegrador sobre la persona, y por otra por ser de carácter discriminatorio, ya que generalmente recaen precisamente sobre personas que han tenido graves déficit sociales, pues por lo general, las personas que están en cualquier cárcel del mundo, son aquellos que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

De allí que ha de tenderse a aplicar lo menos posible la plena privativa de libertad y a buscar sustitutivos o bien alternativas a ella, con el objeto justamente de evitar sus efectos nocivos para la persona. Más aún, dada la co-responsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona con el objeto de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente al de los hechos delictivos. La pena o sanción no puede ser simplemente un castigo; sino tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos. Es por eso que las penas tampoco pueden ser rígidas en su mínimo, sino que han de ser abiertas, con el objeto que el juzgador, llegado el caso, y de acuerdo con el principio de necesidad, de la pena, íntimamente ligado al de indemnidad personal, pueda prescindir también de ello.

El principio de la necesidad de la pena ha de regir todo el sistema penal, ya desde la persecución policial, ya que a menudo por ejemplo, en hechos de poca monta, la detención de un joven puede ser sumamente perjudicial y sin embargo, basta con llamar a la familia, al asistente social respectivo, o a la educadora, en el mismo sentido en el proceso penal también tiene que verse influido por la necesidad de la pena y por tanto en gran cantidad de delitos puede ser preferible terminar el proceso con una conciliación y no con una sentencia condenatoria.

Indemnidad personal y necesidad de la pena son un desafío político criminal en cuanto requiere de garantización en nuestro sistema, dado el hecho que la mayoría de las personas a las cuales se les aplica la pena en nuestros países, son aquellas que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de las sociedad.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, perspectiva político criminal significa determinación de los principios básicos de un derecho penal democrático, dilucidación de su contenido, pero desafío político criminal significa entender que todo principio es sólo un programa de acción y requiere por ello de implementación en una realidad concreta, la nuestra Latinoamericana con el objeto de establecer sino algo diferente al

derecho penal como decía Radbduch, por lo menos un Derecho penal más humano, esto es únicamente de los hombres y para los hombres.

PREGUNTAS

La discriminación y desjudicialización que restringe el ámbito del derecho penal, ¿no cree ud. que nos hace pensar en tendencias abolicionistas?

No, el planteamiento abolicionista lleva a la desaparición del Derecho penal y esto es lo que ha sostenido. Otra cosa totalmente diferente es el planteamiento de que la intervención punitiva está regida por el principio de la "última ratio", y hoy los organismos internacionales no solamente hablan de "última ratio" sino de "extrema ratio". Es decir que la intervención punitiva solamente debe plantearse cuando se trata de afecciones graves o bienes jurídicos, o sea de aquellos intereses considerados más elementales y básicos dentro de la organización social.

Como se sabe, desde los inicios de una investigación policial ocurren sucesos graves y se está afectando a los derechos de la persona. Se produce allí una contradicción inevitable, pues por una parte, entre las constituciones están planteando la protección a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Cualquier Constitución de hoy dice en su primer artículo que la base de todo el sistema social es la libertad de las personas, su dignidad sin embargo, justamente el Derecho penal, lo primero que afecta es la libertad y la dignidad de las personas, ya sea a través de la pena de prisión, o de las estigmatizaciones que significan varias medidas del Derecho penal. Por eso les he dicho que el Derecho penal va a ser, siempre mientras haya Estado, una lamentable necesidad. Eso hay que restringirlo al mínimo posible y dejar el resto a políticas económicas, sociales, culturales, también de carácter de control de un tipo informal dentro de los sistemas sociales. Por eso es que el Derecho penal solo tiene de limitarse a regir en aquellos aspectos mínimos y básicos dentro del sistema.

Algo totalmente diferente es lo que plantea la teoría del abolicionismo penal, que pretende la sustitución completa del Derecho penal. Lo cual a mi parecer es hoy una quimera y podría producir efectos totalmente contrarios a los fines que esa teoría pretende perseguir, como ya se ha demostrado en algunos sistemas sociales, donde aun en cosas parciales se pretendió la abolición total; como un ejemplo en California o Suecia, cuando se planteó la total abolición de la pena de prisión o de las cárceles y que lo único que se consiguió fue aumentar una serie de controles discriminatorios y que afectaban mucho más a la persona.

¿Cree ud. que el desaparecimiento de personas debería de tipificarse en toda la legislación penal latinoamericana?

Yo creo que no hay que confundir. Cuando se habla de Derecho penal mínimo, no es solamente de una tendencia descriminalizadora, sino también de una tendencia criminalizadora. Se trata de averiguar cuáles son aquellos intereses más importantes de la sociedad y cuáles son las afecciones más graves a esos intereses, y ello puede implicar descriminalización, pero también criminalización. Para el caso, del castigo a todas aquellas afecciones a la calidad del consumo; del de todos los delitos socioeconómicos, o delitos ecológicos. Está demostrado en cualquier país que la dañosidad de afecciones como las ejemplificadas, es mucho más significativa que cualquiera de aquellos delitos tradicionales. Se trata de miles de personas afectadas por ese daño. De modo, entonces, que no es solamente un proceso de descriminalización, sino también de criminalización.

Es evidente desde esta perspectiva que hay ciertos derechos o intereses que afectan a toda la humanidad como tal, que son el patrimonio de toda la humanidad, como es el caso de la tortura, el desaparecimiento forzado de personas o las ejecuciones humanas. Esas afecciones a la humanidad como tal, al patrimonio humano, deben ser justamente penalizadas.

Para países latinoamericanos como El Salvador, que ha vivido en conflicto durante 12 años consecutivos, ¿Consideraría usted la posibilidad de investigar sobre la llamada patología de la violencia del post-guerra, con el fin de determinar ajustes en la política criminal y legislación penal en general?

En todo país que ha pasado por un conflicto, parece que el estudio de la violencia y de los procesos que generan la violencia es de una importancia básica para ese país. Es ese el descubrimiento de la vida, la revelación de la vida y la condena por todos los procesos de generación de la violencia. Es la primera forma para llegar a la paz, para llegar justamente a las vías no violentas.