

DESARROLLO DEMOCRÁTICO Y ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES

Ángel de Sola Dueñas

*(Profesor adjunto de Derecho penal - Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona)*

El trabajo plantea una serie de reflexiones acerca de las consecuencias y los condicionamientos que el cambio político que está viviendo nuestro país comporta respecto a la problemática de la delincuencia y de su tratamiento jurídico, que no puede ser contemplada al margen de la correlación de fuerzas que determine el proceso de desarrollo democrático. Un planteamiento «alternativo» de la cuestión sólo es posible insertando los proyectos político-criminales en un marco más amplio de «política social», tomando como base jurídica los principios constitucionales. En este contexto, al Derecho penal le incumbe una función positiva y limitada a su naturaleza de «último recurso», por lo que es preciso revisar los intereses que son objeto de su protección y las formas a través de las cuales ésta se ejerce, con un sistema sancionatorio diferenciado.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el planteamiento de una serie de reflexiones acerca de las consecuencias y los condicionamientos que el cambio político que está viviendo nuestro país comporta respecto a la problemática específica de la *delincuencia* y de su *tratamiento jurídico*. Pues tal problemática no puede quedar desvinculada de la forma en que se plantee el proceso de desarrollo democrático y de la correlación de fuerzas que lo determine. El tránsito desde una larga etapa histórica autoritaria, que ha calado hondo en la red de instituciones y en los mecanismos de poder, a un régimen de democracia formal no supone que automáticamente vayan a producirse transformaciones profundas que permitan superar los enfoques político-criminales anteriores. De ahí que hablar de «alternativas» en este tema, de indudable trascendencia para la convivencia cívica y para la propia consolidación de la democracia, no significa limitarse a los aspectos formales de la renovación de los instrumentos jurídicos e institucionales destinados a abordar el problema de la criminalidad, sino adentrarse en su dimensión sustancial, señalándose como meta no sólo la subsanación del atraso histórico, sino el abrir nuevas vías de progreso con una visión amplia de las posibilidades que ofrece nuestro desarrollo democrático.

Punto de partida habrá de ser, por consiguiente, clarificar los presupuestos sobre los que deben incidir los *planteamientos político-criminales* y su correcta conexión con una visión «política» más amplia. Esencial al respecto resulta tomar como base los principios jurídicos a extraer de la recién estrenada *Constitución* para fundamentar los proyectos político-criminales, ya que aquéllos no se agotan en las expresas referencias formales y garantísticas, sino que derivan también de todos los preceptos orientados a propulsar un desarrollo progresivo y armónico de la vida social. De este modo podrán quedar sentados los argumentos jurídicos y políticos para analizar la función positiva y precisa de la *política criminal* y del *Derecho penal* dentro del marco constitucional, así como la determinación de sus

finés y de los medios para alcanzarlos, en un plano de concreción histórica.

POLÍTICA CRIMINAL Y POLÍTICA SOCIAL

Acerca del primer objetivo de precisar la concepción de la *política criminal* y su inserción en el ámbito «político» global, cabría empezar diciendo que aquélla hace referencia al conjunto de actividades del Estado encaminadas a reducir —ya que no eliminar— la criminalidad. Ahora bien, el hecho de que el Derecho penal sea el instrumento más importante que se utiliza para combatir la delincuencia, si bien exige que la Política criminal haya de ocuparse en gran medida de buscar los planteamientos más adecuados del mismo con el fin de lograr la mayor eficacia en sus cometidos, no significa que queden descartados otros recursos jurídicos, políticos y sociales más allá del Derecho penal en sentido estricto. Por el contrario, siendo el Derecho penal el *último recurso* al que se permite acudir, de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, para salvaguardar determinados intereses individuales o colectivos, la política criminal no puede limitarse al análisis de los resultados obtenidos o por obtener del funcionamiento de las instituciones penales. Más bien su misión estribará en el desarrollo de todas aquellas medidas de *política social* orientadas a detectar y combatir las causas individuales y sociales de la delincuencia, cuyo último nivel —el más grave y contundente— lo constituiría la *política penal* en sentido estricto.¹ Es, pues, la política criminal la que señala, por una parte, cuándo ha de entrar en juego el Derecho penal y, por otra, cuál debe ser la configuración concreta del mismo para cumplir su función específica en el ámbito de la *política social* encaminada a luchar contra la criminalidad.

Pero, más allá de estas precisiones conceptuales, interesa destacar aquí las derivaciones concretas de una determinada concepción de la política criminal y de sus relaciones con el Derecho penal.² En efecto, un predo-

1. La distinción entre «política criminal» y «política penal» aparece en la reciente doctrina italiana. Vid. Bricola, Franco, «Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)», *La Questione Criminale* (Bologna, 1975), pp. 221 y ss.; Pulitano, Domenico, «Lo sviluppo della criminalità e la risposta delle istituzioni», *Democrazia e diritto* (Roma, 1976), pp. 125 y s.

2. Una muestra interesante de los diversos puntos de vista sobre la materia puede encontrarse en las Actas del Primer Coloquio Regional Español sobre *Política criminal y Derecho penal*, organizado por el Grupo Nacional Español de la Asociación

minio de este último como la vía más «natural» para afrontar el problema de la delincuencia, identificando prácticamente la política criminal con la *política penal*, lleva a un distanciamiento entre ésta y la *política social*, que se mueven en mundos separados. Porque el desarrollo económico y social de un país, con los cambios estructurales que va produciendo, tiene inevitablemente unas repercusiones criminógenas y no basta con que *a posteriori* la *política penal* trate de atajar el fenómeno. Por el contrario, una planificación de la política económica y social tiene que contar siempre con las consecuencias de todo orden que de ella podrán derivarse. Esto supone que la política criminal no abarca un ámbito aislado dentro de la «política» y que ha de darse, por consiguiente, una coordinación para que los resultados globales no agraven al menos el problema de la criminalidad, contra el que luego haya que reaccionar con invocaciones a la «defensa social».³ De otro modo, el carácter de *último recurso* que teóricamente se atribuye al Derecho penal resulta desvirtuado, al quedar determinado en la práctica apriorísticamente y sin profundizar antes en su verdadero sentido de que sólo debe entrar en juego cuando no ha sido suficiente la aplicación de otros recursos menos violentos.

Pero es más, centrar el cometido de la política criminal en la *política penal* no es una opción «neutral» si se analiza en el contexto histórico real en el que operan las instituciones penales. La configuración de las mismas se ha realizado, en efecto, en base a la tutela de los intereses concretos de las clases dominantes, aunque ideológicamente se trate de identificarlos con los intereses generales de la sociedad en abstracto. De ahí que, sobre todo en épocas de crisis económica y social, la represión penal actúe preponderantemente frente a las manifestaciones de disenso, sin necesidad de plantearse previamente las causas de los desajustes sociales y las posibles vías para su remoción. El *orden público*, en su acepción más conservadora y estática, se erige así como barrera frente a una revisión a fondo de la protección que a través del Derecho penal puede dispensarse a los intereses sociales más significativos en consonancia con los procesos de transformación económica y social; cuando no sirve de base a tomas de postura regresivas que agudizan aún más las situaciones de desequilibrio.⁴

La consecuencia más destacable para la cuestión que ahora nos ocupa

Internacional de Derecho Penal (Madrid-Plasencia, 19-23 octubre 1977), publicadas por la *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978), núm. 1.

3. Vid. Bricola, F., «Política criminal...», *cit.*, pp. 222 y s.; del mismo, «Política criminal y Derecho penal», *Revue Internationale de Droit Pénal*, (1978), núm. 1, *cit.*, pp. 106 y s.; Marinucci, Giorgio, «Política criminal e riforma del diritto penale», *Democrazia e diritto* (1975), p. 77.

4. Vid. Bricola, F., «Política criminal...», *cit.*, pp. 224 y ss.

es la imposibilidad práctica de desarrollar, en el anterior contexto, vías «alternativas» de política criminal, al quedar ésta absorbida por la *política penal* limitada a su vez por unos intereses muy concretos. Pues el enfoque de la lucha eficaz contra la criminalidad, que en principio afecta a todos los sectores sociales, difiere sustancialmente según quien sea el sujeto llamado a planificarla. Para la *clase dominante* actual importa un control de aquélla que, por una parte, sea el suficiente para no alterar seriamente sus propios intereses, ligados a un determinado sistema económico y social, ni su hegemonía en la selección y persecución de la delincuencia, a través de los canales normativos e institucionales (leyes, magistratura, policía, control ideológico, etc.). Por otra parte, esa delincuencia por ella «configurada» le reporta una utilidad no sólo en el sentido de fomentar en la sociedad los sentimientos acrílicos y de temor que la manipulación ideológica del fenómeno permite, sino también para desviar la atención respecto a la «otra criminalidad» que viene a redundar en su propio beneficio: delincuencia económica, corrupción y abusos de poder, cuando no el recurso directo al terrorismo fascista o el apoyo en las organizaciones criminales.⁵ Por ello, para sus fines le basta con seguir una *política penal*, centrada en el concepto de *orden público* —que asegure el control social externo para mantener en sus «justos límites» a la delincuencia— y apoyada en el instrumento tradicional intimidatorio-represivo simbolizado por el Código penal.

No cabrá, pues, hablar de *alternativas político-criminales* si no se reivindica una concepción amplia de la política criminal, en la cual la *política social* —realmente rica en posibilidades «alternativas»— sea el *príus* lógico de la planificación de aquélla y, en estrecha conexión que no la desvincule del punto de vista «social» —para lo cual ha de superar la dimensión del mero *orden público* señalado anteriormente—, la *política penal* se mantenga en su limitada y auténtica misión de *último recurso*. Una *política criminal alternativa*, concebida como la orientada a la lucha contra las *causas* de «toda» la criminalidad, adquiere entonces su completo sentido al conectarse con la superación de las condiciones socio-económicas propias del sistema capitalista. De este modo podrá ir más allá del mero reformismo humanitario —al que es capaz de llegar la política criminal de la burguesía en los momentos históricos en que no están en juego sus intereses—, actuando sobre las raíces del problema de la delincuencia en la vía de profundas transformaciones sociales y económicas, dentro de una dimensión

5. Baratta, Alessandro, «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», *La Questione Criminale* (1975), n. 59; Seppilli, Tullio, en Bricola, F. y otros, «Per una politica criminale del movimento operaio», *La Questione Criminale* (1975), pp. 503 y ss.

global de «política social». Ésta a su vez obliga a que la *política penal* haya de cambiar radicalmente su enfoque: en lugar de mantenerse esencialmente en el nivel de la criminalidad de las clases subalternas, tiene que adoptar una estrategia diferenciada ante las diversas formas de nocividad social de los comportamientos distribuidos entre todos los grupos sociales. Y esto sólo puede hacerse desenmascarando la «desigualdad» del derecho actual, patentizada no sólo en el desequilibrio en la selección de los intereses tutelados, sino también en la óptica con que se realiza la protección de intereses que afectan a todos los ciudadanos, al decantarse en la práctica predominantemente sobre los ataques provenientes de los sectores marginales. Ello no significa, no obstante, dar por válidas aquellas visiones «radicales» del delincuente como simple rebelde individual contra la opresión burguesa, incapaces de abarcar la complejidad del fenómeno y de los conflictos sociales que se hallan en su base, reproduciendo, en último término, el esquema unilateral manejado por la clase dominante en su combate con la criminalidad de los sectores marginales que atentan contra «su» orden.⁶

Esta perspectiva «alternativa» —cuyos puntos esenciales trataremos de señalar a lo largo de nuestro trabajo—, por la dimensión de *política concreta* en que se inserta, no ha de perder de vista por tanto los antagonismos propios de los distintos intereses en juego que se van a manifestar en la fase de construcción de los instrumentos político-criminales democráticos, obligando a una estrategia de gradualismo y presiones en atención a la correlación de fuerzas operantes en cada momento. Pero esta reflexión ha de servir asimismo para dejar bien claro que la política criminal no podrá avanzar en la vía alternativa propuesta si no se vincula a un proyecto más ambicioso de *política social* orientado a la transformación de las «relaciones de hegemonía entre los grupos sociales en un determinado país».⁷

BASES CONSTITUCIONALES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL «ALTERNATIVA»

La concepción abierta de la política criminal que utilizamos, entendida como aquella que, con un carácter no institucionalizado, permite refle-

6. Baratta, A., «Criminología liberale...», *cit.*, pp. 50 y ss.; del mismo, «Criminología crítica e política criminale alternativa», *La Questione Criminale* (1977), pp. 341 y ss.; Bricola, F., «Política criminale...», *cit.*, pp. 284 y ss.; del mismo, en Bricola, F. y otros, «Per una política criminale...», *cit.*, pp. 487 y ss.; Pulitanò, D., «Lo sviluppo...», *cit.*, pp. 126 y s.

7. Baratta, A., «Criminología liberale...», *cit.*, p. 44.

jar las «alternativas» propias de la *política social*,⁸ hace necesario a su vez un análisis de los principios constitucionales que permiten dotarla de una fundamentación jurídica. Es evidente que, si un texto constitucional —y ésta es su mayor virtud desde el punto de vista democrático formal— es susceptible de un desarrollo «alternativo» (entendida en este caso la expresión como la posibilidad de que el grupo elevado democráticamente al poder en cada momento ponga en práctica sus propias concepciones políticas), interesa ahora en concreto destacar en qué medida ello incide en el campo de la política criminal. Para lo cual hay que distinguir los principios que hacen referencia expresa a las garantías que en materia penal han de respetar los poderes públicos y los que pueden servir de referencia para el desarrollo de una política criminal vinculada a una determinada *política social*.

A) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES: SU PROBLEMÁTICA EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

En el primer grupo podemos situar la serie de preceptos que se corresponden con los principios «clásicos» del Estado liberal de Derecho. Se contienen en el capítulo de «derechos y libertades», como reglas básicas de la democracia formal, y su incumplimiento determina la vulneración de las garantías mínimas que legitiman a un Estado como Estado de Derecho. Por este mismo carácter, el margen de diversidad en las interpretaciones resulta en principio muy estrecho, ya que han de ser respetados en su esencia por todas las ideologías que se reclaman democráticas. En lo que a nuestra Constitución se refiere, tal sería el caso del *principio de legalidad penal* establecido en el artículo 25, 1; del *derecho a la libertad y a la seguridad personal* del artículo 17; del *derecho a la vida y a la integridad física y moral*, con la consiguiente prohibición de la *tortura* y de las *penas o tratos inhumanos o degradantes*, así como la abolición de la *pena de muerte*,⁹ del artículo 15, y la *protección judicial de los derechos individuales* del artículo 24.

Sin embargo, conviene hacer algunas observaciones con respecto a estos principios. La primera, de índole general, es que su aceptación a nivel teórico y su solemne consagración constitucional no es correspondida por una

8. Bricola, F., «Política criminal...», *cit.*, p. 222.

9. Si bien esta toma de postura abolicionista constitucional no es realmente una conquista del Estado liberal ni se halla generalizada en los países «democráticos». Cfr. García Valdés, Carlos, *No a la pena de muerte* (Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975), pp. 37 y ss.

realización práctica homogénea. En los propios regímenes estructurados conforme a los cánones de la democracia —al menos en una acepción formal de la misma— son frecuentes las deficiencias que ponen en cuestión su vigencia absoluta. En efecto, en el desarrollo de los mencionados principios por la legislación ordinaria, que es la que viene a concretar su sentido real, ciertas ambigüedades y matizaciones sirven para dejar un margen de maniobra funcional a los intereses de las clases dominantes, reacias a renunciar totalmente a determinados mecanismos de represión. Es por ello también que su control de los aparatos del Estado y de los órganos institucionales obstaculiza en muchos casos una respuesta adecuada a las violaciones que se producen en la realidad práctica. Así pues, las declaraciones constitucionales no garantizan por sí mismas que su aplicación concreta vaya a responder a las exigencias democráticas sustanciales. Si aquéllas aparecen como el presupuesto jurídico, el lograr dotarlas de auténtico contenido sólo puede ser fruto de un proceso de profundización que vaya superando las deficiencias apuntadas. Y ello está en estrecha relación con la cuestión anteriormente tratada de la necesaria ruptura frente a una *política penal* cerrada y centrada en la idea de *orden público* como catalizador de los intereses de la burguesía. Vemos entonces cómo en este primer terreno de las garantías penales de naturaleza formal es preciso plantear «alternativas» que aseguren la protección de los derechos y libertades en la perspectiva de los intereses de las clases populares.

Particularmente candente resulta, en este ámbito, el problema de las medidas de diverso orden (penales, de procedimiento, policiales, etc.), que se están adoptando frente a actuales formas de criminalidad que se estiman «subversivas» para el sistema democrático mismo. Su característica común es la de buscar una eficacia que se sitúa en el límite constitucional —con unas preocupantes posibilidades de desbordamiento en la práctica— del respeto a las libertades y de las garantías individuales, disminuidas frente a los poderes estatales. En esta tendencia se ha llegado a un punto muy delicado que exige profundas reflexiones.^{9 bis} Es evidente que un Estado democráticamente organizado está legitimado para defenderse ante los ataques violentos de quienes tratan de negar el sistema democrático. Pero este reconocimiento es incompatible con planteamientos maniqueos encubridores de intereses vinculados a la consolidación de las propias posiciones. La democracia no es un todo acabado identificable con el *statu quo*, sino que está basada en un complejo equilibrio que también puede ser alterado por la obstrucción de las vías para su desarrollo. Así pues, la le-

9 bis. Cfr. recientemente: Bertini, Bruno; Franchi, Paolo; Spagnoli, Ugo, y Bufalini, Paolo, *Terrorisme et Démocratie* (Éditions Sociales, Paris, 1978).

gitimidad de unos medios concretos de defensa tiene que ser valorada de acuerdo con unos principios asumibles por la colectividad afectada. Si no se integran en un proyecto de superación de la esclerosis en que se mantienen ciertas instituciones, venciendo las fuerzas interesadas en la persistencia de la misma, la sociedad no podrá sentirse identificada con la defensa de algo que se le está continuamente sustrayendo a su control. Porque precisamente el uso viciado de las propias instituciones democráticas, que van quedando vaciadas de contenido, está en gran medida en la base y sirve de pretexto para explosiones incontroladas que ponen en peligro la convivencia. La coordinación de la política criminal referida a este campo específico con una *política de Estado* que profundice en la raíz de los conflictos y busque respuestas democráticas es esencial frente a la sacralización del Estado y el recurso al «orden constitucional» como mero instrumento del reforzamiento de los clásicos aparatos de dominación.

La anterior problemática presenta unos perfiles especialmente agudizados si abordamos la situación específica de nuestro país. El proceso de transición y el largo período constituyente han tenido lugar manteniendo el marco jurídico y los aparatos de Estado de la dictadura, revisados sólo por medidas fragmentarias y de urgencia, determinadas por el predominio de los postulados «reformistas» —frente a los «rupturistas»— impuestos por los herederos del régimen anterior. Todo ello ha provocado importantes desequilibrios y la agudización de determinados problemas,¹⁰ con una preocupante consolidación de hábitos y formas de actuación en muchos casos antagónicos respecto a las exigencias del cambio democrático, pero no neutralizadas adecuadamente debido a la ambigüedad política de la transición. En este contexto, los preceptos constitucionales a que antes hemos hecho mención deben ser valorados en una doble dimensión. En cuanto se corresponden con los principios «clásicos» de los textos constitucionales, por lo que le son aplicables las observaciones de índole general hechas antes, y en cuanto parten de una situación de ausencia de estructuras democráticas en que su vigencia no ofrecía garantías más allá de las conveniencias del régimen autocrático. Estos dos aspectos determinan que el primer e indispensable nivel de exigencia es lograr que el desarrollo por la legislación ordinaria de la materia que nos afecta cumpla los requisitos formales que permitan servir de apoyo jurídico para la defensa sin lagunas de los derechos y libertades amparados por la Constitución. Pero además, puesto que no se trata de una mera puesta al día de la legislación, sino

10. De estas cuestiones, como las consecuencias derivadas del proceso de la «amnistía política» y el problema penitenciario, me ocupo en *Socialismo y delincuencia (Por una política criminal socialista)* (Ed. Fontamara, Barcelona, 1979), pp. 15 y ss.

del cambio de unas formas legales e institucionales no controladas por los mecanismos del Estado de Derecho a otras de inequívoca naturaleza democrática, ya al redactarse la propia Constitución hubo que precisar con especial cuidado la plasmación de aquellos principios —aunque la correlación de fuerzas del momento no siempre permitiera obtener resultados plenamente satisfactorios. Y por ello mismo, en la etapa que ahora se abre de desarrollo constitucional, se han de crear las fórmulas que no sólo no desvirtúen los referidos principios sino que, adicionalmente, sean aptas para atajar las desviaciones antidemocráticas residuales. Después de un largo período histórico en el que muchos derechos han sido sistemáticamente ignorados o infravalorados, no basta pues con un cambio legislativo, sino que se requiere un esfuerzo mayor para la defensa de los ciudadanos y la «normalización» en la práctica de sus derechos. Es evidente, por lo demás, que aparte las cuestiones que afectan a los principios generales —que, insistimos, constituyen el «mínimo» para poder hablar de transformaciones democráticas—, es a partir de sus derivaciones para ámbitos más específicos donde podrán empezar a realizarse planteamientos «alternativos» —como veremos más adelante— que den a aquéllos el máximo contenido y la profundización requerida por el momento histórico.

B) ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS FINES DE LAS SANCIONES PENALES

Mención aparte merece la inclusión, en el artículo 25, 2, de la Constitución, de un precepto en los siguientes términos: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» Con esta incorporación se da, en efecto, un paso adelante con respecto a los esquemas constitucionales del Estado de Derecho *liberal*, para situarse a nivel de Estado *social*, que no se limita a la consagración de unas garantías formales sino que se marca unas metas de contenido «social».

Lo primero que cabe observar, no obstante, es que, si bien no con rango constitucional, tales fines aparecían ya en la normativa penitenciaria del régimen anterior;¹¹ y ello podía entenderse bien como pura retórica que no se correspondía con el carácter expiacionista e intimidatorio de la regulación subsiguiente o, si acaso, inserto en una concepción de lo «social»

11. Cfr. Córdoba Roda, Juan, «La pena y sus fines en la Constitución», ponencia presentada en el *Seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho penal* (Universidad Autónoma de Barcelona-Bellaterra, marzo 1979), pp. 1 y ss. del texto mecanografiado.

de signo autoritario y corporativista. De ahí que surja un natural recelo ante el mimetismo de dicha terminología y se haga necesario, dado el contexto diferente en que aparece, buscar nuevos puntos de referencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del principio de la «reeducación del condenado» establecido en la Constitución italiana. En último término, se produce una alineación con las corrientes humanitarias más actuales centradas en torno a la idea de la *resocialización*.

Importa pues ahora analizar las posibilidades de desarrollo de esta norma constitucional. Tarea no exenta de dificultades, no sólo por la multiplicidad de contenidos que le son dados a los conceptos de «reeducación», «reinserción social» y «resocialización» —todos ellos con una gran carga ideológica—, sino también por la tendencia a limitar su interpretación a los márgenes señalados por la legislación penal ordinaria, sin plantearse las exigencias que una tal toma de postura constitucional debe entrañar con respecto a la reforma de esta última.¹²

En este sentido, el que la Constitución se pronuncie expresamente por una orientación determinada de los fines de penas privativas de libertad y medidas de seguridad —y sin entrar ahora en la problemática del principio «resocializador»¹³— tiene unas importantes derivaciones de cara no sólo al plano ejecutivo y de aplicación concreta, sino también a la relación que debe existir entre tales sanciones y los hechos a los cuales se vinculan legalmente.¹⁴ Descartados los extremos de la pura retribución o expiación —que permite castigar meros actos de desobediencia— y de la prevención especial puramente defensiva y utilitaria —que permite la represión de estados subjetivos y de comportamientos sintomáticos de peligrosidad personal—,¹⁵ la función «reeducativa» apunta hacia una valoración armónica de todos los componentes del Derecho penal, que a su vez ha de conjugarse con la perspectiva «social» orientadora de la función de las sanciones penales.

En consecuencia, la declaración constitucional impone como mínimo el replanteamiento, desde una nueva visión, del funcionamiento real de las instituciones penales, tanto en su vertiente legal como en la de la práctica

12. Bricola, F., voz «Teoria generale del reato», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIX (UTET, Torino, 1973), p. 11. Para la crítica de los conceptos mencionados, *vid.* mi trabajo *Socialismo y delincuencia*, *cit.*, pp. 95 y ss.

13. Del tema se ha ocupado recientemente, recogiendo interesante bibliografía, Muñoz Conde, Francisco, «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», en el *Seminario hispano-germánico...*, *cit.*

14. Bricola, F., «Teoria generale...», *cit.*, p. 15; Córdoba Roda, J., «La pena y sus fines...», *cit.*, pp. 2 y s.

15. Bricola, F., «Teoria generale...», *cit.*, p. 82.

concreta. Así —como señala Córdoba Roda—,¹⁶ la imposición de una pena privativa de libertad, o de una medida de seguridad, debe tener como premisa su adecuación para cumplir esos fines concretos. Y ello no en un plano abstracto, sino determinando una serie de exigencias muy concretas. En primer lugar, que tal imposición, para ser coherente con la Constitución, debe basarse en un proceso individualizado que permita el examen de la personalidad del autor del hecho delictivo, para poder determinar en cada caso si resulta procedente la función reeducativa. Derivación inmediata de ello —sin caer en utopismos teóricos— es la necesidad de subsanar las deficiencias que comporta la actual Administración de justicia, cargada de rutina y automatismo. Asimismo, la ejecución de las mencionadas sanciones no podrá estructurarse con criterios expiatorios y de mero aseguramiento, necesitando como presupuesto el reconocimiento de los derechos constitucionales que no queden rigurosamente afectados por las restricciones inherentes a la sanción respectiva.¹⁷

Pero el problema trasciende también a la cuestión de los bienes jurídicos para cuya protección se recurre a las más graves sanciones. En efecto, si ha de quedar superada la interpretación *personalista*¹⁸ de los conceptos de «reeducación» y «reinserción social», centrada en una determinada visión de los destinatarios de las sanciones penales —defecto del que sin duda adolece la formulación adoptada por la Constitución—,¹⁹ la función constitucional señalada, más que referida a la «simple y genérica reinserción del reo en la sociedad», debe basarse en la sensibilización por los valores constitucionales,²⁰ con independencia de la posición del sujeto en el contexto en que ha actuado. De esta interpretación resultaría que la necesidad de una pena privativa de libertad irá en función de la relevancia constitucional del bien jurídico afectado —lo cual no prejuzga la forma concreta a través de la cual ha de procurarse dicha sensibilización y que tendrá su reflejo en la fase de ejecución de la pena. Pero, a su vez, lo anterior determina que sólo en los casos de «*significativa* lesión de un valor constitucionalmente relevante»²¹ es legítimo acudir a la privación de libertad. En los casos en que la lesión al bien jurídico no tenga la importancia suficiente, las sanciones habrán de ser, pues, de distinta naturaleza; reforzada esta idea en el valor preeminente que la Constitución concede a la libertad personal (artículo 17).

16. Córdoba Roda, J., «La pena y sus fines...», *cit.*, pp. 11 y ss.,

17. Bricola, F., «Teoria generale...», *cit.*, p. 17.

18. Bricola, F., *op. ult.*, *cit.*, p. 11.

19. Córdoba Roda, J., *op. cit.*, p. 15.

20. Bricola, F., *op. ult.*, *cit.*, p. 17.

21. Bricola, F., *op. ult.*, *cit.*, pp. 15 y ss.

En resumen, se trata de extraer unos principios claros que, por una parte, eviten seguir utilizando los conceptos de «reeducación» y «reinserción social» como huera declaraciones de intenciones y, por otra, se inserten armónicamente en el tejido constitucional.

Sin embargo, pese al avance que con respecto a la situación anterior pueda suponer esta orientación que la Constitución da expresamente a los fines de las sanciones penales —y siempre que, insistimos, sirva para impulsar la reforma consecuente de la legislación ordinaria—, quedan aún por determinar nuevos cauces en virtud de los cuales el reformismo necesario abra paso a posiciones «alternativas» que profundicen en la función *positiva* del Derecho penal en un contexto de transformación social. Y ello en base a la conexión de las dimensiones *liberal* y *social* con la del Estado *democrático* de Derecho, que no renuncia a las anteriores sino que las integra en un nuevo desarrollo.

C) ALTERNATIVAS CONSTITUCIONALES DE POLÍTICA SOCIAL Y SU VALOR PARA LA POLÍTICA CRIMINAL.

Además de los preceptos hasta ahora señalados, que concretizan una determinada *política penal* propia del contexto formal del Estado de Derecho y abierta hacia una proyección *social* y *humanitaria*, ¿existen otras normas en nuestra Constitución que sirvan para dotar de fundamentación jurídica a una *política criminal* verdaderamente vinculada a una *política social* avanzada y progresista? Es decir, se trataría, por una parte, de averiguar de qué forma queda posibilitado en la Constitución el desarrollo de diversas concepciones de la *política social* —y en consecuencia, por lo que aquí nos interesa, una que ofrezca «alternativas» en relación con la resultante del sistema actual. Por otra parte, más específicamente, sentar las bases para una *política criminal*, también «alternativa» y acorde con los intereses que han de guiar un desarrollo político global en beneficio de las clases populares. Esta perspectiva no sólo determinaría un avance con respecto a los postulados democráticos, formales y sociales, recogidos por la Constitución de una manera expresa, sino que complementaría a los mismos en un plano sustancial, profundizando en su dimensión histórica concreta. Baste pensar en las posibilidades de perfeccionar las garantías propias del *principio de legalidad* e, incluso, de dar un contenido preciso y claro a la idea de *resocialización*.

En esta línea, hemos de tomar como punto de partida el artículo 9 de la Constitución, que en su párrafo segundo establece: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad

del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.» Puesto que este precepto sólo podrá adquirir su auténtica dimensión real si su desarrollo se inserta en una dinámica de transición al *socialismo*, queda con él concretada la posibilidad de una *política social* «alternativa» respecto al sistema dominante. Y la dimensión específica de la *política criminal* —en la acepción mantenida de conexión estrecha con la *política social*— puede plantearse asimismo de una manera radicalmente «alternativa» en el debate teórico y práctico del fenómeno criminal.²²

Es evidente, sin embargo, que tal interpretación y las consecuencias a derivar de ella no pueden tener incidencia inmediata y automática sobre la realidad. No se trata sólo de que todavía se mantenga el sistema socio-económico que hay que superar para afrontar la vía de transición al *socialismo* —a pesar de las crisis que lo sacuden—, sino también de la utilización de la normativa constitucional únicamente en aquello que beneficia a ese mismo sistema —aunque haya que hacer ciertas concesiones formales. Reflejo de esta actitud es la ya señalada tendencia a desvincular la *política penal* de la *política social* y, más en concreto, de la normativa constitucional que fundamentaría su enlace coherente. Con ello, la introducción de posiciones «alternativas» en este terreno exige una intensa labor de clarificación y de enfrentamiento dialéctico respecto a los intentos por parte de los sectores dominantes de dejar vacíos de sustancia todos aquellos preceptos cuyo desarrollo consecuente pueda debilitar o poner en peligro sus posiciones e intereses.

La estrategia «alternativa» ha de plantearse, pues, en unos niveles precisos, que trataremos de concretar. El primero afecta al plano jurídico-penal en sentido estricto, entresacando los principios mínimos derivados de lo dispuesto por el artículo 9, 2 de la Constitución. En este sentido, Bricola, en su *Teoria generale del reato*,²³ indica las consecuencias que el acatamiento de la normativa constitucional entraña para la misma delimitación «sustancial» del ilícito penal, ya que el legislador no sólo deberá atenerse a los requisitos formales del *principio de legalidad*, sino que también halla en dicha norma la necesidad de que la incriminación de cualquier conducta vaya relacionada con la lesión de algún valor constitucionalmente destacado; mientras que no podría configurar como delitos hechos cuya sanción fuera orientada a impedir la remoción de los obstáculos que se

22. Vid. Bricola, F., «Política criminal y Derecho penal», *cit.*, pp. 105 y ss. La doctrina italiana toma como referencia el artículo 3, párrafo 2, de su Constitución.

23. *Cit.*, pp. 18 y ss.

oponen al cumplimiento del precepto constitucional aludido. Éste tiene asimismo un gran valor para la función judicial, al servirle de criterio para la adecuación de las leyes ordinarias a la realidad social. Pero, además, la mencionada vinculación no afecta tan sólo a la delimitación del ilícito penal, sino también a la escala de las sanciones, determinada por la «significación» constitucional del valor lesionado. En definitiva, se trataría —de acuerdo con Bricola— de introducir el espíritu de la Constitución, en su máxima dimensión ideológico-política, en la configuración y el funcionamiento de las instituciones penales frente a la inercia que domina las iniciativas reformistas.

Habiendo visto ya la posibilidad de fundamentar jurídicamente, en base al rango superior del texto constitucional, una «alternativa» a la orientación político-criminal, se impone la búsqueda de fórmulas concretas para que, más allá de las llamadas abstractas a la «corresponsabilidad» de la sociedad en el fenómeno de la delincuencia, se vaya produciendo la gestación por parte de aquélla de una *política criminal autónoma* y no mediaticada por el discurso ideológico burgués. Si las sanciones jurídicas se han de abrir a posibilitar la participación del individuo en las tareas comunitarias, no imponiéndole de forma coactiva la aceptación de unos valores sino creando las condiciones objetivas para la autointegración y la asunción racional de sus derechos y deberes como ciudadano, paso previo imprescindible es que la propia comunidad gestione directamente los cauces de participación en el ámbito respectivo. Pues el Estado no puede, de forma dirigista y burocratizada, ni imponer la *resocialización* ni hacer que las diversas comunidades la «dosifiquen» bajo sus dictados; máxime cuando el Estado sigue configurado como algo ajeno a las masas, sobre las que generalmente sólo hace sentir sus aspectos represivos y de control.²⁴

Una primera vía para romper la separación entre el problema penal y la sociedad civil pasa a través de las *expresiones institucionales locales* de ésta, que permiten una incidencia popular más directa, en contraposición a cualquier centralismo burocrático, particularmente rígido en toda la temática penal y penitenciaria.²⁵ En efecto, para que las organizaciones populares

24. Vid. Barata, A., «Criminologia critica...», *cit.*, p. 355; Grupo penalístico dell'Università di Bologna, «Sulle misure c. d. alternative», en Bricola, F. y otros, *Il carcere ariformato* (Ed. Il Mulino, Bologna, 1977), pp. 28 y ss.; Bricola, F., «L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore al occhiello» della riforma penitenziaria», *La Questione Criminale* (1976), p. 406; Neppi Modona, Guido, «Formazione sociale carceraria e democrazia partecipativa», *Politica del diritto* (Bologna, 1976), pp. 173 y ss.

25. Vid. Insolera, Gaetano, «Legge 26 luglio 1975, núm. 354 ed enti locali», *La Questione Criminale* (1976), pp. 409 y ss.; Bricola, F., intervención en Bricola, F. y otros, «Per una politica criminale del movimento operaio», *cit.*, pp. 488 y ss.; Puli-

puedan intervenir eficazmente, los entes políticos locales constituyen un vehículo imprescindible de descentralización y racionalización para gestionar los intereses colectivos que afectan a las respectivas comunidades, entre los que sin duda se encuentran los relacionados con el problema de la delincuencia.

Pero, además, teniendo en cuenta la necesidad de manejar un concepto amplio de la *política criminal*, que vaya más allá de la mera «política penal», las posibilidades de *intervención preventiva*, orientada a remover, o al menos a contener, las causas sociales, económicas e individuales de la criminalidad, se acrecentarían en la medida en que los entes locales pudieran controlar más directamente todo cuanto afecta a sus intereses concretos. Cuestiones como el urbanismo, la política agraria, el trabajo, la vivienda, la enseñanza, la asistencia social, la salud e, incluso, en el sector más directamente económico, la política de inversiones y de la distribución de la riqueza, tienen particular importancia para una progresiva tarea de corrección de los desequilibrios sociales ligados al tipo de desarrollo y de acumulación capitalista, con peculiaridades propias en las diversas comunidades, que el Estado centralizador actual no se muestra capaz de abordar.²⁶

La dialéctica entre ley penal y poder de los *entes locales* no afecta tanto a la potestad normativa como a la incidencia en la elaboración de las líneas de *política criminal*, expresadas desde la base social, a través de la mediación de las instituciones locales, con una necesaria inversión de la ideología punitiva tradicional, de la separación entre aparato judicial y poder popular, de la jerarquía de los bienes penalmente tutelados.²⁷ Este proceso de «reapropiación» por la base de la problemática de la criminalidad y de superación de cualquier papel subalterno, mediante una labor continuada de denuncia ante cualquier abuso y de garantía de los derechos de todos los sometidos a la ley penal, se situaría, pues, «en la perspectiva estratégica de la destrucción del aparato represivo penal burgués y, con él, de la cárcel».

Evidentemente, el proceso enunciado es profundamente complejo y abierto al futuro. De ahí la importancia de ir clarificando y confrontando los diversos planteamientos válidos para cada una de las etapas de la transición al socialismo. Para ello es requisito ineludible la toma de conciencia

tandò, D., intervención en Bricola, F. y otros, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia* (Editori Riuniti, Roma, 1974), p. 234; Neppi Modona, G., «Formazione sociale...», *cit.*, pp. 190 y ss.

26. Insolera, G., «Legge 26 luglio 1975...», *cit.*, pp. 416 y ss.; Neppi Modona, G., «Formazione sociale...», *cit.*, pp. 191 y s.; Bricola, F., «Política criminal y Derecho penal», *cit.*, p. 107.

27. Insolera, G., «Legge...», *cit.*, pp. 433 y ss. y 421 y ss.

de la magnitud del problema, que no es susceptible ni mucho menos de un tratamiento «separado». Al contrario, mientras la clase dominante siga teniendo las manos libres en la elaboración de su política criminal, basada en las ideas de «orden público externo» y «defensa social», sus resortes de dominación quedarán garantizados, manejando con toda la habilidad que le proporcionan sus recursos de control ideológico los sentimientos de temor y de «diferenciación» social frente al fenómeno de la criminalidad.

D) PRIMERA CONCLUSIÓN

Con todo lo hasta ahora expuesto, hemos pretendido situarnos en una vía —necesitada de constante desarrollo y profundización— que, tomando como punto de partida el texto constitucional, permita elaborar un proyecto de *política criminal* acorde con las demandas de cada momento histórico. Esta vía, por consiguiente, no tiene por qué detenerse en el plano de la ruptura con la situación legal y práctica del régimen autoritario —si bien resulta requisito indispensable—, sino que debe ser capaz de integrar la *política criminal* en una dinámica de transformación social, contrarrestando los intentos de reducción del problema a una cuestión de «orden público». En este contexto, la *política penal*, armonizada en un marco más amplio, está llamada a cumplir una función positiva de contribución a superar las trabas y obstáculos al libre desenvolvimiento de la vida social, perdiendo gradualmente su carácter predominante en la actualidad de instrumento para reforzar los mecanismos de dominación. Se trataría, en definitiva, de ir restringiendo «cuanto sea posible las funciones negativas del Derecho alienado en la vida cotidiana (y no solamente en este ámbito) y favorecer las positivas. Es tarea de las instituciones de la sociedad (no del *Estado*) socialista declarar la guerra a la alienación y, dadas las condiciones ofrecidas por la base económica, crear una estructura y una ideología políticas que *induzcan al particular a desarrollar su propia individualidad*. Por esta vía es posible que surjan también los factores subjetivos para la superación de la alienación y, por lo tanto, también para la extinción del Estado y del Derecho». ²⁸ Meta ambiciosa ésta que exige evitar al menos los retrocesos que una sobrevaloración del Derecho penal comportaría necesariamente.

28. Heller, Agnes, *Sociología de la vida cotidiana* (Ed. Península, Barcelona, 1977), p. 181.

LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS RELEVANTES EN UNA DINÁMICA PENAL «ALTERNATIVA»

Si, como hemos visto, la Constitución puede servir de base jurídica para que la labor legislativa —y más en concreto la que afecta a la materia penal— quede orientada, en la configuración de los ilícitos penales, hacia la protección de unos valores reconocidos constitucionalmente y con una jerarquía también determinada, que no se detenga ante los límites señalados por un concreto modelo de sociedad —a pesar de los aspectos «consensuales» que a veces enturbian dicha jerarquía—, interesa ahora precisar en sus líneas generales de qué manera sería posible ir incidiendo en el proceso de renovación legislativa —e incluso en la aplicación práctica de ciertos recursos de la legislación vigente— para ampliar la cobertura de defensa de los intereses populares, equilibrando la balanza frente a una regulación centrada en una visión individualista y estabilizadora del Derecho penal. Sin que ello suponga, no obstante, reproducir una dinámica represiva cambiada sólo de contexto, sino que deberá conllevar paralelamente —como expondremos a continuación— una adecuación del sistema de sanciones a los fines que impone la función renovada del Derecho penal, no centrada en la mera represión, sino basada en la remoción de los obstáculos a una convivencia de progreso. La validez del Derecho penal como *último recurso* cobra así su pleno sentido, al no quedar fijada su necesidad apriorísticamente, porque antes de que él entre en juego habrá tenido que posibilitarse toda una serie de recursos escatimados por la sociedad actual.

Punto de partida, por tanto, sería buscar un equilibrio que recomponga la acentuación existente de la delincuencia de las clases subalternas y marginadas y distribuya la protección penal frente a los ataques que se produzcan desde *todos* los sectores de la sociedad. Pero estos correctivos en los mecanismos de «selección» de la criminalidad resultarían a su vez insuficientes si sólo se contemplaran en el nivel primario o legal, pues dicha «selección» también opera —y quizá de forma más agudizada— en los planos de persecución real de los infractores y de cumplimiento de las sanciones.²⁹ Así, pues, una tarea fundamental es la introducción de correctivos reales a la «desigualdad» actual del Derecho penal y a la visión de individualismo clasista dominante, mediante «la ampliación y el refuerzo de la tutela penal en campos de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc. Se trata de dirigir los mecanismos de criminalidad hacia la criminalidad económica, las desviaciones criminales de los órganos y cuerpos

29. Vid. Baratta, A., «Criminología crítica...», *cit.*, pp. 346 y ss.

del Estado, la gran criminalidad organizada. Se trata al mismo tiempo de asegurar una mayor representación procesal en favor de los intereses colectivos». ³⁰

En efecto, la Constitución reconoce una serie de «derechos» —más allá de aquellos que tienen tradicionalmente una protección penal en los Estados de Derecho (vida, libertad, derechos políticos y sindicales)— que, pese a aparecer dotados de una importancia fundamental para el desarrollo de una vida digna y satisfactoria para los ciudadanos, carecen la mayoría de las veces de un tratamiento adecuado a efectos de lograr una efectividad en su realización. Tal sería el caso de los derechos al trabajo, a la educación, a la salud, al medio ambiente y la calidad de vida, a la vivienda, al consumo, etc. Aunque en determinados supuestos de ataques graves a algunos de estos derechos se prevean también sanciones de tipo penal, la problemática que afecta a la insuficiencia de su protección jurídica global —bien porque ésta no es prevista, bien porque los recursos son incompletos e ineficaces— ha sido profundamente analizada por la doctrina italiana, ³¹ destacando una serie de rasgos comunes de gran valor clarificador para fundamentar una línea de actuación «alternativa».

En definitiva, todos los anteriores «derechos», que apuntan a la satisfacción de necesidades esenciales, se muestran como «instancias *antagónicas* a las posiciones económico-jurídicas hoy dominantes, orientadas —en un contexto de aspiración a la igualdad y a la libertad sustanciales— a la afirmación de un *control* sobre el desenvolvimiento de las actividades económicas y sobre el ejercicio del “poder de hecho” a éstas conectado». ³² La particular posición normativa de tales «derechos» hace que se les designe como *intereses* «difusos» o «colectivos», en contraposición a la abstracción formal de la expresión clásica de «derecho subjetivo». ³³ Esa naturaleza «antagonista» respecto al poder económico dominante mediatiza, pues, la esfera de su protección y plantea la cuestión acerca de cómo puede aquélla abordarse desde un enfoque amplio de *política criminal*, analizando a su vez cuidadosamente el papel del Derecho penal en ese contexto.

La contradicción entre dichos *intereses* «difusos» o «colectivos» y la dinámica en que se desenvuelven las actividades productivas no encuentra un marco adecuado de solución en un sistema en el que aquéllos se colocan en una posición subalterna. La llamada «criminalidad económica» es, en

30. Baratta, A., «Criminologia critica...», *cit.*, p. 350.

31. Sgubbi, Filippo, «Tutela penale di “interessi diffusi”», *La Questione Criminale* (1975), pp. 439 y ss.; Bricola, F., «Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi», *La Questione Criminale* (1976), pp. 7 y ss.

32. Sgubbi, F., *op. cit.*, p. 439.

33. Sgubbi, F., *op. cit.*, pp. 440 y ss.; Bricola, F., *op. ult. cit.*, pp. 10 y s.

efecto, objeto de una política criminal que, en el mejor de los casos, y en interés de la propia clase capitalista, permite sancionar —aunque no siempre en la forma como se reacciona frente a la criminalidad «ordinaria»— actuaciones de capitalistas individuales en la utilización de la riqueza o de los instrumentos para producirla o intercambiarla, pero que no dejará de salvaguardar el interés fundamental de la propia clase, es decir, «no perjudicar el funcionamiento del sistema económico, del modo capitalista de producir o de intercambiar riqueza».³⁴ De esta forma, la existencia de unas responsabilidades derivadas del proceso productivo se sustancian preferentemente en el plano «privado», que se constituye en barrera eficaz para evitar que el Derecho penal pueda cumplir su papel en consonancia con la dañosidad inherente a determinados comportamientos ilícitos. En este sentido no basta —como señala Bricola—³⁵ limitar la atención hacia las responsabilidades surgidas al infringir las normas que afectan al *modo* en que se ejerce la producción, sino que tiene también singular importancia atender a las que se conectan con un determinado *tipo* de producción, mucho más difícil de sujetar a controles preventivos tendentes a evitar daños graves e irreparables una vez aquél se halla en funcionamiento. Postura ésta que va más allá de la mera técnica civilista de la cobertura del riesgo, pues, partiendo de la prohibición de ciertos *tipos* de producción, resultaría incriminado el inicio o desarrollo de los mismos, comportando asimismo necesariamente una responsabilidad directa por la aceptación del daño sobrevenido.³⁶

Son ciertamente sólidos los obstáculos de toda índole que se oponen a la adopción de sanciones penales que no se resuelvan en la mera «compensación» patrimonial. Es por ello necesario profundizar en determinados aspectos del Derecho penal actual a fin de ir permitiendo su adecuación para la protección de esos «intereses» llamados a adquirir un peso específico propio en el terreno de las relaciones sociales. Al respecto señala Sgubbi³⁷ dos vías de desarrollo para situar el problema: la primera vendría dada a través de la redefinición del *bien jurídico* como objeto del ilícito penal, trascendiendo su vinculación al «derecho subjetivo» individual elevado a categoría absoluta. Se trataría, pues, de romper la dependencia de la licitud o ilicitud penal en relación con la juricidad o antijuricidad civil, de manera que no todo comportamiento realizado como «ejercicio

34. Galgano, Francesco, «Repressione penale e riforma civile», *La Questione Criminale* (1978), p. 415.

35. Bricola, F., «Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a propósito del «caso di Seveso»)», *La Questione Criminale* (1978), pp. 101 y ss.

36. Bricola, F., *op. ult. cit.*, p. 110.

37. «Tutela penale...», *cit.*, pp. 465 y ss.

de un derecho» pueda quedar fuera de aquella ilicitud. Por otra parte, la noción de «víctima» de un ataque no debe quedar limitada al elemento de «titularidad» de un derecho subjetivo, sino que puede adoptar una proyección «metaindividual» que permita abarcar «instancias antagonistas a los derechos subjetivos, como las encarnadas por los «intereses difusos». La segunda vía sería la de potenciar la capacidad *preventiva* que posee el instrumento penal para la tutela de estos intereses, orientándose a la «prevención» de los perjuicios derivados de ciertas formas de entender el ejercicio del derecho subjetivo de «empresa», en lugar de la tendencia al simple resarcimiento patrimonial del daño sobrevenido.³⁸

Resulta evidente que el objetivo de lograr unas condiciones de *seguridad* en el proceso productivo adecuadas al papel no subalterno de los intereses «colectivos» o «difusos» no puede quedar garantizado mediante las sanciones penales tradicionales (pena privativa de libertad y pena pecuniaria).³⁹ Pero, además, junto a la necesidad de profundizar en nuevas técnicas sancionatorias —a las que a continuación haremos referencia—, la función del Derecho penal tendrá que integrarse en un proyecto más amplio en el que las reformas del derecho privado permitan, por una parte, salvar los obstáculos que llevan a la elusión de la responsabilidad penal y, por otra, «construir una política sancionatoria de la criminalidad económica que no sea toda, y no sea sólo, una política criminal, sino que sea también un proyecto de transformación de las reglas que gobiernan las relaciones económicas en la sociedad civil».⁴⁰ No se trata, pues, de acudir al instrumento penal como «vehículo coercitivo de transformaciones sociales»,⁴¹ sino de mantenerlo como *último recurso* para la garantía sustancial de determinadas necesidades sociales. De ahí que esta misión tiene necesariamente que desplegarse en un complejo armónico en el que se dé un previo avance en los terrenos civil y administrativo, de forma que los controles de esta naturaleza vayan incidiendo sobre los mecanismos socialmente dañinos de la dinámica capitalista, mientras que las sanciones penales quedarían enmarcadas en un plano claramente definido.⁴²

38. Acerca de las consecuencias técnicas derivadas de la introducción del «interés difuso» como objeto de tutela del ilícito penal, *vid.* en extenso Sgubbi, F., «Tutela penale...», *cit.*, pp. 470 y ss. Asimismo, Bricola, F., «Responsabilità penale per il tipo...», *cit.*, pp. 111 y ss.

39. Bricola, F., *op. ult. cit.*, p. 117.

40. Galgano, F., «Repressione penale...», *cit.*, p. 429.

41. Gamberini, Alessandro, e Insolera, G., «Diritto alla casa e repressione penale (in tema di legge sull'equo canone)», *La Questione Criminale* (1978), p. 533.

42. *Vid.* asimismo Rossetti, Mariano, «Sospensione condizionale della pena e "criminalità economica" (A propósito dell'art. 24 della legge "Merli")», *La Questione Criminale* (1978), p. 466.

UN SISTEMA SANCIONATORIO DIFERENCIADO
 PARA LA PROTECCIÓN «DIVERSIFICADA»
 DE LOS BIENES JURÍDICOS RELEVANTES

Partiendo del nuevo enfoque que es posible dar a la cuestión de la salvaguarda, incluso por la vía penal, de un conjunto de *intereses* que, pese a su naturaleza «antagonista» respecto a aquellos otros en que se apoya el sistema de relaciones capitalistas —y en cuanto tales elevados a la categoría de «absolutos» por las clases dominantes—, tienden a adquirir una relevancia especial desde el punto de vista de un proceso de transformación social, se plantea ahora la forma concreta de sustanciar esa protección. Porque el actual sistema penal se sirve de un conjunto limitado de recursos sancionatorios enfocado esencialmente a la represión de la «criminalidad clásica» —definida a través de la ideología penal de la *defensa social* y el *orden público*— y basado por ello mismo en una visión «unilateral» de los bienes jurídicos relevantes de cara a su tutela integral. Por otra parte, en la dinámica «reformista» que, manteniendo en esencia los mecanismos de dominación, impulsa a las clases dominantes a revestirlos de «humanitarismo» e, incluso, a sancionar determinados «excesos» en las actividades capitalistas —siempre que ni lo uno ni lo otro llegue a poner en cuestión su propio sistema de valores—, se manifiesta una tendencia a renovar el sistema sancionatorio tradicional, con la suavización del régimen penitenciario y la posibilidad de eludir la privación de libertad, que, no obstante, continúa siendo la sanción penal por excelencia. Y este proceso, aunque con grandes imperfecciones, es el que se abre paso en nuestro actual momento de desarrollo constitucional, apoyado en la ideología de la «resocialización».

Pero si los cambios no se pueden quedar ahí —lo cual no significa que se menosprecie su avance respecto al estado de cosas anterior—, sino que han de alcanzar una dimensión político-criminal más amplia y ambiciosa, es conveniente considerar las posibles «alternativas» al sistema sancionatorio propuesto. Si anteriormente hemos defendido un proceso de cambio en la valoración acerca de qué intereses y de qué manera deben ser tutelados, no menos importante será una variación profunda en las sanciones con que se garantiza dicha tutela, tanto en su «adecuación» a la infracción respectiva como en sus contenidos y formas de aplicación.

Tales «alternativas» deben ser contempladas en un doble sentido: en primer lugar, habrá que establecer las medidas que sirvan para que la privación de libertad —con su secuela de problemas y fracasos— no sea el único camino por el que irremisiblemente tenga que pasar la gran mayoría

de la delincuencia «tradicional»;⁴³ en segundo lugar, siempre que un cambio en el derecho sustantivo —y en la práctica— permita sancionar «cierta criminalidad» que, también «tradicionalmente», queda a resguardo de la represión, los medios adecuados para que la impunidad no se perpetúe.⁴⁴

Por lo que respecta al primer aspecto, las diversas medidas que se contemplan en el Derecho comparado para suavizar el recurso generalizado a la prisión —condena condicional, libertad vigilada (*probation*), regímenes de semilibertad, arrestos de fin de semana, multas con pago fraccionado, etcétera— han supuesto un avance importante, cuya introducción en nuestro sistema jurídico debe ser inmediata.⁴⁵ Por una parte, pueden evitar el factor criminógeno e inadaptador que significa el paso por la cárcel de un número elevado de delincuentes, en particular los primarios y los jóvenes, y por la otra, reducir la privación completa de libertad a supuestos muy específicos y casi excepcionales, contribuyendo a su vez a atemperar el problema de la masificación penitenciaria.

Sin embargo, hay una serie de puntos en los que conviene insistir en cuanto al alcance real de tales medidas «alternativas». Ante todo su potenciación tendría que ir enmarcada por una visión político-criminal más amplia; no se trata tan sólo de diversificar las sanciones para los «mismos» delincuentes —pese a que ello ya constituya un paso importante. Persiste, por consiguiente, sin ningún tipo de paliativos, la cuestión sustancial de lo que es y lo que debe ser la delincuencia. Pero, además, es preciso que dichas medidas se configuren de manera que no sean una simple sustitución de la cárcel, atenuando, eso sí, el carácter violento de esta forma de control social, sino que resulten idóneas para los fines que debe perseguir cualquier sanción. Si la prisión se revela cada vez más claramente incompatible con la idea de la «resocialización» —a pesar del contenido utilitario con que generalmente se la maneja—, sería ingenuo pensar que con las medidas alternativas puede revitalizarse sin más tal enfoque ideológico. En principio, aparecen como más aptas —por su mayor flexibilidad— para una labor positiva y no meramente represiva, pero ello dependerá no tanto de su adopción por la ley cuanto de los criterios que determinen su aplicación práctica. No hay que olvidar, por lo demás, que se presentan como

43. Sobre el papel desempeñado por el sistema carcelario frente a esa delincuencia «tradicional», me remito a mi trabajo *Socialismo y delincuencia*, cit., pp. 85 y ss.

44. Vid. del Grupo penalístico dell'Università di Bologna, «Sulle misure c. d. alternative», cit., pp. 15 y ss.

45. Para una tipología de tales medidas, cfr. Mantovani, Ferrando, «Pene e misure alternative nel sistema vigente», en *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico* (Atti del XI Convegno «Enrico de Nicola»), (Giuffrè Ed., Milano, 1977), pp. 22 y ss.

«alternativa» a la prisión y que su fracaso, tanto en general como en el caso particular, comporta la vuelta al imperio de aquella.⁴⁶

Dos condiciones previas se requieren, pues, para que las medidas «alternativas» no se queden en un puro cambio de formas, de aplicación selectiva y condicionada. Una es la revisión profunda del sistema de *prisión preventiva*, que en la actualidad aparece la mayoría de las veces como una sanción autónoma al margen de las garantías formales y de los fines atribuidos a la pena en sentido estricto. Si esta situación no se corrige radicalmente, no sólo reduciendo la prisión preventiva al límite de lo imprescindible —lo cual nada tiene que ver con ciertos fenómenos de «indulgencia» discriminatoria— y con un término máximo de duración, sino también, y en base a la obligada presunción de inocencia, creando «alternativas» que comporten el mínimo de privaciones, de poco sirve que «después» del juicio se renuncie a la prisión. Y el otro requisito es que las medidas «alternativas» no se conviertan en una forma de control análogo, aunque suavizado, al que comporta la institución carcelaria. Es decir, que si sólo se prevén recursos meramente formales de «vigilancia», en que el individuo tiene que acreditar su «buena conducta» ante órganos policiales o similares, so pena de perder el «privilegio» conedido o, todo lo más, formas de «tratamiento» individual y terapéutico para anomalías psíquicas o caracteriales, tales medidas «alternativas» —como ha ocurrido en diversos países— resultan excesivamente parciales y difícilmente tendrán la idoneidad necesaria para superar la amenaza carcelaria.⁴⁷

En cuanto al enfoque de la cuestión de la punibilidad de las conductas que, aun siendo particularmente nocivas para los intereses «colectivos», al hallarse arraigadas en el propio sistema socio-económico, ha venido careciendo de un tratamiento penal o, a lo más, éste resulta escaso y desajustado a la realidad, también aparecen medidas «alternativas» orientadas a paliar el hecho de la facilidad de elusión de las penas tradicionales: la privación de libertad apenas tiene aplicación y la multa es un mero «coste de producción». Una solución a la que se tiende es dar como un hecho la irreversibilidad del problema, sustituyendo la difícil concreción penal de la responsabilidad personal con medidas «compensatorias» —como la remoción

46. El hecho de la mayor o menor aplicación de medidas «alternativas» a la prisión —no ya en la ley sino en la práctica— va conectado además a fenómenos sociales ajenos a la actitud del sujeto. En efecto, en períodos de «paz social» se manifiesta cierta tendencia a la indulgencia, que se corta en cuanto aquella se considera alterada por cualquier tipo de crisis. De este modo las medidas «alternativas» se instrumentalizan con funciones de prevención general (Bricola, F., «L'affidamento in prova...», *cit.*, pp. 403 y s.).

47. Del Grupo penalístico dell'Università di Bologna, «Sulle misure...», *cit.*, pp. 19 y ss.; Bricola, F., «L'affidamento in prova...», *cit.*, pp. 401 y ss.

de la conducta dañosa— y otras —no necesariamente penales— tendentes a «controlar» las estructuras económicas y empresariales. De esta forma, con el designio de una mayor «eficacia», se confirma y acentúa el carácter desigual y clasista del Derecho penal, cuyos aspectos represivos y violentos siguen reservándose para los sectores inferiores de la pirámide social, que no tienen recursos para la «compensación». En estrecha relación con el fenómeno ideológico de la conceptualización de la «delincuencia», el problema resulta particularmente complejo. No se trata tan sólo de que las leyes modifiquen su escala de valores, en consonancia con las exigencias sociales, calibrando en sus justos términos las conductas verdaderamente dañosas, sea cual sea el sector social del que provengan, con un sistema sancionatorio no discriminante. La cuestión trasciende este nivel primario y su solución se adentra en una dimensión socio-cultural más profunda: el funcionamiento real de los órganos de control social —por una parte, magistratura, policía, etc., y por otra, Administración estatal y local.⁴⁸

Las consideraciones anteriores tienen valor, por lo demás —y aunque no sea ahora nuestro objeto abundar en este tema—, para situar en sus justos términos la tendencia a generalizar la ideología del *tratamiento*, como moderna panacea para la crisis penal. La necesidad de una terapéutica «readaptadora», en primer lugar, no se corresponde con el sector de delincentes que no hace sino encarnar los valores del sistema —sería absurdo pretender que la pena los ha de adaptar aún más al mismo. Desconocer esto supone tanto la persistencia en una teorización «clasista» del delito como, y en consecuencia con ella, considerar como incuestionable la no correspondencia entre la delincuencia «jurídica» —es decir, la que resulta tal a través de las diversas fases del proceso de control social— y la «sociológica», que, pese a entrañar un importante daño social, o bien no entra en la órbita jurídico-penal, o bien el mencionado proceso no queda culminado con respecto a ella. Pero además, incluso en el ámbito de la delincuencia «tradicional», la marginalización que entraña el proceso de control social que culmina en la privación de libertad entra en evidente contradicción con las fórmulas «readaptadoras». De ahí que, si realmente se quiere dar cabida a éstas, haciéndolas compatibles con las reacciones penales, es exigible como primer paso la adopción más amplia posible de medidas «alternativas» a la privación de libertad. Ello no garantiza por sí mismo, evidentemente, que al fin se haya entrado en la senda de la «re-socialización», que no es una cuestión exclusiva de «política penal», pero debilita sensiblemente la idea de *tratamiento penitenciario*. Si éste tiene sentido, sólo será en una perspectiva individualizada y «a pesar» de que

48. «Sulle misure...», *cit.*, pp. 23 y ss.

la terapia se haya de aplicar, en el caso concreto, sin poderla separar de la privación de libertad.⁴⁹ Lo cual relativiza considerablemente, o más bien tiende a centrar, la idea global de *tratamiento*, entendido como «algo más» que las actividades normales del recluso —trabajo, cultura, etc.—, que no suponen sino el ejercicio de derechos que le corresponden como ciudadano.

Así, pues, una *política criminal* «alternativa» que se proponga la no subordinación con respecto al marco delimitado por el «reformismo» burgués, pero que a su vez se sitúe en un plano realista que permita ir avanzando hacia la consecución de metas más ambiciosas en consonancia con un firme proceso de transición al socialismo, ha de tomar como base un *sistema sancionatorio diferenciado* en el que las medidas penales —que han de combinarse con sanciones de otro orden, como las administrativas, para que aquéllas mantengan su naturaleza de *último recurso*— se adecúen a los fines legitimadores del Derecho penal, partiendo de la profunda revisión del contenido del ilícito penal. Tal sistema comporta la reelaboración de las sanciones tradicionales, creando junto a ellas medidas «nuevas» en la línea de ir relegando la privación de libertad absoluta y sustituyéndola por medidas «alternativas» en libertad, que además posibilitem la participación más directa de la sociedad y de las comunidades locales en las tareas de control y reinserción social, mediante el trabajo y la interrelación comunitaria.⁵⁰

Dicho *sistema sancionatorio diferenciado* ha de dar respuesta a la tendencia de la «política penal» actual a aplicar criterios de «doble medida», que mantiene, o acentúa, el carácter intimidatorio y la función de prevención general de la norma penal para la delincuencia «clásica», mientras que para la «otra» criminalidad, en la línea de «fuga de la sanción privativa de libertad», se reservan las sanciones que afecten tan sólo al *status profesional*, al *capital productivo* o a la *situación de privilegio*.⁵¹ Por el contrario, una estrategia diferenciada debe girar en torno a dos polos: por una parte, y en garantía de las «víctimas» del delito, salvar el principio de la prevención general por el carácter *aflictivo* que inevitablemente posee cualquier sanción penal, y por otra, salvaguardando los derechos del «autor» del delito, atender al principio de la prevención especial mediante la *pluralidad* y *flexibilidad* de los instrumentos sancionatorios.⁵² Y en este

49. Vid. Córdoba Roda, J., «Evolución política y derecho penal en España», *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978), núm. 1, *cit.*, pp. 143 y s.; Bergalli, Roberto, «Ejecución penal y política criminal en América Latina», *Revue Internationale...*, *cit.*, pp. 82 y ss.; Muñoz Conde, F., «La resocialización del delincuente...», *cit.*, pp. 15 y ss. del texto mecanografiado.

50. Mantovani, F., «Pene e misure alternative...», *cit.*, pp. 26 y s.

51. Del Grupo penalístico..., «Sulle misure...», *cit.*, pp. 24 y s.

52. Mantovani, F., «pene e misure alternative...», *cit.*, pp. 33 y ss.

último aspecto, resulta fundamental la «distinción entre: 1. Sujetos necesitados de reinserción social, puesto que sus delitos se encuadran en una situación de marginación social, de obstáculo a la correcta participación de la persona en la vida social. 2. Sujetos no necesitados de reinserción social, por estar ya, o incluso demasiado, integrados socialmente (por ejemplo: delitos de “cuello blanco”, delitos profesionales) o cuyos delitos no se insertan en cualquier caso en una situación de marginación social».⁵³ Las posibilidades que el desarrollo de estos criterios permite de cara a racionalizar el funcionamiento de las penas y de las medidas «alternativas» —entendidas no ya como meras vías de indulgencia discriminatoria, sino como recursos para adecuar la sanción a las distintas clases de delitos y a la situación personal de sus autores por lo que se refiere a lo que de ellas demanda la sociedad— no pueden ser aquí pormenorizadas con toda la amplitud que requieren.⁵⁴ Ahora bien, conviene insistir en que todo ello está en función de una tarea de modificación de los mecanismos que interfieren y canalizan en un determinado sentido los procesos de criminalización; de lo contrario, los cambios legislativos quedarían en «letra muerta» al ser constantemente neutralizados por las instancias controladas por las clases dominantes.

Por lo demás —y recogiendo el planteamiento de Bricola—,⁵⁵ una *política criminal*, por muy «nueva» que sea, siempre aparecerá como repressiva y no puede atribuírsele la misión de transformar el modelo de desarrollo de nuestra sociedad, aunque hay que esforzarse para que aquélla responda en todo momento —combinada armónicamente con una «política de reformas sociales o de la estructura económica» y en su estricto papel de *extrema ratio*— al proyecto general de transformación de la sociedad.

ÁNGEL DE SOLA DUEÑAS

Seminario de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

53. Mantovani, F., *op. cit.*, pp. 37 y s. Vid. asimismo Bricola, F., «Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale», en *Pene e misure alternative...*, *cit.*, pp. 407 y ss.

54. Un desarrollo de gran riqueza se encuentra en los trabajos últimamente citados.

55. *Op. ult. cit.*, p. 413.