

CAPÍTULO 2

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Josefina García García-Cervigón*

I. Introducción

Desde una perspectiva académica, los Derechos Humanos y su protección constituyen un tema candente y actual. Desde un punto de vista práctico, la cuestión no es baladí por las consecuencias personales positivas o negativas que puede conllevar.

Es indudable que la protección de los Derechos Humanos y, sobre todo, la prevención ante conductas que alteren o vulneren esos derechos tienen en la Política criminal uno de sus instrumentos más certeros y actuales.

Legislar y prevenir son dos aristas de la Política criminal, con proyección internacional en el caso de los Derechos Humanos. No obstante, esa proyección internacional se manifiesta también de forma nacional pues los legisladores de cada país han de adecuar la legislación concreta al ámbito internacional y de derecho comparado que les rodea.

Es la legislación penal elemento fundamental en la protección de los Derechos Humanos. Pero relevante es el marco constitucional en el que se va a desarrollar esa legislación.

* PDI (Profesora del Dpto. Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Educación a Distancia-Madrid).

En el derecho español, la Constitución de 1978 establece los límites sobre los cuáles llevar a cabo las modificaciones pertinentes del ordenamiento jurídico para su consolidación en la realidad social presente.

Todo el sistema penal español y, por ende, la Política criminal desarrollada hasta ahora sigue los límites constitucionales establecidos ya sea en el Preámbulo de la Constitución o en los diferentes Títulos que la desarrollan.

Es el Preámbulo constitucional la esencia de la Constitución y es ahí donde, más claramente, se observan las directrices generales que se han de seguir en la Política criminal de un Estado social y democrático de Derecho. A propósito de los Derechos Humanos, los artículos 9 y 10 de la Carta Magna se constituyen en máximos garantes.

Se analiza a continuación el estudio de la Política criminal en relación a los Derechos Humanos, desde una perspectiva asociada al texto constitucional español. Para ello, es importante una breve descripción de qué es la Política criminal como paso previo al estudio de ésta en relación a los Derechos Humanos. La Política criminal es genérica aunque podría relacionarse con una categoría concreta como forma de delimitar características comunes a dicha política. En este sentido, podríamos establecer una Política criminal de los Derechos Humanos, es decir, una Política criminal aplicable a estos derechos para su tutela y protección. Después el estudio de los límites constitucionales de la Política criminal, en general, completan esas directrices políticas esenciales en la configuración y consolidación de una legislación protectora de los Derechos Humanos.

II. Política criminal¹

En una primera aproximación al tema se observa la relevancia que adquieren los instrumentos internacionales y la normativa, en general, para la defensa de Derechos Humanos y/o fundamentales. Una política eficaz es necesaria en esta materia. Así, aunando política y normativa se puede derivar en la política criminal como mecanismo esencial en la defensa de los Derechos Humanos. No obstante, es importante señalar que la legislación no es el único instrumento para

¹ Para profundizar sobre el concepto de Política Criminal véase: Emiliano Borja Jiménez, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-150.

llevar a cabo políticas criminales eficaces, máxime cuando actualmente la orientación político-criminal está cambiando.²

Pero ¿qué es la Política criminal? Conceptualmente se considera que es la forma de reaccionar organizadamente por parte de la colectividad, frente a acciones delictivas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. Si se considera su función académica la Política criminal es una disciplina.³

Se presenta bajo dos aspectos:

- a) Como una disciplina o un método de observación de la reacción contra el delito, en sentido amplio.
- b) Como una manera de luchar contra la delincuencia mediante la utilización de datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva. Para ello se ayuda de disciplinas como la Criminología.⁴

La Política criminal es, en consecuencia, una parte de la política jurídica del Estado, formando parte de su política general pero también es una forma de configurarse el sistema penal para garantizar los fundamentos de la vida social.⁵ De ahí que una de las perspectivas de la clásica Política criminal sea la forma en la que se legisla sobre el fenómeno delictivo. Pero no se puede olvidar la perspectiva actual: la prevención del delito. Las modernas tendencias político-criminales actúan sobre diferentes frentes: educativo, económico, social, jurídico, binomio víctima-agresor, entre otros.

Ello nos sitúa en los objetivos que se pretenden conseguir, distinguiendo un objetivo general y un objetivo particular. El objetivo general pretende identificar el límite de la Política criminal dentro de los parámetros de la seguridad demo-

² La política criminal no se concreta solamente en una forma de legislar determinada máxime cuando aquélla está vinculada a una serie de ciencias; véase: Laura Zuñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p.1.

³ El contenido de esta disciplina se manifiesta no sólo en la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también en la determinación de las pautas que deben seguirse con la finalidad de lograr una mayor eficacia.

⁴ “Desde la criminología pueden y deben trazarse las nuevas bases y programas de política criminal”, véase: Elías Neuman, “Marginación y delincuencia”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Argentina, núm. IX, 1986, p. 139.

⁵ Para profundizar sobre la idea de la Política criminal como configuración del sistema penal reformando el Derecho penal y penitenciario, véase: Joaquín Martín Canivell, “Criminología y Política Criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, España, núm. 19, 1989, p. 27.

crática, que en el supuesto español estarán dentro de la observancia a todo lo establecido en la Constitución. Los objetivos específicos determinan las acciones político-criminales preventivas y punitivas a través de concretos programas de actuación y de las instituciones que los desarrollan.⁶

En síntesis, es el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio estatal configurando la coerción penal hacia determinados objetivos. Hay quien considera que la Política criminal no es una ciencia, si no, que se trata de una política o conjunto de políticas. No obstante, como pasa con cualquier sector de la realidad, es posible una aproximación científica a ella desde otras disciplinas como la Criminología, el Derecho Procesal Penal, la Sociología Criminal, la Psicología Criminal. Esto ocasiona problemas de delimitación pues si la política se refiere a reformas jurídico-penales necesarias entonces la adscripción de la Política criminal al Derecho penal es evidente, pero si se la relaciona con la lucha contra el crimen entonces su adscripción será a la Criminología.⁷

En realidad, podría considerarse como una política secundaria y complementaria al servir de base a otro tipo de políticas. No obstante, existen ciertos objetivos autónomos relacionados con los límites al poder punitivo del Estado que se fundamentan en la necesidad de establecer una Política criminal respetuosa del ser humano.

III. Política criminal de los derechos humanos

Delimitar una Política criminal de los Derechos Humanos requiere previamente describir qué se entiende por Derechos Humanos.

El aporte doctrinal sobre qué se entiende por Derechos Humanos y los rasgos aplicables a esta categoría de derechos es ingente. Sin embargo, quien responde de forma concisa y clara a esta cuestión es la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.⁸

⁶ Naciones Unidas aboga por políticas criminales de creación de sistemas penales, véase Manuel López-Rey y Arrojo, “La política criminal de las Naciones Unidas”, *Cuadernos de Política Criminal*, España, núm. 21, 1983, p. 695.

⁷ Fernando Díaz Palos, *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, España, Colex, 1991, p. 23.

⁸ “¿Qué son los Derechos Humanos?”, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos; disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas, los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. En este sentido, todas las personas tienen los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, considerándose que estos derechos son interdependientes, interrelacionados e indivisibles.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas destaca como los Derechos Humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. Las normas internacionales referidas a los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, con el fin de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los individuos y de los grupos.

Los principios y rasgos aplicables a los Derechos Humanos son los siguientes:

1. Son universales e inalienables:

El principio de la universalidad de estos derechos es la base del derecho internacional de los Derechos Humanos. Este principio, recogido en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales.⁹

Los Estados que ratifican los principales tratados relativos a esta clase de derechos, reflejan su consentimiento para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, confiriéndole al concepto de universalidad una expresión concreta. Como destaca el Alto Comisionado de Naciones Unidas, algunas normas fundamentales de Derechos Humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Respecto a la inalienabilidad, se dice que los Derechos Humanos son inalienables pues no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según

⁹ En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Se reforzó considerablemente la universalidad de los derechos tal y como destacó el Secretario General de Naciones Unidas Ban Kimoo; véase, Declaración y Programa de Acción de Viena (aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993), p. 5.

las debidas garantías procesales. Garantías que establecerán los diferentes países a través de sus legislaciones nacionales.

2. Son interdependientes e indivisibles:

Todos los Derechos Humanos, ya sean derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, ya sean derechos colectivos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Esto quiere decir que el avance de uno facilita el avance de los demás o que la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

3. Son iguales y no discriminatorios:

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional relativo a esta categoría de derechos. Está presente en los principales tratados de Derechos Humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales.¹⁰

Este principio se aplica a toda persona en relación con todos los Derechos Humanos y las libertades prohibiéndose la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, según se deduce del artículo 1o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Pero estos derechos que se predicán de la persona incluyen tanto derechos como obligaciones. En este sentido, los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar los Derechos Humanos; la asunción de este compromiso de respeto, protección y realización se lleva a cabo por los Estados a través del derecho internacional y nacional. El contenido de estas obligaciones se concreta en: la obligación de respetarlos (significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos), la obligación de protegerlos (exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos) y la obligación de realizar-

¹⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965), entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

los (significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos). Estas obligaciones se corresponden con un plano público de los Estados pero no sólo afectan a éstos sino que también afectan al individuo concreto pues así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

Las obligaciones contraídas por los Estados en relación a los Derechos Humanos han de hacerse efectivas en la práctica y en la realidad social para el conjunto de la ciudadanía. De ahí la necesidad de establecer políticas globales comunes y políticas concretas como instrumento fundamental. En el contexto de estas políticas, es la Política criminal un mecanismo eficaz que garantice la defensa de los Derechos Humanos. Uno de los aspectos fundamentales en el desarrollo de políticas criminales eficaces radica en la legislación internacional y nacional que se desarrolle.

Es necesaria una Política criminal de los Derechos Humanos, esto es, específica para los mismos aunque la Política criminal forme parte de una política global. Es decir, los diferentes Gobiernos adoptan políticas reales en su acción exterior de gobierno creando organismos tendentes a esta labor.¹¹ En este contexto político, tanto teórico como real se pretende garantizar la tutela y la protección de los Derechos Humanos. En definitiva, se ha de conseguir que la acción estatal sea integral, racional y eficaz de tal manera que tanto los Estados de Derecho como los organismos internacionales no lleven la carga de actuar arbitrariamente o sin garantías ante los responsables de la comisión de delitos, por muy graves que sean éstos.¹² Pero también la ciudadanía ha de participar en este proceso y así se manifiesta doctrinalmente: “la participación ciudadana como

¹¹ Tal y como se destaca por el Ministerio de Asuntos Exteriores español la política de Derechos Humanos va adquiriendo cada vez una dimensión mayor. Se incluyen cuestiones relativas a los Derechos Humanos en las agendas de todos los contactos bilaterales a cualquier nivel y con gobiernos de todas las regiones del mundo. La Oficina de Derechos Humanos es el órgano de la Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales y de Seguridad del MAEC al que corresponde la función de coordinación de la política exterior de España en el campo de la protección y promoción de los Derechos Humanos y la elaboración, propuesta y aplicación de dicha política en los organismos internacionales. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/-DERECHOSHUMANOS/Paginas/Inicio.aspx>.

¹² Fernando Tenorio Tagle, “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal”, en Moises Moreno Hernández, coord., *Globalización e internacionalización*

política criminal debe desarrollar principios constitucionales y ser un instrumento de protección de los Derechos Humanos”.¹³ Se observa la interrelación de la Política criminal, los Derechos Humanos y los textos constitucionales no pudiendo o, al menos, no debiendo separarse estas tres categorías si se quiere una protección garantista de los derechos de la ciudadanía.

A continuación se verá la relación de Derechos Humanos y Política criminal configurando lo que se denomina Política criminal de los Derechos Humanos.

La Política criminal se guía por la finalidad del sistema penal de perseguir eficazmente el delito en una determinada comunidad, para dar efectividad a las normas penales. La perspectiva dada a la misma puede ser totalitaria o liberal según el sistema político y constitucional observado. No obstante, hay quien entiende que, en general, las Políticas criminales ya sean totalitarias o liberales legitiman la irracionalidad del poder punitivo, por ello debería seguirse una política que no legitime tal irracionalidad y establezca unos límites a *ius puniendi* estatal; ese tipo de política es lo que nos llevaría a la Política criminal de los Derechos Humanos la cual debe fundamentarse en la persona real, es decir, en un fundamento personalista que se completa con el fundamento realista como forma de establecer unos límites. Según esto, “los límites que ha de poner la Política criminal de los Derechos Humanos han de ser normativos y ellos provienen tanto del Derecho internacional que consagra Derechos Humanos como de la Constitución política, siempre y cuando ésta sea respetuosa de la persona real. La Política criminal de los Derechos Humanos nos propugna así, no por un mejor y más humano Derecho penal –sistema penal– sino por algo diferente al Derecho penal en donde la persona sea reconocida como lo que es, persona en el mundo”.¹⁴ Es en este sentido en el que la funcionalidad ética de la Política criminal de los Derechos Humanos cobra especial relevancia.

Esta nueva dirección político-criminal se refuerza con el hecho de que Naciones Unidas ha reconocido que un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los Derechos Humanos en la admi-

del Derecho penal (implicaciones político-criminales y dogmáticas), México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, p. 35.

¹³ Keymer Ávila, “Estudio de la participación comunitaria o ciudadana como modalidad de una política criminal preventiva”, *Derecho Penal on line*, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/-/derecho.php?id=27,348,0,0,1,0>

¹⁴ José Fernando Botero Bernal, “Lineamiento generales de una política criminal de los Derechos Humanos. Desde una postura personalista-realista”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 4, núm. 7, enero-junio, 2005, p. 81.

nistración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia.¹⁵ “Desde la perspectiva de derechos humanos, las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como también en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales, debiéndose en consecuencia abordar los aspectos de la criminalidad y la violencia conforme a las orientaciones provenientes de estos derechos. La perspectiva de los derechos humanos permite abordar la problemática de la criminalidad, la violencia y su impacto en la seguridad ciudadana mediante el fortalecimiento de la participación democrática y la implementación de políticas centradas en la protección de la persona humana, en lugar de aquellas que primordialmente buscan afianzar la seguridad del Estado o de determinado orden político”.¹⁶ En estas políticas de protección de la persona la Política criminal es esencial al poder integrar políticas sociales y sistema penal.¹⁷

¹⁵ *12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal.*

¹⁶ Luis Carlos Torres González, “Política criminal y Derechos Humanos en Chile: notas y desafíos actuales”, *Hors-série Revue québécoise de droit international*, marzo, 2015, pp. 27 y 28.

¹⁷ “El delito produce siempre daño y vulnera derechos de otro y como tal hay que evitar o prevenir su descontrol; hay que evitar las oportunidades de que se cometa y de que se produzca el menor daño posible ya que ello asegura la convivencia pacífica y preserva la calidad de vida.

La Política Criminal, en tanto Política Pública deliberadamente planeada, científicamente fundada, y políticamente consensuada, debe estar en condiciones de articular las acciones de la Política Social con las del Sistema Penal. La Política Social opera desde programas e instituciones de apoyo y asistencia para la promoción social y para la superación de dificultades o carencias; se basa en servicios como educación, salud, nutrición, seguridad social, vivienda, asistencia social, trabajo, recreación, etc. y tiende a la superación o atenuación de situaciones de pobreza, que hacen que los sectores excluidos estén más expuestos al control penal selectivo, o bien que a menudo deban recurrir al delito a manera de estrategia de supervivencia. Por otra parte, la Política Criminal debe articular acciones con el Sistema Penal, en tanto control social punitivo institucionalizado; se vale de instituciones tales como Policía, Justicia, Cárcel, Patronato de Liberados. La Política Criminal debe señalar cuándo entra en juego el Sistema Penal y cuál debe ser su configuración; y cuándo debe intervenir desde la Política Social para atenuar condicionantes de situaciones criminógenas. La ausencia de una adecuada definición de esta Política deriva en un protagonismo del Sistema Penal para el control social, llegándose a confundir los ámbitos y esferas de actuación. En este sentido, debe ser integral (integrar tanto a víctimas como a victimarios), y debe ser multisectorial e interdisciplinaria, y reconocer al delito como una construcción social, política, cultural, psicológica etc. que si bien es inherente a toda sociedad, su descontrol enfrenta a los habitantes.

Josefina García García-Cervigón

Ambas categorías han de complementarse para obtener resultados eficaces en defensa de los Derechos Humanos no pudiendo entenderse como compartimentos estancos sino transversales con una incidencia recíproca.

Ahora bien, una cosa es ver la Política criminal desde un punto de vista internacional y otra desde una perspectiva más local. Más localmente, en las democracias más recientes, el Estado centralizado se debilita permitiendo una mayor participación ciudadana; esto que desde un punto de vista democrático es positivo podría ser peligroso para los Derechos Humanos si se activan movimientos comunitarios contrarios a los mismos. Así se pone de manifiesto doctrinalmente y se destaca la necesidad de su contención.¹⁸ Por eso, los Derechos Humanos como un medio de unión del Estado y de los ciudadanos constituyen un medio de integración objetiva. Tienen carácter funcional e institucional convirtiéndose en fundamento último del Estado.

Los Derechos Humanos son manifestación de la dignidad de la persona y requisito esencial de un Estado social y democrático de Derecho y no pueden dejar de ser tenidos en cuenta pues peligraría la forma de Estado o cambiaría de forma razonable. Por tanto, son elemento esencial de la comunidad internacional además de ejercer una función estructural de los principios constitucionales

Los Derechos Humanos son tanto posibilidades creadas por los instrumentos jurídicos que los positivizan, como complejos procesos de desalienación que tienen lugar, en un aquí y un ahora, construido por los hombres. Se mantienen gracias a las luchas y sobre todo por su ejercicio efectivo, para lo cual son necesarios aquellos procesos de toma de conciencia, de superación de formas de extrañamiento que los ve como ajenos e inalcanzables. En función de ello, los científicos sociales deben hacer operativos sus principios, enseñar respecto de su existencia y orientar en su ejercicio. Es todo un desafío contribuir con la reconstrucción de un orden basado en los principios del constitucionalismo moderno que permita avanzar en el desarrollo de valores de certezas y de garantías de los Derechos Fundamentales.

Ello implica superar falsas contradicciones entre Políticas de Seguridad y Políticas de respeto a los derechos; se trata de buscar soluciones a problemas muy complejos que permitan vivir en una democracia que implique seguridad para todos, con leyes eficientes y de cumplimiento efectivo y donde las garantías constitucionales integren el debate central en el tema de la seguridad y no sean vistas como un obstáculo a las políticas de control del delito y de la violencia”; María Daniela Puebla, “Política criminal y Derechos Humanos en democracia”, *Revista de la Universidad Nacional de San Juan*, núm.4-abril, 2004. Disponible en: <http://www.revista.unsj.edu.ar/revista4/inseguridad.htm>.

¹⁸ Lolita Aniyar de Castro, “Siglo XXI: propuestas para una Política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 3, 2011, p. 585.

en un ámbito regional o local. Llegados a este punto se ha de plantear la siguiente cuestión: ¿Qué se necesita para una Política criminal comprometida con los Derechos Humanos? A esta cuestión se responde desde postulados de la Teoría crítica de los Derechos Humanos.¹⁹

Esta teoría implica la asunción de dos premisas metodológicas en relación a los Derechos Humanos: Por un lado éstos son considerados como movimiento social, político e intelectual así como teoría propiamente dicha. Su determinación básica consiste en el carácter emancipador (mediante la resistencia al abuso de poder, la reivindicación de libertades y regulación garantista por parte del Estado), el sustrato político indeleble, la exigencia y afirmación de reconocimiento. Son simultáneamente proyecto práctico y discurso teórico. De otra parte, los Derechos Humanos se entienden como un fenómeno histórico ya que

¹⁹ “Para responder a esas cuestiones, se parte de un marco teórico comprometido con cambios sociales y con la justificación de prácticas sociales emancipadoras ya existentes o que deban ser creadas, cual sea, la teoría crítica de los derechos humanos tal como desarrollada por Joaquín Herrera Flores. Afirmando la necesidad de visibilización de los contextos subyacentes a la realidad normativa y a la naturaleza de los derechos como productos culturales, Herrera presenta una propuesta metodológica comprometida con la realización de la dignidad de la persona en un sentido concreto, material, efectivo. Por medio de la repulsa de soluciones que reduzcan los problemas sociales al ámbito jurídico –no se niega lo jurídico; pero cabe reconocer la necesidad de construir soluciones que no sean sólo jurídicas para asegurar la efectividad de las prescripciones normativas, Herrera reivindica la formulación de propuestas aptas para fomentar el ejercicio de las potencialidades humanas, así como disminuir el abismo existente entre las prescripciones normativas presentadas como garantías de los derechos humanos y la realidad que insiste en negarlos. Por un lado, es necesario conocer las principales teorías y contribuciones sobre el problema de la criminalidad y la reacción social frente a ella, a partir de puntos de vista empíricos o, en todo caso, no sólo puntos de vista jurídicos. Por otro lado, aquellos que, en general, enfrentan diariamente los problemas propios del sistema de justicia criminal –no sólo los juristas– deben igualmente conocer los filtros (y barreras) normativo-jurídicos por los que pasan necesariamente las respuestas estatales cuando de la realización del derecho penal. Un diálogo entre el ámbito estrictamente jurídico de abordaje de los problemas penales y la rica gama de conocimientos producidos y empíricamente verificables fuera de la visión jurídica, contribuiría decisivamente para evitar falsas expectativas y reduciría la explotación de la respuesta penal como panacea”; Antonio Suxberger, *Ministerio público brasileño y política criminal en el marco de la teoría crítica de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, p. 2. Disponible en el sitio web: http://www.academia.edu/9100345/Tesis_doctoral_Ministerio_P%C3%BAblico_brasile%C3%B1o_y_pol%C3%ADtica_criminal_en_el_marco_de_la_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_de_los_derechos_humanos

Josefina García García-Cervigón

su perspectiva multidimensional de prácticas y su correspondiente saber e ideología se encuentran especificados históricamente; los factores históricos y las condiciones sociales, políticas y culturales conforman variables indispensables para comprender y explicar su desarrollo previo y su caracterización actual.²⁰

Doctrinalmente se recalca la paradoja a la que están sometidos actualmente los Derechos Humanos. Esto es así porque aunque haya diversos instrumentos normativos de carácter internacional, nacional o regional que garanticen estos derechos a la sociedad, las desigualdades sociales continúan y, por consiguiente, su incumplimiento. La propuesta de los autores es dar un vistazo al entorno social donde se lleva a cabo la lucha por el acceso a los bienes necesarios para una existencia digna e investigar las posibilidades y condicionantes que pueden influir positiva o negativamente ese proceso. De ahí que se proponga superar la abstracción que defiende la teoría tradicional, ya que el derecho hay que interpretarlo dentro de un contexto material, en la realidad social. Por eso surge una corriente crítica.

En este contexto teórico y práctico se ha de desenvolver una Política criminal que salvaguarde y garantice los Derechos Humanos. De ahí que no pueda obviarse el aspecto político-social y económico en el desarrollo de políticas criminales garantes de los derechos, en general. Es evidente que la Constitución de un país, así como el sistema penal, contribuye a ello pero también es evidente la tensión existente entre el sistema penal garante de los derechos y la teoría crítica de los Derechos Humanos. Pudiera pensarse que esa tensión es negativa, muy al contrario pues permite establecer los límites de ambos marcos teóricos así como una armonización de los mismos.

Actualmente se destaca la correlación existente entre desarrollo y Política criminal. En este sentido, se entiende que los códigos penales, al ser la expresión legal de la criminalidad, deben prepararse en consonancia con la evolución del desarrollo, al ser la codificación penal, una labor socio-política, que requiere un profundo análisis de la situación real, los programas de prevención de la criminalidad deben ser coordinados con el fin de que se puedan tener en cuenta los múltiples aspectos que inciden en la correlación desarrollo-criminalidad, concluyéndose entonces que la Política criminal no puede dejarse ya solamente en manos del sistema de justicia penal y los elementos vinculados a éste sino que se requiere la coordinación e intervención de una variedad de profesionales. Existe

²⁰ Alan Arias Marín, "Contribución a una teoría crítica de los Derechos Humanos", *Revista de Derecho-UNED*, núm. 13, 2013, p. 99.

una corriente bastante arraigada que considera que cualquier cambio debido al desarrollo requiere atención penal y criminológica, teniendo en cuenta la necesidad de investigar, dado que en la misma se entrelazan una pluralidad de aspectos y no debe simplificarse a la hipótesis de que el aumento o disminución de la criminalidad dependen de la índole del desarrollo pretendido demandándose una coordinación político-criminal.

Como propuesta en el plano internacional, surgen otros elementos que se incorporan a la Política criminal actual destacándose: el respeto a los Derechos Humanos, el costo de la Política criminal, la realización de su planificación como parte de la planificación del desarrollo nacional, la promoción de la participación en la justicia de la comunidad local y regional así como la de instituciones variadas en su formulación al haberse evidenciado que la justicia no puede ser estimada como un monopolio de penalistas, procesalistas y demás juristas.

La Política criminal se hace necesaria, en virtud de la existencia del fenómeno criminal, que es su razón de ser, pero también requiere transformarse en virtud de la carencia de funcionalidad que pueden presentar las medidas político-criminales que, con el objetivo de proteger a la sociedad y a los bienes jurídicos individuales y colectivos, se toman frente a dicho fenómeno y su desarrollo, ocupándose de cómo construir de la manera más adecuada el Derecho penal, con el fin de que pueda responder a su misión de proteger la sociedad.

En este contexto hay una norma que juega un papel preponderante en aquellos países que se configuran como un Estado social y democrático de Derecho: la Constitución. En España, la Constitución de 1978 es esencial en la configuración y desarrollo del ordenamiento jurídico además de establecer los límites y la orientación político-criminal que habrá de seguirse con posterioridad a su entrada en vigor. La Constitución establece un marco abstracto pero claro y conciso en el que desarrollar el ingente número de normas que conforman el ordenamiento jurídico. Y en este sentido, el ámbito penal no queda ajeno a este marco constitucional garante de los Derechos Humanos. De ahí la relevancia que la Constitución española de 1978 ha tenido y tiene en la Política criminal española.

■ IV. Política criminal y Constitución Española de 1978

Los Derechos Humanos son los derechos de la persona física que han de ser reconocidos y protegidos por los Estados. Esta protección viene dada fundamentalmente a través de los textos constitucionales con el reconocimiento de una

serie de derechos que, en muchos casos tienen la naturaleza de derechos fundamentales.

Los Derechos Humanos son aplicables en cualquier tiempo y lugar, existiendo mecanismos de supervisión o control internacional de carácter universal como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, o mecanismos de supervisión o control regional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son propios de la condición humana y se caracterizan porque son innatos, universales, exigibles, inviolables, innegociables, absolutos e irrenunciables.

Se reconoce que la principal norma en materia de Derechos Humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 aunque los derechos reconocidos en la misma también se protegen en el texto constitucional de los países democráticos. En el caso español, ese reconocimiento se da en la Constitución española de 1978. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos pueden extraerse los Derechos Humanos que a continuación se relacionan: derecho a la libertad y seguridad, principio de igualdad y derecho a la igualdad, derecho a la vida, prohibición de la esclavitud, de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, derechos a la libre circulación, derechos a la nacionalidad, derecho a la propiedad, derechos de asociación y de reunión, derecho de sufragio, derecho al trabajo o derecho a la educación.

Desde un punto de vista dogmático y doctrinal es destacable señalar que la doctrina penal española ha dado especial relevancia a la relación entre Constitución y Derecho penal, unas veces haciendo referencia al derecho penal constitucional y otras veces haciendo referencia a un concepto constitucional del delito. El Derecho penal es fundamental para la Política criminal ya que uno de los pilares de la misma es la legislación que se lleva a cabo en el ámbito penal y la evolución de esa legislación, es decir, la motivación por la cual el legislador lleva a cabo reformas penales.

Si se sigue una orientación dogmática la Constitución limita el poder estatal penalmente garantizando los derechos del individuo a través de principios que restringen el *ius puniendi* del Estado, como puede ser el principio de legalidad. Si se sigue una orientación constitucional el *ius puniendi* del Estado ha de definirse y fundarse en la Constitución siendo los principios rectores del sistema penal principios constituyentes y fundamentales del mismo, es decir, un Dere-

cho constitucional penal que garantiza los valores, bienes y derechos recogidos en la Constitución. En definitiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el que propugna la Constitución española de 1978 el Derecho penal ha de adaptarse a este modelo y a sus valores. Según la orientación constitucional la Política criminal también quedaría bajo el marco de este modelo. De hecho, las decisiones adoptadas por el legislador deben seguir los requisitos establecidos en la Constitución.

Desde esta perspectiva, la doctrina estima que la Constitución cumple con tres funciones en el sistema penal:

- a) Influir directamente en la práctica jurídica.
- b) Una función doctrinal mediante la elaboración de teorías.
- c) Una función de orientación de la concreta política penal que debe desarrollar el Estado, es decir, que la Constitución dentro del marco político-criminal general y de valores y principios puede fijar la Política criminal que se seguirá en el futuro por el legislador de tal forma que el sistema penal ha de adecuarse a la norma constitucional. La necesidad de tal adecuación sólo puede darse en aquel contexto que reconozca la influencia de la política en el Derecho penal, esto es, en un contexto político y social que otorgue legitimidad democrática a la Política criminal desarrollada estatalmente para crear los medios jurídico-penales de protección según los valores e intereses colectivos quedando reflejado en el sistema penal. Por tanto, se podría hablar de un Derecho penal constitucional constituido por un sistema de valores integrado por los derechos fundamentales así como por los derechos de los ciudadanos y los valores que emanan de ellos. Este Derecho penal constitucional estaría conformado por: a) los principios constitucionales relevantes para el sistema penal (igualdad, libertad, pluralismo político, justicia así como los principios generales de racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y de la igualdad real y efectiva del art. 9 de la Constitución española de 1978) y por el art. 10.2 que establece la obligación de interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España; b) los preceptos que afectan directamente al Derecho penal (arts. 15, 17, 24 y 25 de la Constitución española); c) los preceptos que consagran los derechos fundamentales y que limitan el

poder punitivo estatal (arts. 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 28 de la Constitución española); d) los preceptos constitucionales que regulan expresamente lo relativo al sistema penal (arts. 71, 117, 120, 125 y 126 de la Constitución española). No debe obviarse la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.²¹

De todo lo expuesto, se deduce que el Derecho penal pasa de ser un derecho represor a un derecho protector de las libertades y derechos ciudadanos aunque, al mismo tiempo y a través de la pena, sea un derecho que limite algún derecho. Es indudable que el Derecho penal es uno de los ámbitos del ordenamiento jurídico más sensible a las modificaciones y más afectado por aquellos valores que impregnan la Constitución de 1978.

De hecho, a partir de 1978 se vio la necesidad de una reforma penal de envergadura. En palabras de Boix Reig “(...) una nueva Constitución democrática requiere de un nuevo Código que asuma dichas exigencias constitucionales, articulando un Derecho penal democrático. Las reformas parciales no dejan de ser disfuncionales, responden en no pocos casos a exigencias políticas excesivamente concretas, se producen en ocasiones con apresuramiento, han requerido en algún caso de subsiguiente reforma (llegándose a hablar de contrarreforma) y, en definitiva, aun valorando lo que de positivo puedan tener, suscitan, como se ha dicho, disfuncionalidades en relación con la significación global que debe tener todo Código penal”.²² No obstante, este autor pone de manifiesto alguna otra deficiencia de la Constitución en relación al Derecho penal y así lo manifiesta: “En materia de Principios que informan al Derecho penal, debe decirse que nuestra Constitución es ciertamente parca e insuficiente. La doctrina ha venido denunciando las deficiencias de orden técnico con que en la Constitución se han abordado determinados principios, como el de legalidad, o no se han regulado otros expresamente, como el de culpabilidad o el de proporcionalidad en su caso”.²³

²¹ Mario Migliardi Durán, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la constitución en el sistema penal”, *Política Criminal*, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 142-162.

²² Javier Boix Reig, “La Constitución española de 1978 y el Derecho penal”, *Lección inaugural*, Universidad de Alicante, disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-constitucion-espaola-de-1978-y-el-derecho-penal-0/html/ff26b384-82b1-11df-acc7-002185ce6064_3.html

²³ *Idem.*

Es indudable, que las posibles deficiencias constitucionales en relación al ámbito penal inciden directamente en la Política criminal, máxime si ésta tiene como uno de sus pilares fundamentales la legislación penal. Esa carencia en relación a los principios que informan el Derecho penal también afectará a la protección de los derechos, en general, y a los derechos fundamentales, en particular; por tanto, la incidencia en el contexto de los Derechos Humanos también queda patente. Si bien, en ese marco constitucional hay que situar el alcance de los intereses jurídicos que debe proteger el Derecho penal recordando que la doctrina penal requiere, en función del carácter fragmentario que debe informar al Derecho penal, que sólo se protejan intereses jurídicos dignos de protección jurídico penal, necesitados de dicha protección y efectivamente protegibles. La delimitación de los intereses dignos de protección vendrá dada por la propia Carta Magna.

En cualquier caso, la asunción de un Estado de Derecho (como el de la Constitución de 1978), supone la transformación radical del Derecho sobre todo si a ello le acompañan los adjetivos de social y democrático. Sin embargo, a juicio de Boix Reig estaríamos en tres ámbitos que no son necesariamente reformables: libertades políticas, libertades morales e intereses socio-económicos: 1. Libertades políticas, el hecho de que la Constitución española articule un sistema de libertades, partiendo de una concepción democrática del Estado, con el necesario reconocimiento del pluralismo político, supone que las libertades políticas constituyen eje del propio sistema, por lo que las mismas pasan a ser interés jurídico de primer orden a proteger penalmente; 2. Libertades morales, es un ámbito de libertades sensiblemente afectado por la transformación democrática del Estado es el de las libertades morales, entendidas en este sentido amplio, y, más concretamente, por referencia a la esfera sexual; 3. Intereses socio-económicos: El modelo constitucional de 1978 supone la necesidad de promover mecanismos jurídicos que potencien la igualdad entre los ciudadanos.²⁴

Señalar que algunos principios político-criminales han sido esenciales para luchar contra una Política criminal autoritaria que provenía del Antiguo Régimen y que ha desembocado en regímenes totalitarios hasta la actualidad. La doctrina ha abogado por una Política criminal prudente que limitara el abuso estatal legítimo aunque algunos textos constitucionales se han dejado influir en algún aspecto por la evolución histórica precedente que, en ocasiones ha sido totalitaria. En otras ocasiones, los textos constitucionales también se han dejado

²⁴ Javier Boix Reig, *op. cit.*

influir por textos de derecho comparado en los que los principios de Política criminal tienen especial relevancia en el ámbito de los derechos y garantías ciudadanas, como es el caso de la Constitución española de 1978 en relación a la vigente Constitución italiana. Principios político-criminales que se encuentran amparados y protegidos por los muy diversos instrumentos internacionales y europeos de Derechos Humanos.²⁵

De todos los principios político-criminales merece la pena destacar el principio de humanidad y respeto a la dignidad humana pues todos ellos no serían posibles sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona. De hecho, el respeto al concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado. A partir del siglo XVIII se reclama una “humanización” de las penas, incluso socialmente. El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, se impone como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es un límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría. Y ello porque si se rebasa este principio lo que se ve afectado es la propia dignidad humana. Por eso este principio debería ser el primero en un Estado democrático.

La dignidad humana entronca con el ya mencionado artículo 10 de la Constitución española de 1978 al entenderla como fundamento del orden político y de la paz social junto con los derechos inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Ahora bien, tanto la dignidad de la persona como sus derechos inviolables no son estáticos sino dinámicos. De hecho, incidiendo en diferentes ámbitos las dimensiones de la dignidad humana son variadas: religiosa, ontológica, ética y jurídico-positiva.

El apartado segundo del artículo 10 de la Carta Magna establece además un criterio interpretativo que impregnará toda la Política criminal que afecte a los derechos fundamentales y, por tanto, a los Derechos Humanos máxime si hay una referencia expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²⁶

²⁵ Los principios político criminales son: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de legalidad y de garantía procesal-penal, principio de acción material, principio de intervención mínima, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de humanidad y de respeto a la dignidad humana.

²⁶ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal

El artículo 10 de la CE resume el espíritu de la Constitución estableciendo el criterio de interpretación de la misma. El respeto a los dictados de este precepto es fundamental en la Política criminal adoptada en las reformas legislativas penales. Este precepto, según la ubicación que tiene en el Título primero de la Constitución, observa un trasfondo ideológico o de inspiración doctrinal consagrado al reconocimiento y tutela de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Por tanto, la conexión entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho internacional convencional merece una estimación favorable,²⁷ configurándose un criterio interpretativo preferente. De hecho, la protección de los Derechos Humanos alcanza a la interpretación que sobre estos derechos haya podido hacer o pueda hacer en el futuro Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aunque el texto internacional citado (Declaración Universal de los Derechos Humanos) podía no dar mucha claridad interpretativa al ser muy general y ambiguo; esta generalidad queda amortiguada con otros textos internacionales que pueden contribuir a una concreción interpretativa. En esta línea, análogamente se propugna que la interpretación normativa ha de apoyarse también en los tratados internacionales “para precisar el contenido e incluso para incorporar nuevos derechos fundamentales al elenco de los ya consagrados en nuestra Constitución”.²⁸ Esta perspectiva de la doctrina constitucional abre un campo de actuación amplio pues tendrían cabida decisiones e informes de la Comisión Europea o Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros.

La incidencia del artículo 10.2 de la CE en la legislación y jurisprudencia ulterior a 1978 ha sido manifiesta proyectándose en las actuaciones del Poder Legislativo y del Poder Judicial. No cabe duda que la Política criminal se ve indirectamente afectada por este precepto y por el criterio interpretativo indicado en el mismo. El legislador ha de legislar y desarrollar una legislación acorde al precepto constitucional previos estudios político-criminales que aconsejen legislar según una perspectiva determinada y una materia concreta pero esa legis-

de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

²⁷ Joaquín Ruíz-Giménez Cortes, “Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona”, en Alzaga Villaamil, coord., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1997, t. II, p. 84.

²⁸ *Ibid.*, p. 88.

lación ha de adecuarse al respeto de los Derechos Humanos siempre y cuando incidan en los mismos.

V. Conclusiones

Política criminal, Derechos Humanos, Constitución son categorías intrínsecamente unidas entre sí. El orden seguido no viene dado por la importancia de cada una de estas categorías pues todas han de entenderse que son importantes individualmente e interrelacionadas entre sí, no puede existir una sin las otras siempre y cuando se quiera tutelar y proteger los Derechos Humanos dentro de la legalidad vigente en un Estado de Derecho reconocido y delimitado por la norma constitucional.

La Política criminal es anterior a la Constitución española de 1978. Sin embargo, la evolución teórica y práctica de aquélla se ve claramente determinada actualmente por el marco constitucional establecido en 1978.

Los Derechos Humanos también son derechos anteriores a esta Constitución, reconocidos expresamente en 1948 por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, la tutela y protección de estos derechos en cualquier ámbito también se ven claramente delimitados por el marco constitucional.

En este sentido, la Constitución de 1978 condiciona de manera determinante categorías conceptuales y fácticas anteriores a la misma. Política criminal, Derechos Humanos y Política criminal de los Derechos Humanos evolucionan histórica y teóricamente de una manera determinada en el contexto global. No obstante, cuando se ha de proceder a la aplicación práctica de esos parámetros teóricos que han sido fruto de una larga evolución la Constitución española de 1978 juega un papel preponderante en el ordenamiento jurídico-penal español. En la medida en que este ordenamiento incide o se nutre de políticas sociales que, a su vez, revierten, en políticas criminales explícitas la Constitución también influye directamente en el contexto social máxime cuando hay Derechos Humanos y fundamentales de matiz social y no sólo individual.

Por tanto, la Constitución tiene una función relevante en la Política criminal de los Derechos Humanos. Función que puede verse desde dos perspectivas:

La política criminal de los derechos humanos en la Constitución Española

1. Una perspectiva directa, al establecer límites de obligado cumplimiento en el desarrollo del ordenamiento jurídico-penal y, por ende, de la Política criminal.
2. Una perspectiva indirecta, al establecer criterios de interpretación del ordenamiento jurídico según el artículo 10.2 CE.

Se ha de concluir destacando la importancia de la Constitución que respeta los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente y que “obliga” a la asunción de una Política criminal y una normativa respetuosa con el Estado social y democrático de Derecho reconocido en el artículo 1 CE.