

*Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas**

ROBERTO BERGALLI
Universitat de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN: EXPLICACIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

Emprender un análisis de los sistemas penales contemporáneos, en el período que en el presente atraviesa la forma-Estado desarrollada por el constitucionalismo social, supone esclarecer los conceptos que se van a emplear en semejante análisis. No tanto por aquello que se pretende de claridad en un lenguaje académico y dirigido a lectores que están en conocimiento de las categorías y los principios que rigen para la configuración de un sistema penal (SP), sino por cuanto los objetos de conocimiento que van a afrontarse pasan por momentos de seria afectación.

En efecto, el SP moderno fue construido paso a paso teniendo a la vista unas necesidades de control que proponía el naciente modelo de organización social. Se alude, sin duda, a la sociedad liberal que a fines del s. XVIII y a comienzos del s. XIX se edificaba en Europa, asentada sobre los avances que impulsaban la industrialización y el sistema de relaciones sociales que de ella nacía. La pertinente forma-Estado a tal modelo de desarrollo fue el que se identificó asimismo como liberal, más allá de su configuración como Estado-nación (Crossman 1983: 209-219). Este último se afirmó sobre el principio de soberanía, los límites fronterizos, y la elaboración y aplicación

* Esta contribución ha sido realizada en el marco del proyecto titulado «Restaurar los límites dentro de los cuales debe actuar el Sistema Penal español», cuyo investigador principal es Roberto Bergalli (referencia: PB98-1177) financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica del Ministerio de Educación y Cultura.

de un propio ordenamiento jurídico el cual, poco a poco, fue remitiéndose a principios y categorías jurídico-constitucionales y a derechos y garantías fundamentales, todos los cuales fueron acogidos como los límites de cualquier intervención punitivo-estatal por las Cartas magnas.

Aún cuando el modelo de organización social referido contenía un fondo de profunda injusticia y desequilibrio social, el campo de actuación del SP moderno quedó suficientemente determinado por la exigencia de proteger aquellas necesidades que la sociedad industrial consideró como básicas para su conservación y reproducción. Se trataba de proteger los derechos subjetivos y las libertades individuales, en la medida que todos ellos permitían a cada sujeto la libre disposición de sus bienes, en el caso de los propietarios, y de su tiempo libre para contratar su fuerza trabajo, en el caso de los obreros. Esta fue la base del futuro modelo *fordista*, para el cual la regulación penal del liberalismo fue suficiente en los comienzos de la sociedad de masas.

Mas, las conmociones que afectaron a la sociedad y al Estado liberal europeos, en el último tercio del s. XIX, preanunciaron los conflictos y cambios que se iban a producir a comienzos del s. XX. Producidos los procesos de unidad nacional (Alemania e Italia) y la primera contienda bélica (1914-1918), con las consiguientes alteraciones de los mapas territoriales de algunos países, Europa se enfrascó en el período del afán expansionista, de los totalitarismos, y del Holocausto que desembocó en la segunda Guerra mundial. Mientras tanto, las bases del SP moderno se vieron sensiblemente alteradas a lo largo de este extenso período, en particular en lo que atañe a los fundamentos de la responsabilidad criminal y al sistema de reacciones y consecuencias jurídicas. El desplazamiento de la responsabilidad criminal hacia el concepto de peligrosidad social y la ampliación del derecho a castigar, como efecto de la aplicación del paradigma etiológico impulsado por el Positivismo criminológico, permitió adoptar un amplio marco de medidas pre- y post-delictuales. Estos fueron los rasgos de un SP fuertemente presionado por los sistemas políticos autoritarios para obtener respuestas penales a las necesidades de orden.

A excepción de las Constituciones de Weimar (1919), de Austria y Checoslovaquia (1920) y posteriormente de la II República española (1931), en las cuales se manifestaron las primeras necesidades sociales que debían ser cubiertas por la organización de la nueva sociedad industrial de masas y respecto de las cuales el Estado ensayaba su capacidad interventora para protegerlas, el constitucionalismo no conoció hasta la segunda post-Guerra mundial otras propuestas de cobertura de bienes jurídicos colectivos que no fueran las nazi-fascistas y las nacidas de las Constituciones soviéticas de

1918, 1924 y 1936 las que, en sí mismas, llevaban un modelo de organización estatal substancialmente totalitario.

Iniciada la post-Guerra, una nueva serie de Constituciones se preocupó por la ampliación de las garantías sociales a la vez que manifestó la fidelidad intrínseca de muchos ordenamientos a la concepción liberal-democrática del Estado. Ejemplos de este nuevo período son la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947 y la de la República Federal de Alemania de 1949. Esta fase, a la que se puede denominar como la del **constitucionalismo social**, fue la que despertó y alentó la necesidad de llevar la intervención punitiva de los Estados democráticos a proteger aquellas necesidades sociales que se consideran actualmente como básicas para el desenvolvimiento de las fuerzas colectivas —de lo que ha constituido su mayor muestra la *Costituzione della Repubblica Italiana* (cfr. entre muchos, Moccia 1997: 14-17 y, en España, Silveira Gorski 1998: 31), introduciendo un empleo racional de la reacción punitiva, aplicada con el máximo respeto a las garantías constitucionales y con la prioritaria búsqueda de un fin de prevención especial positiva (resocialización) en la ejecución de la privación de libertad como pena. Este promisorio plan de política criminal era adaptable en un marco social de elevada productividad, pleno empleo, seguridad social, educación garantizada en todos los niveles, salud pública y respeto de las libertades básicas. Por tanto, si ese fin preventivo especial positivo era el de la readaptación social, naturalmente imprescindible también era que la sociedad a la cual se pretendía reintegrar a quien de ella había quedado marginado, por su comportamiento infractor, le ofreciera un marco de vida en el cual aquellas necesidades básicas estuviesen garantizadas. Y así fueron proyectadas todas las reformas de los sistemas penales pertenecientes a los Estados constitucionales, sociales y democráticos de derecho del área cultural de Europa occidental. Es decir, que no habido reforma penal real y eficaz en Europa que se haya llevado a cabo en el período posterior a la segunda Guerra mundial sin que ella se haya asentado en políticas sociales expansivas, o sea en la satisfacción pública de aquellas necesidades colectivas que permiten el desenvolvimiento de toda capacidad humana. De tal modo, el concepto de **bienestar (Welfare)** no sólo está asociado con los de salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda y esparcimiento. También lo está con el de **resocialización o readaptación social** previsto como fin de la ejecución de penas por todos los sistemas penales de los Estados sociales surgidos como resultado de la expansión productiva ocurrida en Occidente en las décadas de 1940 a 1970.

Mas, como acaba de decirse, la elevada productividad y la consiguiente acumulación estatal sobre la que se edificó el marco social del bienestar, comenzó a dar muestras de agotamiento y quiebra a causa de situaciones

1918, 1924 y 1936 las que, en sí mismas, llevaban un modelo de organización estatal substancialmente totalitario.

Iniciada la post-Guerra, una nueva serie de Constituciones se preocupó por la ampliación de las garantías sociales a la vez que manifestó la fidelidad intrínseca de muchos ordenamientos a la concepción liberal-democrática del Estado. Ejemplos de este nuevo período son la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947 y la de la República Federal de Alemania de 1949. Esta fase, a la que se puede denominar como la del **constitucionalismo social**, fue la que despertó y alentó la necesidad de llevar la intervención punitiva de los Estados democráticos a proteger aquellas necesidades sociales que se consideran actualmente como básicas para el desenvolvimiento de las fuerzas colectivas—de lo que ha constituido su mayor muestra la *Costituzione della Repubblica Italiana* (cfr. entre muchos, Moccia 1997: 14-17 y, en España, Silveira Gorski 1998: 31), introduciendo un empleo racional de la reacción punitiva, aplicada con el máximo respeto a las garantías constitucionales y con la prioritaria búsqueda de un fin de prevención especial positiva (resocialización) en la ejecución de la privación de libertad como pena. Este promisorio plan de política criminal era adaptable en un marco social de elevada productividad, pleno empleo, seguridad social, educación garantizada en todos los niveles, salud pública y respeto de las libertades básicas. Por tanto, si ese fin preventivo especial positivo era el de la readaptación social, naturalmente imprescindible también era que la sociedad a la cual se pretendía reintegrar a quien de ella había quedado marginado, por su comportamiento infractor, le ofreciera un marco de vida en el cual aquellas necesidades básicas estuviesen garantizadas. Y así fueron proyectadas todas las reformas de los sistemas penales pertenecientes a los Estados constitucionales, sociales y democráticos de derecho del área cultural de Europa occidental. Es decir, que no habido reforma penal real y eficaz en Europa que se haya llevado a cabo en el período posterior a la segunda Guerra mundial sin que ella se haya asentado en políticas sociales expansivas, o sea en la satisfacción pública de aquellas necesidades colectivas que permiten el desenvolvimiento de toda capacidad humana. De tal modo, el concepto de **bienestar (Welfare)** no sólo está asociado con los de salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda y esparcimiento. También lo está con el de **resocialización o readaptación social** previsto como fin de la ejecución de penas por todos los sistemas penales de los Estados sociales surgidos como resultado de la expansión productiva ocurrida en Occidente en las décadas de 1940 a 1970.

Mas, como acaba de decirse, la elevada productividad y la consiguiente acumulación estatal sobre la que se edificó el marco social del bienestar, comenzó a dar muestras de agotamiento y quiebra a causa de situaciones

exteriores a las estructuras y formaciones sociales propias al modelo de desarrollo que favoreció ese bienestar. El momento desencadenante de dicha quiebra y sus reflejos sobre los sistemas penales pueden fijarse en el conflicto bélico árabe-israelí, iniciado en 1966, como se ha expresado en otras oportunidades (Bergalli 1988a: 131-136; 1990: 169-172; 1993: 219-226; 1994: 99-101). A consecuencia del cual y como restricción de la imprescindible provisión de un flujo de petróleo para mantener los altos niveles de producción, los países occidentales se vieron necesitados de recortar sus políticas sociales para aplicar sus recursos en mantener tales niveles. Las fórmulas de la socialdemocracia, hasta entonces triunfantes en todo el mundo industrial desarrollado, se manifestaron **insuficientes para frenar los peligros de injusticia social** y desigual distribución de la riqueza. A partir de esta situación, en todo Occidente pero particularmente en los países centrales del capitalismo industrial, se verificó un paulatino aumento de la conflictividad, difícil de contener mediante las políticas públicas propias al ámbito de necesidades desde donde se provocaban los conflictos; es decir que las políticas de salud, educación, previsión, trabajo, vivienda y servicios en general, al encontrar restringidos o literalmente agotados los recursos dispuestos para sus fines, fueron insuficientes para solventar el nivel de demandas que colectivamente se formulaban. Con ello se alimentaba la base de los conflictos y de esta manera el cuestionamiento de las políticas públicas se hizo frecuente, en un cada vez más extendido número de los países europeos de Occidente.

A fines de la década de 1960 y a comienzos de la de 1970 las protestas comenzaron a tomar cuerpo y a ser recogidas en interpretaciones de tipo político, confrontándose especialmente con aquellas que se expresaban en favor de la restricción de políticas sociales para fortalecer el proceso productivo, las cuales iniciaron la tarea de limitar la acción estatal en esos campos y en todos aquellos en que la participación pública se consideraba dispendiosa e ineficaz. El impulso, dado los tiempos que se vivían, comprensiblemente provenía de los Estados Unidos. Allí se había impuesto una ideología que pronto produjo el éxito de las fórmulas neo-liberales, las cuales fueron expansivamente aplicadas con la llegada de Ronald Reagan a la presidencia de la Unión, pues consistían en la mejor expresión de los intereses de las grandes empresas multinacionales. Seguidamente, el incentivo al denominado «capitalismo popular» favoreció un inicial interés político por las propuestas de los *tories* en el Reino Unido con lo cual se cimentó el éxito electoral de Margaret Thatcher quien, con una legislación específica, alentó la participación de los más modestos recursos en la adquisición de acciones de la grandes empresas que se constituían o refundían a fin de intervenir en actividades hasta entonces reservadas al

Estado. Los resultados no sólo fueron de naturaleza económico-estructural, cambiando la presencia pública en actividades comerciales, de servicios o de producción y atención de bienes colectivos en favor de los intereses privados que vieron así alentados unos márgenes de ganancia insospechados, lo que favoreció veloces acumulaciones en cada vez menos pocas manos —y esto fue particularmente sorprendente en el terreno de la comunicación de masas—, sino que asimismo esos resultados también fueron culturales pues se produjo un vuelco en detrimento de la antiguas formas de relación y organización social. De tales maneras fue como se decretó la muerte del *fordismo* por que con una pasmosa rapidez no sólo cambió de mano la propiedad de los recursos públicos, las formas de organización de la producción, los ritmos y los tiempos del trabajo; también, con la misma velocidad, se transformaron las modas y los hábitos alimentarios, los valores que sostenían las instituciones básicas de la vida común en las sociedades industriales, las relaciones laborales, los mecanismos de representación social y política, etc.

Todo este panorama determinó, en un comienzo, al promediar la década de 1970, la expresión violenta de los conflictos sociales que fueron el caldo de cultivo de grupos políticos extra-parlamentarios, los cuales intentaron canalizar esa violencia como lucha armada. El terrorismo como manifestación de esa violencia, y el anti-terrorismo como defensa del Estado democrático de derecho. El primero fue combatido con medios que extralimitaban el marco jurídico-constitucional, fijado por el segundo. Esta época, conocida particularmente en Italia como la de la *emergencia*, determinó el comienzo del deterioro de la forma del Estado constitucional social y democrático de derecho y generó que los sistemas penales establecidos por el constitucionalismo social pasaran a cumplir otras funciones que aquellas declaradas por los ordenamientos jurídicos (en este aspecto, la monumental obra de Ferrajoli, particularmente la cit. de 1989, es altamente ilustrativa; en España, puede recordarse la de Serrano Piedecosas 1988).

II. DESARROLLO Y APLICACIONES DE LOS CONCEPTOS

1) *Funciones del derecho (penal): orientación social, tratamiento declarado de conflictos, legitimación del poder y control social*

Lo dicho antes permite hacer una aclaración acerca de las funciones del derecho y el sistema penal, lo cual enlaza con la ya clásica distinción

mertoniana entre funciones manifiestas o declaradas y funciones latentes u ocultas propuesta por el estructural-funcionalismo. La teoría de las funciones que Merton explica (1959) es por él enmarcada dentro de lo que denomina *paradigma* el cual, como instrumento analítico de la sociología constituye un *núcleo de conceptos, procedimientos e inferencias de análisis funcional* (Agulla 1987: 464-468)). Este paradigma está constituido por una serie de postulados y en el primero de ellos describe lo que él considera lo sociológicamente relevante como objeto del análisis funcional. Así, las cosas a las que se les atribuyen sus funciones pueden ser un rol, una norma institucionalizada, un proceso estructural, una norma estructural, una emoción culturalmente normativizada, una norma social, un instrumento de control social, etc. La condición que deben poseer estas cosas, para que se les pueda asignar una función, es que deben constituir una conducta que provoca una acción repetitiva y generalizada.

En tales sentidos, el derecho y, sobre todo, las conductas que motiva o a las que da lugar, satisfacen funciones. Por esta razón es que, desde la perspectiva estructural-funcionalista, es importante descubrir las funciones que cumplen las normas jurídicas, para el caso las penales. De esta manera es que, quienes han buscado encontrar justificaciones al sistema penal, tal como fue pensado y elaborado a partir del Iluminismo y de las corrientes político-criminales liberales, pero en el marco de un sistema social y de sus coordenadas constitucionales en el que se le atribuyen a la intervención punitiva unas funciones que únicamente se puede satisfacer con abundantes recursos, han ido quedándose sin argumentos a la hora de sostener la tradicional filosofía punitiva cuando esos recursos han sido aplicados a otras políticas estatales no criminales.

En tema de las funciones que cumpliría el derecho, varias han sido propuestas. Entre las más usuales se habla del derecho como forma de *orientación social*, lo cual le atribuye a las reglas jurídicas una tarea de carácter organizativo, anterior al momento en que éstas deben intervenir cuando ya se hace necesario su empleo allí y donde está socialmente acordado que la forma que adquiere el Estado para regular la vida social es el empleo legítimo de la fuerza, precisamente a través de mandatos y prohibiciones, emitidos de forma general universal y abstracta con anterioridad a la producción de las situaciones de la vida real que no tienen otra vía de solución que no sea la de otorgar una capacidad de decisión sobre la situación litigiosa a una institución que se yergue *supra partes*. También se dice que el derecho constituiría la vía más idónea para el *tratamiento de conflictos declarados*. Con ello, la función que se pretende atribuir al derecho es la de intervenir cuando efectivamente los conflictos que se generan entre