

Una lectura social del estado de necesidad penal. Legitimidad axiológica de la propuesta.

Prof. Mireya Bolaños González¹

Esta investigación versa sobre la urgencia de revisar la noción históricamente original del estado de necesidad penal a fin de ajustar su interpretación y aplicación a la actual realidad social venezolana, permitiendo que el Derecho Penal informe su contenido con principios jurídicos, que su sentido sea mucho más social, que atienda a la materialización de los derechos fundamentales y que se ajuste al principio de justicia constitucional. De esta manera el estado de necesidad penal se avocará más claramente a las situaciones límite que está llamado a resolver. Para ello se parte de las estructurales diferencias socioeconómicas que caracterizan a la sociedad venezolana y sus índices de pobreza y de pobreza extrema, para generar un escenario de discusión sobre la cuestión de la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de sus obligaciones y las consecuencias sociales y jurídicas de la falta de políticas públicas que aborden el problema.

Teniendo en cuenta que el carácter esencialmente jurídico de esta investigación no permite indagar profusamente sobre los orígenes de la pobreza² ni de las desigualdades sociales ni a dudar sobre su existencia, se parte de la premisa que señala que tales desigualdades existen indistintamente de su origen. Basta dar una rápida ojeada a los informes científicos que muestran la cantidad de personas que no tienen los recursos para comer tres veces por día ni acceso a la electricidad ni al agua, los niños y adolescentes que trabajan en la calle para colaborar con el sustento de sus hogares, las familias que dependen de la vulnerabilidad de la economía informal y las que viven con un ingreso mucho

¹ Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela. mireyabo@ula.ve

²En el marco de este proyecto al referir el fenómeno pobreza se alude a condiciones de pobreza extrema, que para el caso Venezuela se ubican actualmente en un 23,8% en relación al índice de pobreza “no extrema” que oscila alrededor de un 57%. Ver “Índice de pobreza. Por qué las discrepancias?” En www.veneconomia.com

menor del salario promedio mensual, por solo mencionar algunos sectores del universo de pobreza y sus distintos niveles de expresión.

Si se entiende la pobreza desde del criterio del ingreso menor de un dolar diario³ o si se la entiende como “la privación de necesidades básicas”(Sen, 2002, p, 15), ello no obsta para determinar que se trata de un fenómeno mundial, que exige reflexión y acción, que se mantiene en el tapete a propósito de los debates generados por la globalización, que deslegitima sistemas democráticos completos y que está diseñado sobre el concepto económico neo-liberal de exclusión social. Mucho antes de que la globalización y sus implicaciones estuvieran en primer plano de discusión de sociólogos, economistas, filósofos y juristas, entre otros, el tema de la pobreza se mostraba álgido y complicado y en Venezuela⁴ se venían presentando serios problemas relacionados con este fenómeno, aunado a la falta de información precisa y honesta vaciadas en estadísticas que pretenden mostrar cifras que no son del todo confiables, lo que complica aún más el panorama, toda vez que el diseño y definición de cualquier política pública dirigida a abordar este problema, debe contar con estudios y cifras confiables⁵.

La revisión de bibliografía especializada en el tema de la globalización y de las discusiones a que el tema ha dado lugar, permiten contextualizar y actualizar el problema de la pobreza y los factores responsables de sus elevados índices no solo en Venezuela sino a nivel mundial. Sin embargo, sin ahondar mucho puede afirmarse que uno de sus efectos más marcados es el acento que ha puesto en la

³Criterio establecido por el Banco Mundial para fijar un límite a lo que se conoce como “línea internacional de pobreza extrema”. Este límite fue modificado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estableciendo dos dolares en lugar de uno como el criterio válido toda vez que se advierten las diferencias entre unas y otras regiones y partiendo de los inconvenientes que trae consigo el valor de cambio de la divisa estadounidense. (Cariboni, 2007)

⁴ El proyecto pobreza que lleva adelante la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Venezuela desde hace aproximadamente 11 años bajo la responsabilidad del Profesor Luis Pedro España, refleja que este país enfrenta actualmente alrededor de un 57% de pobreza. Ver www.pobreza.org.ve

⁵ El abordaje de estos temas pasa por revisar y delimitar conceptos básicos, ya que de los criterios metodológicos empleados para definirlos incidirán profundamente en los datos que se obtengan. Si un grupo de investigadores toman el ingreso menor de un dolar como el criterio indicador de un hogar pobre y otro grupo parte de un criterio cualitativamente distinto, llegarán a resultados diferentes, reflejando verdades parciales y sesgadas del fenómeno.

división de clases sociales a partir del reconocimiento del libre mercado como nuevo modelo económico mundial. En este aspecto se comparten las ideas de Guiddens (1999) cuando señala que “la modernidad y la globalización producen diferencia, exclusión y marginalización” (p,39). Beck (2008) es aún más drástico al reducir la globalización a la interconexión entre lo político y lo económico dejando en un segundo plano lo social, lo jurídico y la propia idea del Estado-nación, señalando que es el capital el actor principal en la puesta en escena que brinda la globalización ya que es el que diseña las nuevas estrategias de movilidad y de acción dentro de un espacio territorial determinado, imponiendo nuevas formas y condiciones de vida. En el mismo orden de ideas Ferrajoli (2008) afirma que “la globalización de la economía en susencia de reglas ha producido un crecimiento exponencial de las desigualdades, de la concentración de la riqueza, y a la vez de la expansión de la pobreza del hambre y de la explotación” (p,59)

De la revisión de las nociones básicas del estado de necesidad penal en el marco de este escenario y a la luz de los principios constitucionales, se infiere que las condiciones de subsistencia y sobrevivencia que brindan la mayoría de los actuales modelos de Estados marcados por fuertes diferencias sociales, obliga a replantear las situaciones que originan el estado de necesidad penal legitimando la situación de extrema exclusión social por pobreza crítica como causa de justificación penal. Cabría preguntarse ¿bajo qué presupuestos, un Estado carente de políticas públicas orientadas a la atención de las necesidades básicas de sus co-asociados, vacío de estrategias cívicas que den vida a los derechos sociales, cuya administración plagada de corrupción desvia y mal emplea el uso de los fondos públicos, que miente abiertamente con respecto a la relación ingresos-inversión, que no genera ni procura espacios de diálogo y discusión para plantear y resolver problemas ciudadanos cotidianos, puede crear, argumentar y fundamentar una responsabilidad de naturaleza penal para sus co-asociados que en situaciones sociales de extrema exclusión, buscando compensar sus necesidades básicas no satisfechas, no tienen más opción que violentar el

Derecho como única forma de superación momentánea de su situación? Cuando se revisa el poder incluir las necesidades sociales básicas como situaciones que podrían generar una justificación en la violencia contra el Derecho de otro, se parte de una interpretación axiológica y de naturaleza constitucional a partir de la cual es necesario permitir que el Derecho Penal se deje informar del sentido material que proporciona contenido a los derechos. Se parte de que la vigente norma del estado de necesidad penal podría dar cabida a estas situaciones en las que se encuentran millones de personas excluidas de antemano del sistema y cuya situación social es sin lugar a dudas el estado de naturaleza que describiera Hobbes (1999) en el contrato social en el Leviatán.

Se parte de la premisa que señala que de la misma manera que se afirma que el sistema penal está resultando insuficiente para enfrentar las nuevas formas de criminalidad, que sus métodos resultan arcaicos y en desuso en relación a los cambios sociales que determinan nuevas formas del fenómeno criminal, de esa misma forma estos cambios sociales exigen nuevas formas de entender, interpretar y aplicar el Derecho, sin violentarlo ni debilitarlo como estructura social. Corresponde a los operarios del sistema penal no obviar los cambios sociales, ni hacerse de la vista gorda en esas zonas grises en las que las normas jurídicas no cuentan con el alcance y la transparencia deseadas teniendo que recurrir a principios supra-legales, metateóricos para no desconocer la condición humana de quienes padecen serias dificultades cuando de obedecer el modelo jurídico se trata.

Una contextualización del Derecho Penal y sus instituciones pasa por entender que los sistemas socio-económicos sobre los que están edificados la gran mayoría de las democracias actuales conjuga una serie de factores sociales, políticos y culturales que alienan y condicionan la voluntad humana de quienes enfrentan las grotescas consecuencias de la falta de políticas que atiendan mínimamente sus necesidades básicas. “¿Se puede hablar de Democracia al

márgen de los claros y oscuros, pliegues y repliegues del Derecho, cuando millones de hombres y mujeres son decretados no exitosos para la vida, marginados socialmente y objeto a la vez, del ajuste de los supuestos éxitos que dicen acompañar los sistemas neoliberales de la economía?” (Neuman, 1997, p, 349)

Este planteamiento pasa también por reconocer que muchas de las decisiones gubernamentales se divorcian totalmente de los problemas reales y de la diaria vivencia de la gente común, pasa por reconocer que cada vez los representados desconocen más a su representantes como defensores de sus derechos y de que hay un sin fin de reclamos y peticiones de los grupos menos favorecidos que no tienen posibilidad de ser escuchadas ni atendidas y frente a las cuales no existen ninguna intención de que sean satisfechas. Estas circunstancias que determinan el diario quehacer de millones de seres humanos pone en tela de juicio la noción de libertad⁶, un concepto básico que no admite medias tintas en el Derecho Penal. ¿De qué libertad se habla cuando no existen los recursos mínimos para cubrir las necesidades básicas? ¿Qué libertad existe en los pensamientos enajenados en los que están implicadas las posibilidades de sobrevivencia? “Un hombre que no tiene alimentos para llevar a su casa ni medicamentos si sus hijos se enferman y que además está desempleado ¿Es un hombre libre?” (Neuman, 1997, p, 350) Esa capacidad de orientar y manejar la voluntad escogiendo libremente y sin presiones qué hacer, queda viciada cuando las circunstancias asumen un papel protagónico y condicionan a la persona a pensar únicamente en la solución de su problema de sobrevivencia, obviando el cómo hacerlo. ¿A quien se le puede ocurrir que la violencia que se ejerce contra el espacio del otro, en tales condiciones de exclusión y marginalidad, no está justificada? Podría pensarse ¿Qué es el individuo lleno de necesidades, visto como una singularidad, exigiendo al Estado el cumplimiento de sus obligaciones sociales para con el?

⁶ Es de advertir que aunque en la ciencia penal la noción de libertad está ligada a la Culpabilidad más que a la propia antijuridicidad, en el núcleo del estado de necesidad penal no hay posibilidad de escogencia, de manera que siempre se ve comprometida la libertad del ser humano.

¿Con qué recursos cuenta ese individuo? ¿Que ha dicho la historia en relación a estos casos? ¿Se ha conseguido respuesta de un solo individuo? O las pocas conquistas logradas frente a la omnipotencia del Estado son el producto de protestas, esfuerzos y organización colectivos que demandan tiempo y ameritan ciertas estrategias? Cuánto se puede esperar cuando apremian las necesidades básicas de un ser humano? “El principal derecho humano es la vida y para sustentarla se requiere de comida y techo seguro. Para los pobres tales derechos son metafísicos, sobrenaturales” (Neuman, 1997, p, 350)

Esta propuesta se fundamenta en la valoración de la condición del Estado venezolano como Estado social según el texto constitucional vigente, lo que obliga a revisar las consecuencias directas e indirectas y los efectos mediatos e inmediatos del incumplimiento de esas obligaciones estatales en materia social. De allí se infiere la responsabilidad del Estado por tal incumplimiento y la transformación de ese incumplimiento en la desatención de las necesidades básicas para vivir en condiciones mínimas aceptables. Esta desatención hace que el Estado genere y profundice los diferentes niveles de desigualdad y exclusión social empujando a sus co-asociados a enfrentar tales condiciones deplorables y paupérrimas de sobrevivencia como mejor pueda. Sin embargo, cuando la única manera de resolver estos apremios ha sido violentando el Derecho de otro, la imposición de una pena como respuesta del Estado no se ha hecho esperar. No hay para estas situaciones una respuesta más divorciada de la naturaleza del Derecho y del propio Estado, que la aplicación de una pena. Es justo reconocer la actual obligación de una lectura más social, más actual y más cónsona con los Derechos Fundamentales⁷ y orientada por principios axiológicos en los que se reconozca que la búsqueda de soluciones eficaces, a partir de las cuales se

⁷ Se entienden por Derechos Fundamentales aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Ver Ferrajoli, 1999, 2008

construye una sociedad, es hoy por hoy uno de los retos más exigentes de los penalistas como actores sociales.

Se trata de poner en la mesa de discusión la legitimidad del castigo impuesto a quienes actúan en situaciones de extrema necesidad y desigualdad. Estas condiciones de desigualdad presentes en sociedades como la venezolana, ponen en tela de juicio la legitimidad de la institución del castigo y obligan a revisar esta noción desde las reales condiciones en que actúa quien vive sometido bajo la presión de buscar las maneras formales o informales, legales o ilegales de cubrir lo básico para sobrevivir. Es preciso advertir que quienes padecen tales condiciones son los que menos han participado en la toma de decisiones colectivas, son los menos escuchados en el diálogo social y participativo a que está obligado el Estado. Es momento de enfocar la mirada hacia el contexto y la circunstancialidad en que estas personas viven, buscando las razones y el sentido de su actuar sin pretender tozudamente que toda violación del Derecho debe resolverse conforme a rígidas teorías jurídicas, desconociendo el profundo sentido social del Derecho.

Es necesario reconocer que existe una realidad social extra-jurídica que espera ser atendida y entendida por el Derecho, no visto como un bloque sólido de normas jurídicas sino como un espacio permeable por principios supraleales que valoran dicha realidad desde su esencia y no desde su contradicción con el Derecho. Estos principios son los que informan al Derecho de contenido sustancial y le dan la pauta de flexibilización de sus normas en busca de soluciones viables de los conflictos de sujetos reales.

Esto es lo que Duff (1998) y Marshall y Duff (2001) han denominado las precondiciones de la responsabilidad criminal y exponen abiertamente que cualquier explicación teórica de la pena que pretenda justificar y legitimar el castigo, debe revisar previamente su condición justa, más aún cuando se impone

a quienes violentan el Derecho en situaciones de injusticias sociales graves. En su criterio “a menos que estas condiciones estuvieren satisfechas una persona podría ser llamada ante la justicia para que un juez decidiera sobre su inocencia o culpabilidad, concluyéndose que no se trata de que no sea culpable, ni que no tenga la capacidad penal para responder por ello, ni que no pueda entender lo que hizo, sino que no puede ser juzgado por ese hecho” (Duff, 2001, 2003-2004, pp 246, 247) Duff condiciona el hecho de que una persona sea llamada ante la justicia para responder por sus actos y obliga a un análisis más real y social que jurídico en el que se demuestre la ilegitimidad de un proceso penal instaurado en contra de un sujeto que haya actuado en estas condiciones.

Revisar estas condiciones, probablemente no exima en todos los casos la responsabilidad criminal frente a hechos ofensivos al Derecho –que tampoco es lo que se quiere- pero en buena medida coloca al Estado en una posición en la que el castigo no pueda ser impuesto de la misma manera en que se hiciera si tales condiciones no se revisaran o no existieran. Esta “condicionalidad social” reabre una discusión de vieja data en la que la responsabilidad penal del Estado frente a sus co-asociados es el punto central.

La creación de estas pre-condiciones por parte del Estado, así como las respuestas penales brindadas hasta ahora, partiendo de que el escenario idóneo para este tipo de situaciones son las sociedades marcadamente desiguales, no es más que violencia institucional sostenida para evadir responsabilidades y justificar el mantenimiento del sistema. No es más que la consolidación de problemas estructurales de vieja data que al tiempo que coartan y limitan las posibilidades de los individuos de actuar conforme a Derecho, debilitan la racionalidad social en la que éste debe fundamentarse. A esta violencia institucional hace contrapeso el hecho de que en este tipo de sociedades, el nivel de identidad entre los co-asociados y sus normas es muy bajo o en algunos casos nulo, ya que de ninguna manera éstos pueden sentir que tales normas son producto del consenso logrado

entre ellos, o que reflejan sus necesidades o que les pertenecen como producto de discusiones y diálogos de abierta participación.

Duff (1998) y Marshall y Duff (2001) expresan, -refiriéndose a cuáles conductas deben ser criminalizadas- que considerar un comportamiento como ofensivo al punto de exigir su tipificación implica, que su carácter ofensivo es aceptado por toda la comunidad y para ello exigen la intervención del Estado mediante la tipificación. Porque el Derecho es una especie de declaratoria de autoridad para todos los miembros de la comunidad y no para un sector, de modo que debe haber un mínimo acuerdo de que no se trata de un hecho que simplemente resulta molesto para algunos sino que su nivel de agresividad es de tales dimensiones que se hace necesaria la intervención del Estado. En tal sentido, si cada delito exige un agente delictivo, toda la comunidad debe acordar que el agente delictivo sea considerado autor de ese hecho, que sea llamado ante la justicia para que responda por lo que lo hizo y que se le imponga una sanción penal. Cabe preguntarse si en el caso de una situación de necesidad penal por causas sociales se diera en la sociedad el consenso requerido en estos tres aspectos. Muy probablemente en el escenario antes descrito, se dificulte lograr el consenso al que se refiere Duff.

Esto indica que la noción de responsabilidad criminal no es un concepto rígido, que debe racionalizarse y revisarse a la luz de principios, y derechos fundamentales “que ayuden a determinar cuándo es legítimo señalar a alguien como responsable ante ley” (Duff, 2003-2004, p, 245). La circunstancialidad social referida exige que ya no se hable de sujetos que son responsables de ciertos hechos, sino que obliga a que la idea de responsabilidad no se maneje in abstracto sino circunscrita al contexto de actuación del sujeto y se pregunte entonces “¿A quien *puede* responsabilizarse penalmente?” ¿Qué significa ser responsable? Se es responsable de algo “cuando se puede ser llamado a responder por ciertas acciones, lo que no solo significa atender las condiciones y

capacidades del sujeto en la comisión del hecho y escuchar sus alegatos, sino también y ante todo saber si es posible llamarle a que responda por ese hecho ante la justicia penal”(Duff, 2004-2005, p, 246) Cuando se obliga a una persona a responder penalmente aun en condiciones de extrema necesidad económica y de exclusión social, el Derecho se convierte en un instrumento de agresión, de violencia institucional, de manera que habrá sobradas razones y sostenidas justificaciones para desconocerle y desaprobale, habrá razones para considerar ilegítima una declaratoria de culpabilidad con su consiguiente responsabilidad criminal. Esta violencia institucional frente al desconocimiento voluntario del Derecho como producto del consenso, generan una profunda tensión que acaba por inclinar la balanza hacia el lado del más poderoso que cuenta con las herramientas para obligar a los co-asociados a cumplir con el Derecho aun en las situaciones en que las condiciones en las que sobrevive no permitan ni favorezcan humamente su respeto.

A propósito de estas consideraciones se reabre la aporética cuestión de la justificación del castigo⁸. ¿Cómo es posible justificar la imposición de una pena en el marco de un proceso penal ilegítimo? ¿Que legítima su imposición si las condiciones en las que estas personas tratan de sobrevivir son en sí mismas una suerte de castigo? ¿Sobre la base de qué argumentos puede el Estado irresponsable en el cumplimiento de sus obligaciones mínimas, pedir a estas personas que respondan ante la justicia en eventos en los que no han podido responder de otra manera que violentando el Derecho? ¿Es legítimo el castigo que se impone a quien no podía actuar de manera diferente porque sus condiciones de vida no se lo permiten? ¿Es válido que el Estado considere a estos individuos como ciudadanos para llamarlos a que respondan por las

⁸ Este es un punto de relevante importancia, profusamente abordado y discutido en la ciencia jurídica y en la ciencia filosófica, pero que escapa a los propósitos de esta investigación. Más sin embargo debe acotarse que partiendo del carácter democrático del Estado venezolano, se tiene que el fin de la pena debe estar orientado hacia la función preventiva. Ver. Alcácer, R (2003) “Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Cabría preguntarse entonces ¿Cumple el Estado venezolano con la función de la prevención cuando impone una pena en un supuesto de situación penal de necesidad originada por causas sociales?

infracciones cometidas pero que no los considere tales cuando se trata de cumplir con sus responsabilidades? ¿En qué consiste el trato como ciudadanos?⁹ ¿Qué hacer con la pena en estos casos? ¿Debe absolverse? ¿Qué argumentos sostendrían esa absolución? ¿Le conviene al Estado poner en el tapete esta discusión? ¿Estaría dispuesto a poner al descubierto sus responsabilidades directas y sus más auténticas ilegitimidades? ¿Se estaría sentando un precedente muy delicado? ¿A partir de esto se haría insostenible mantener vigente el sistema y su funcionamiento connivente con el modelo de exclusión social? ¿Es este el comportamiento que se espera de un Estado protector del sujeto? ¿En qué se fundamenta esta exigencia de responsabilidad criminal cuando en realidad la garantía a la que tienen derecho como co-asociados no existe y se han obviado los mecanismos para que la protección estatal se materialice bajo condiciones de vida óptimas? Cabe entonces directamente la siguiente interrogante ¿Es legítimo considerar como responsable a este sujeto? Es legítimo castigarlo? ¿Quién legitima su castigo, el Estado que lo ha colocado en tal situación? ¿Quién alza la voz para señalar como responsable al Estado? A estas situaciones debe volcarse el Derecho en la búsqueda oportuna y eficiente de respuestas cónsonas con los principios fundamentales del Estado de Derecho, sobre todo si se piensa que ellas puedan generar reacciones y respuestas informales, favoreciendo un ambiente de anarquía y precarios estados de naturaleza.

Estas y otras interrogantes develan la cuestión ética que subyace a estas situaciones límites que debilitan y deslegitiman el Estado, ponen en tela de juicio al Derecho y minimizan al ciudadano. Por ello deben incorporarse a la discusión sobre la justificación del castigo, cualquiera de las teorías que pretenda esa justificación vista desde la valoración de estas situaciones límites

⁹ “Desde la pobreza y menos aún desde la miseria, el orden social no puede engendrar ciudadanos” (Neuman, 1997, p,350)

Al revisar las razones por las que el Derecho justificaría una persona que para encarar condiciones de necesidad extrema violenta el Derecho, se atenderá a las condiciones en que dichas personas actuaron, ello aunado a la revisión de la responsabilidad penal vista no unilateral sino bilateralmente, donde cada parte asuma la cuota que le corresponde y en la que los jueces, no solo de este país sino del mundo, levanten su mano para absolver en estos casos y argumenten desde lo humano, desde lo social y no solamente desde lo jurídico, tal absolución. Esta es la noción de responsabilidad que se orienta al concepto constitucional de justicia, la que materializa los principios constitucionales, la que en busca del equilibrio mira a ambos lados y reparte obligaciones y deberes de manera equitativa.

La situación de necesidad penal por causas sociales. Cuestiones político-criminales. Reflexiones conclusivas.

Siguiendo a teóricos¹⁰ de la ciencia jurídica puede afirmarse que la política criminal no es más que el área de la política pública del Estado encaminada a dar respuesta a los asuntos de naturaleza criminal. Ella debe entenderse “como un sector de la política jurídica enmarcada en la macro política, que como gestión publica, corresponde al Estado entre las distintas tareas que le conciernen en aras a la atención eficiente e idónea de las necesidades de sus ciudadanos” (Bolaños, 2006, p, 197). La revisión de la doctrina nos acerca a ciertas expresiones utilizadas por los teóricos para referirse a ella, a saber: Roxin (1992) habla de “estrategia social” (p, 22); Fernández (2002) de “ordenación o disposición de medios sociales” (p, 225); Zúñiga (2001) de “conjunto de

¹⁰ Zipf (1979) y Von Liszt (s/f) ambos autores son contestes con la idea de dar preminencia al sustantivo “política” y no al adjetivo “criminal” para entender que se trata de medidas tomadas por el Estado para hacer frente al fenómeno criminal, bien para tratar de resolver problemas puntuales o para prevenir su aparición. Es particularmente interesante la posición de Zúñiga (2001) al señalar que la Política Criminal al ser una disciplina que está vinculada con una serie de ciencias y que se nutre de varios saberes... como el Derecho Penal, la Criminología, la Sociología y la Ciencia Política, entre otros, se encuentra en el desafío de delimitar su propio objeto y significar su propio método científico para fundamentar su identidad como saber autónomo” (p,21). Silva (2000) da preminencia a la racionalidad como un elemento de importancia en la Política Criminal.

estrategias para un determinado fin” (p, 23) y en el mismo orden de ideas se expresan la mayoría de los autores¹¹ que abordan el tema. Silva (2000) distingue entre la praxis de la Política Criminal y una Política Criminal teórica, la primera refiere las actividades organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito, mientras que la segunda la conforman los principios teóricos que dotan la praxis de una racionalidad. La noción de política refiere un conjunto de medidas lógicas, sistemáticas y ordenadas conforme a un fin específico que persigue el Estado en coherencia con los objetivos que quiera alcanzar en materia criminal. Tales objetivos deben ser cónsonos con la naturaleza social y política del Estado. Indistintamente de la denominación que se le de, es claro que la Política Criminal “que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho Penal, está situada fuera de lo jurídico” (Roxin, 2000, p, 41) de modo que es la realidad social la que en última instancia informa de contenido y sustancia a la medida político-criminal. Ella es mucho más amplia que el Derecho Penal y todo cuanto concierne a éste, está contenido en ella.

El diseño, creación e implementación de medidas gubernamentales, indistintamente de la materia a la que atiendan, deben estar enmarcados en un plan de acción social que se trabaja desde y conforme los fines que se pretenden alcanzar con la implementación de la medida. La Política Criminal se muestra como un constructo sistémico que parte de una base política y más concretamente política jurídica, que se nutre tanto del ser del fenómeno delictivo como de su valoración normativa, y que al mismo tiempo advierte el marco normativo en el que se fundamenta el Estado. Ella deviene en una expresión axiológica en la que están implicadas la toma de decisiones para abordar problemas concretos, a partir de una determinada postura teórico-práctica según la valoración que se haga del problema y teniendo como sustrato teórico los principios políticos, que determinan la naturaleza del Estado.

¹¹ Mezger (1942); Jescheck (1981); Von Listz (s/f); Zaffaroni (2005); Baratta (1994); y Mir (1994), entre otros.

En criterio de Zúñiga (2001) la labor de la Política Criminal no es fácil porque su racionalización pasa por establecer los fundamentos valorativos de los que parte y a los que se dirige. Así toda medida político criminal creada e impuesta por el Estado venezolano debe tener como premisa fundamental los valores que contempla el artículo 3º constitucional¹². Advierte esta norma que la educación y el trabajo constituyen los procesos fundamentales para alcanzar tales fines.

Entre los factores a considerar para la creación e implementación de medidas político criminales pueden señalarse: el carácter ontológico de la criminalidad como fenómeno, la normativa penal que aborda el problema aunado a los principios jurídicos que lo rigen y la realidad axiológica-normativa¹³ del Estado en el que dicha medida será implementada. Esto significa que no toda medida hace parte de una política, puesto que una medida “improvisada, carente de base fáctica, que atienda intereses sesgados o momentáneos, que no obedezca a un plan coherente, que desconozca la sistematicidad de medidas anteriores, que no se oriente a la obtención de una meta específica cónsona con el modelo de Estado y en la que se haya obviado la naturaleza ontológica del problema que se quiere atender” (Bolaños, 2006, p, 199) está lejos de hacer parte de una política y constituye en sí misma un contrasentido¹⁴.

Corresponde revisar de manera sucinta cada uno de estos factores para acercarse al planteamiento de una política criminal pertinente para la situación de necesidad penal originada por causas sociales conexas con las reflexiones finales de esta propuesta.

¹² Entre los que se puede mencionar: “...la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta constitución”. Art 3º Constitución Venezolana de 1999.

¹³ Según Zúñiga (2001) esta realidad, más que un factor a tener en cuenta en el diseño de medidas, se constituye en sí misma en una aporía toda vez que esta realidad del Estado se fundamenta en valores y está orientada a fines. Según el criterio sostenido en esta investigación, este elemento es cónsono con la idea de que los problemas político-criminales configuran el contenido de la Teoría General del Delito.

¹⁴ Al respecto Roxin (2000) señala que deben evitarse medidas “de contenido básicamente simbólico, esto es, una respuesta con la cual se autorreafirman los componentes ideológicos del poder o sólo se quiera apaciguar la opinión pública” (p, 35)

En primer término el carácter ontológico de la criminalidad. En este aspecto netamente práctico de la política criminal colabora abiertamente la criminología¹⁵, cuyos aportes y metodologías resultan acertados en respuestas idóneas que atiendan puntualmente la naturaleza del fenómeno. La criminología está diseñada para la comprensión del fenómeno delictivo, del delincuente y de la interacción entre ambos. Y fundamentalmente en relación al primero está en capacidad de planificar preventivamente¹⁶. En el análisis interdisciplinar del delito como fenómeno social pueden resaltarse cuestiones como las siguientes ¿Qué estimaciones valorativas de naturaleza social, jurídica o política definen las conductas como delictivas? ¿Qué argumentos sostienen la excusión de responsabilidad penal? ¿Qué conductas y prácticas penales han quedado en desuso de manera que no se corresponden con el nivel de avance social? ¿De que criterios de distribución se vale la sociedad para adjudicar responsabilidades y repartir cargas sociales en lo que se refiere a la criminalidad? ¿En base a qué principio teórico se decide hacer responsable a una persona y no a otra por la misma conducta delictiva? ¿Que relación existe entre delincuencia y pobreza? ¿Y entre nivel educativo, condición social e índices de criminalidad? la cuestión de las medidas inmediatistas, populistas y coyunturales, la cuestión de la sanción más llamativa y más vistosa pero sin ningún efecto real ni para el sujeto ni para la sociedad, por sólo mencionar algunos. De esta revisión interdisciplinar del delito han surgido aportes criminológicos para el diseño, mantenimiento, implementación, suspensión o eliminación de medidas orientadas a su prevención. El fenómeno que a la Criminología le corresponde abordar, extrayendo de la realidad reacciones y vivencias, es el mismo fenómeno que corresponde atender y prevenir con medidas político-criminales, de allí que los

¹⁵ No es objeto de la presente investigación adentrarse en las distintas corrientes criminológicas que han ensayado una respuesta al problema de la criminalidad ni las teorías que han pretendido explicarlo. Se trata en cambio de resaltar el aspecto práctico que aporta la Criminología en lo que se refiere al diseño de medidas y estrategias públicas con las que se quiera afrontar y prevenir la criminalidad.

¹⁶ Con respecto a esto vale referir el problema de las estadísticas de la pobreza –supra- asumiendo que la eficacia de una medida político-criminal pasa por la honestidad de los datos con que se trabaje y la sinceridad metodológica y científica del investigador que aborda el problema.

datos y elementos aportados por la Criminología apuntan directamente al éxito de dicha medida y de la planificación futura que la incluya.

Otra consideración en la construcción de medidas político-criminales, es la cuestión normativa de las causas de justificación, esto es, la norma penal que consagra la excusión de responsabilidad para el estado de necesidad penal. Conforme al sistema venezolano las causas de justificación se entienden como situaciones que excluyen la responsabilidad penal cuando en un conflicto de intereses se da preeminencia a un bien jurídico frente a otro, sacrificándolo en aras de solventar la situación que se enfrentan.

Según la tradición interpretativa, el estado de necesidad penal se caracteriza por el hecho de que una persona se procure por distintos medios lo necesario para no morir víctima de las necesidades humanas básicas y por el hecho de no perecer o dejar perecer a otros bajo el infortunio o desgracia de una situación extraordinaria. Tales situaciones pueden tener su origen, según la doctrina, en: la conducta humana, fuerzas de la naturaleza, necesidades fisiológicas, situaciones de miseria total, del comportamiento animal, de un caso fortuito o de la fuerza mayor. Su aspecto nuclear es una situación de peligro, más el legislador no entra a determinar qué factores pueden originar el peligro porque esto implicaría una suerte de listado de posibilidades que deben evitarse en materia penal por los riesgos propios del casuismo. Lo que si no está determinado ni por la norma ni por la jurisprudencia ni por la doctrina ni por los principios jurídicos ni por razones constitucionales ni sociales ni axiológicas que rigen esta institución, es que queden excluidas las circunstancias inmanentes a la condición de extrema marginalidad y de exclusión social, de donde se infiere que no hay razón por la que no se pueda incluir en el texto del artículo 65 ord 3º la situación de necesidad originada por causas sociales y que la exigencia de actualización de la interpretación tímida y vestusta que se le ha venido dando hasta ahora,-

caracterizada por factores históricos-¹⁷ llenaría el vacío de respuestas jurídicas a situaciones límites como las que se han venido planteando, revisando el contenido social del Derecho a la luz de los principios político-criminales y de los fundamentos jurídico-axiológicos¹⁸. El Derecho Penal Venezolano no escapa a la consideración teórica que expone que los cambios y transformaciones sociales se identifican en la doctrina penal con las causas de justificación, de manera que con este elemento del delito se abre una compuerta a través de la cual se permea el Derecho de principios supra-jurídicos que materializan y concretan los valores del Estado.

Concientes del carácter social del Derecho y de los constantes cambios de la sociedad, el propio legislador exige que los principios constitucionales y jurídicos enmarcados en la vanguardia de la interpretación axiológica y garantista del Derecho obligen a revisar el contenido de ciertas instituciones penales. En el caso de esta investigación, esta revisión resaltaría la responsabilidad del Estado develando los criterios de diferenciación que marginalizan y excluyen una parte de

¹⁷ La tradición dogmática de esta institución penal nos muestra que en la India, las leyes de Manú consagran algunos pasajes en los que se declaran "no punibles" los actos delictivos cometidos en Estado de Necesidad; a saber la muerte de un semejante para nutrirse con el cadáver, la muerte, robo y hurto cometidos por impulsos de hambre; comer alimentos prohibidos por quien tiene su vida en peligro, entre otros. Los griegos consideraban el estado de necesidad como institución carente de ley y refieren el caso de dos viajeros perdidos en el desierto que cuentan sólo con una botella de agua, que distribuida entre los dos no salvaría la vida de ninguno pero que para uno solo de ellos sería suficiente; para el Derecho Musulmán, el estado de necesidad era una situación de coacción o fuerza moral, a partir de la cual se excusaban los actos cometidos bajo su impulso. En el Derecho Romano se consagra la institución con características similares a las de las legislaciones actuales pero no fueron muy duchos en el manejo de esta institución. El Derecho Germánico lo delimitó con la ayuda de dos principios. a.- La necesidad no tiene ley. b.- El sentimiento de solidaridad. Según este derecho, preservar la vida, procurarse alimentos en situaciones de hambre extrema y tomar lo ajeno para solventar una situación o acontecimiento extraordinario, dieron vida a este supuesto. Establecieron interesantes limitaciones para evitar la habitualidad y el abuso. El Derecho Canónico excusó, bajo la expresión "necesidad", hechos como inobservar los ayunos y vigiliias en cuaresmas, mantener relaciones con un excomulgado, romper el descanso dominical, depositar muebles en las iglesias y el perjurio. Sin embargo, el más importante de ellos fue el robo famélico. El Derecho Medieval y Común prácticamente consagran el tratamiento del Estado de Necesidad a los casos de hurtos o robos famélicos, debido a las hambrunas que azotaron los pueblos en la época medieval. En esta legislación se conocieron casos de personas que para salvarse a sí mismas o a otras de un peligro que amenazara sus vidas, podían apoderarse ilegítimamente de una cosa. (Jimenez, L 1964)

¹⁸ Esta fundamentación axiológica viene por vía del Neo-Kantismo y según el criterio de Roxin (2000) ha conducido a que... "en las causas de justificación con la llamada teoría de la antijuridicidad material y a la culpabilidad con su reducción a la característica de la reprochabilidad, se les haya dado una base normativa de las que han nacido las causas de justificación del estado de necesidad suprallegal y la idea de exigibilidad en la teoría de la culpabilidad" (p, 53)

la población en la selección social que realiza el sistema de conformidad con los principios que le permiten mantenerse vigente y autolegitimarse en su funcionamiento selectivo. Según Roxin (2000) “este proceso de cambio no viene solo por la vía de la transformación de la ley positiva sino también por vía de la creación consuetudinaria o judicial del Derecho que se hace evidente en el estado de necesidad supralegal” (p, 77) Es el conjunto de la circunstancialidad social que afronta el sujeto, los principios supra-jurídicos y los valores constitucionales, el que legitima la justificación penal de quien actúa en situaciones límites dando preeminencia a sus necesidades antes que a la observancia de la norma.

Según la doctrina, las causas que generan el estado de necesidad penal dan lugar al peligro haciendo que quienes lo afrontan reaccionen en ese momento para salvaguardarse, enmarcando cada una de las situaciones en el instante del evento que ocurre en un espacio de tiempo determinado, generando una reacción que también se encuadra en un tiempo específico. A diferencia de esto la situacionalidad social de extrema miseria y exclusión es una condición estructural que marca el día a día de seres humanos condenados a vivir sin la posibilidad de recursos *social y jurídicamente aceptados* con que responder a los peligros que enfrentan permanentemente para sobrevivir. El Derecho Penal no debe dar la espalda a este tipo de situaciones, muy por el contrario está llamado a revisarlas y a abordarlas “buscando las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones más conflictivas, entendiendo que cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado de algún modo... los problemas son de naturaleza político-criminal y no pueden ser resueltos con el automatismo de los conceptos teóricos” (Roxin, 2000, p 44) sobre todo si se parte de que el Derecho Penal es Política Criminal expresada, realizada, y de que es en sí mismo una medida política cuyo contenido no sólo depende de la realidad social y del contexto real que debe regular sino del modelo político del Estado para el cual ese Derecho Penal fue creado.

Otro de los factores a revisar en la creación e implementación de medidas político-criminales es la realidad axiológica-normativa¹⁹ del Estado que implementará la medida. Este marco valorativo nos indica que el Estado no puede hacer frente a la criminalidad al precio que sea sino sólo con medidas y estrategias plausibles en el Estado de Derecho y en el ámbito democrático (Roxin, 2000a). Este aspecto axiológico del Estado es el marco en que dicha medida debe encuadrarse partiendo de su congruencia con los principios constitucionales que fundamentan la razón de ser del Estado. Tal como se ha señalado, una medida político-criminal no puede implementarse in abstracto, ella obedece a un contexto social determinado, a un modelo político específico, a necesidades concretas de una sociedad determinada y está encaminada a atender a un problema particular. Y partiendo de principios jurídicos de naturaleza constitucional debe desvincularse de condicionantes socio-culturales y “trascender hasta el concepto mismo de persona, su dignidad y sus derechos” (Silva, 2000, p, 28) Valga señalar que según el texto constitucional venezolano en su artículo 2º, los valores del Estado Venezolano son: la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. En su dimensión social y democrática el Estado debe procurar las acciones tendientes a nutrir de sustancia cada uno de estos valores y colocar su realización y concreción en un nivel supralegal.

Estas medidas deben orientarse en función de los principios constitucionales que son la base y la razón de ser del Estado, en los cuales están establecidos los lineamientos sociales, morales, jurídicos y sobre todo políticos que definen la

¹⁹ En criterio de Zúñiga (2001) esta realidad más que un factor a considerar para el diseño de medidas se constituye en sí misma en una aporía toda vez que esta realidad del Estado se fundamenta en valores y está orientada a fines y el establecimiento de políticas en base a valores debe luchar contra el subjetivismo y la falta de referentes objetivos.

naturaleza del Estado. Según el artículo 2º²⁰ constitucional se tiene que el Estado Venezolano es un Estado social, democrático, de Derecho y de justicia, nociones que deben abordarse brevemente a fin de establecer los lineamientos en los que según la Constitución Venezolana queda enmarcada toda medida político-criminal.

Se entiende por un Estado de Derecho, el régimen político en el que toda decisión de los poderes funcionales del Estado respetan normas y principios jurídicos previamente establecidos y que son el producto del consenso y el acuerdo de los co-asociados. En este tipo de Estado debe atenderse a que “el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguarda de las esferas de libertad formalmente reconocidas por los ciudadanos..., en fin responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado”(Mir, 1994, p,32). Ferrajoli (1997) distingue entre el Estado de Derecho que se ordena conforme a un texto legal y el Estado de Derecho que además de esto limita de manera sustancial la actuación de los poderes públicos. Según su criterio, el verdadero Estado de Derecho se ajusta, desde el punto de vista formal, al principio de legalidad penal y desde el punto de vista sustancial, se rige conforme a este principio pero además se limita colocando los poderes estatales al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos autoimponiéndose obligaciones concretas. Este aspecto sustancial se caracteriza por la delimitación de un área “intocable” jurídicamente hablando, que queda por fuera de todo poder de decisión aun cuando se trate de la mayoría más absoluta²¹.

²⁰ Art 2º Constitución Venezolana de 1999 “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

²¹ Ferrajoli (1997, 1999, 2008) insiste en el principio que caracteriza un verdadero Estado de Derecho mediante el cual se establece qué no se debe decidir y qué está obligado el Estado a decidir. Así el Estado de Derecho entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales se contraponen al Estado absoluto sea autocrático o democrático

Un Estado democrático²² debe entenderse no sólo como el Estado que fundamenta la toma de decisiones en el juego de las mayorías²³ sino en el que tales decisiones se sostienen en la clara separación de los poderes y en el respeto de los derechos fundamentales de todos. Un Estado en el que la constitución se tiene por norma suprema y a la cual está subordinado el resto del ordenamiento jurídico. La legitimidad de las medidas y las políticas que se implementan en un Estado democrático está condicionada por su orientación en base a los valores de ese Estado y al respeto de los Derechos fundamentales, sin olvidar que el Estado no es sino un artificio que se justifica en tanto y en cuanto sea un instrumento para proteger a las personas naturales y jurídicas que esten bajo su resguardo. Un Estado que se fundamente en la dignidad humana²⁴ y de igual manera lo haga su Derecho Penal, deben orientarse de manera clara y directa a la protección del sujeto, en lugar de convertirse en un arma del Estado para agredir, vulnerar y violentar a los ciudadanos y con mayores razones a aquellos ciudadanos a quienes se ha dejado permanentemente excluidos.

En criterio de Ferrajoli, (2008) quien defiende un modelo democrático constitucional, el aspecto distintivo y clave de este tipo de Democracia no es sólo la positivización del Derecho en el ser, sino también en el deber ser, de manera que la validez del Derecho está supeditada no sólo a quien legisla y a cómo se legisla sino además qué se legisla, de forma que la sustancia sobre la cual versa la norma, está sujeta al cumplimiento y la observancia de principios

²² No es objetivo del presente trabajo desglosar las diferentes vertientes del término Democracia, ni entrar a discutir sobre el contenido de cada una de las teorías que han abordado esta temática. Se tomará como fundamento la noción de Democracia constitucional que Ferrajoli maneja a lo largo de su obra –y muy particularmente en “Democracia y Garantismo” y que se distingue abiertamente de la noción de Democracia plesbicitaria.

²³ Ferrajoli (2008) señala que “para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría”. (p. 79) De manera que por decisión mayoritaria no se lleguen a tomar medidas que atenten contra los derechos fundamentales y se desconozcan los más básicos principios de respeto y convivencia humana.

²⁴ El principio de dignidad humana se erigió en la carta política como el fundamento del Estado social y democrático de Derecho y su materialización está a cargo de las autoridades e instituciones del Estado. Su desconocimiento o su falta de garantías para aplicarlo, conlleva a que el Estado renuncie a sus propios fundamentos lo que deviene en la falta de capacidad de éste de exigir a sus co-asociados que satisfagan sus necesidades sólo empleando medios legales y nunca violentando el Derecho. (Carranza, 2001)

supranormativos. Esto constituye un nuevo paradigma de validez de las normas que deben atender no sólo a la cuestión de procedimiento de elaboración de normas jurídicas sino que no deben versar sobre aspectos que choquen o contravengan los lineamientos supralegales. Una Democracia constitucional es entonces la que hace de la ley un límite tanto para los poderes como para los ciudadanos en aras a evitar que atenten contra los derechos fundamentales.

Si es tarea de la Democracia constitucional velar por el resguardo y la preservación de estos derechos y se ha señalado que existe un grueso número de personas a las que tales derechos les son suprimidos por la carencia de políticas estatales, entonces “hoy el gran desafío de la Democracia está generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre nuestras opulentas sociedades democráticas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, el de nuestro alto nivel de vida y el de millones de seres humanos con hambre” (Ferrajoli, 2008, p,37)

Un Estado de justicia es un Estado en el que las decisiones obedecen a principios de equidad y bienestar social y en el que se actúa teniendo en cuenta a cada quien como un principio moral de acción. Es tarea del Estado justo llenar de contenido sustancial los programas de acción para que la justicia no sea un principio vacío, para asegurar a sus co-asociados un servicio real de sus necesidades básicas, para que el sujeto entienda que es el Estado a su servicio y no el Estado en su contra, que se trata de un Estado protector en lugar de un Estado agresor. Partiendo de allí la propuesta acá planteada tiene asidero jurídico y fundamentación moral y social y la actualización de la interpretación que se propone del artículo 65 ord 3º literal d²⁵ del Código Penal materializa y concreta lo

²⁵ Artículo 65 ord 3º literal d C.P.V “No es punible... el que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa y que no pueda evitar de otro modo”.

que estos principios establecen. Un principio es una norma suprema, un presupuesto macro al que debe darse vida tanto con la interpretación de las normas que se subordinan a él, como con las decisiones de jueces que teniéndolo como base de su actuación resuelven problemas jurídicos concretos desde la interpretación de la norma jurídica a partir de la realidad social.

Así, ajustar el contenido de la norma del estado de necesidad penal a la actual realidad socio-económica venezolana, fundamentándose en las estadísticas que reflejen la realidad del problema, teniendo como base la propia naturaleza del fenómeno criminal y ajustándose a principios supraleales de naturaleza constitucional, es materializar el supuesto de los principios que definen la naturaleza del Estado venezolano, de modo que cualquier medida político-criminal que se oriente en este sentido no sólo es cónsona con éstos, lo cual debe procurarse, sino que también legítima la decisión judicial de exonerar de responsabilidad penal a quien haya actuado bajo tal supuesto. No debe olvidarse que cuando se trata de establecer la responsabilidad de alguien que ha actuado en situaciones límites como las descritas, la cuestión se sustrae parcialmente del ámbito jurídico y se coloca en el plano social, en el que podrá darse a estas situaciones una lectura cónsona con su propia naturaleza.

El Derecho Penal en aras de materializar sus fines debe dejarse permeado por las valoraciones político-criminales que están mucho más cerca de consideraciones sociales y que informan a la ciencia jurídica de los problemas que debe resolver. De esta manera se flexibilizan los contenidos teóricos que ilustran la interpretación y aplicación de los principios jurídicos, lo que “permite profundizar en el significado material del Derecho positivo y orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación” (Mir, 2004, p,3)

La decisión de sancionar penalmente a quien violenta el Derecho, coaccionado por fuertes y constantes presiones de naturaleza socioeconómica, es una decisión

que se desliga de una lectura democrática y social de la actual realidad venezolana, que transgrede y violenta principios jurídicos fundamentales y que atenta contra los derechos humanos, de manera que la sanción a aplicar carece de toda legitimidad y efectividad, desvinculándose del principio de utilidad que caracteriza la aplicación de la pena en el marco de un Estado democrático. Sólo la observación de tales principios permite afirmar que el “Derecho Penal no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico, no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales” (Muñoz, 2000, p, 23)

La noción de Estado Social atiende directamente a la obligación estatal de diseñar políticas que vayan encaminadas a abordar los problemas de los ciudadanos vistos como parte de la comunidad, que atiendan sus necesidades, que escuchen sus reclamos y exigencias en conflictos de la vida diaria, que se ocupe de implementar medidas que solucionen y canalicen los problemas reales de los sujetos concretos que enfrentan necesidades. Este Estado tiene a su cargo prestaciones y obligaciones en la idea de satisfacer las necesidades básicas en los distintos aspectos de la vida cívica a fin de lograr el mínimo requerido en las condiciones de vida para un ciudadano. Estas obligaciones implican un hacer de parte de los agentes estatales y son exigibles por el ciudadano en todas las instancias pertinentes.

El moderno constitucionalismo ha sido enfático en reconocer otros derechos como fundamentales “derecho a la subsistencia, alimentación, trabajo, salud, educación, vivienda, información” (Ferrajoli, 1997, p, 861) entre otros. A estos derechos sociales²⁶, les son correlativas obligaciones estatales, ellos hacen un llamado al Estado para que realice, para que accione sus estrategias y cumpla tareas

²⁶ Las garantías liberales conservan condiciones naturales o pre-políticas en cambio las sociales o positivas basadas en obligaciones permiten pretender o adquirir condiciones sociales de vida: subsistencia, trabajo, salud, educación, vivienda.

concretas que garanticen y resguarden estos espacios de los ciudadanos. Son derechos caracterizados por “prestaciones públicas positivas” (Ferrajoli, 1999, p 108) que implican deberes de hacer. “La declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado” (Ferrajoli, 1997, p, 862) Este aspecto social del Estado impulsa y da vida a cuestiones públicas del quehacer social, encargado de acercar la idea de comunidad y de sociedad al ciudadano común, de modo que entienda que ambas no son más que los escenarios en los que puede exponer, dirimir y resolver los conflictos en busca de mejoras en la calidad de vida. Sin embargo, es el Estado el encargado de propiciar y hacer que tales escenarios estén disponibles para todos los ciudadanos por igual. Dejar de atender estos derechos sociales genera una suerte de vulnerabilidad tanto para el Estado que incumple como para el ciudadano que queda en un estado de insatisfacción de sus necesidades básicas. “Un orden estatal sin una justicia social, no forma un estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal” (Roxín, 2000, p 49)

El Estado de Derecho preserva al ciudadano de las arbitrariedades y atropellos de las decisiones de los poderes públicos, el Estado social acerca la sociedad al ciudadano mostrándole que en una relación dialéctica ella no existiría sin él pero que al mismo tiempo él debe convertirse en agente activo y factor de toma de decisiones en todos los asuntos que socialmente le competan. Mir (1994) delimita claramente estos dos aspectos del Estado al señalar que el aspecto social muestra la naturaleza intervencionista del Estado, advirtiendo que no todo intervencionismo estatal es negativo, pues puede tratarse de un intervencionismo puesto al servicio del todo social y que sirva para el crecimiento y progreso de cada ciudadano. Se trata pues de crear “condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo” (Mir, 1994, p,33) lo que incide de manera directa en la realización de los principios de la Democracia Constitucional antes referida.

Existe una relación directamente proporcional entre la expresión social del Estado y la naturaleza de las medidas político-criminales, de forma que mientras más se encargue el Estado de desarrollar su papel social menos trascendentales y agresivas serán para los ciudadanos las medidas político-criminales que tienen que adoptarse, y entre las que se cuenta el propio Derecho Penal. Asumir esta tarea reduce considerablemente la brecha que existe entre el hombre en su condición natural y el hombre en su condición social cuyas necesidades básicas están cubiertas. De manera que la relación entre Política Criminal y Estado social atiende no directamente al fenómeno criminal como expresión del desbalance social sino a los factores que debe atender el Estado a fin de controlar que el fenómeno criminal aparezca, son estos factores sociales los que en última instancia se convierten en instrumentos de prevención, tales como programas educativos, de empleo, de participación solidaria, de integración comunitaria, de incentivos y creatividad social, y de seguridad social, entre otros.

Se entiende entonces que la Política Criminal son medidas y estrategias racionales y coherentes de una parte con el fenómeno criminal teniendo en cuenta la naturaleza que le es propia y por otra parte con los fines y valores que caracterizan al Estado, sirviendo éstos de referentes conceptuales y al mismo tiempo prácticos en lo que al respeto de los derechos fundamentales se refiere. De allí que la legitimidad de una medida político criminal pasa por la consideración de estos principios y por el respeto de los valores que propugna ese Estado. Refiriendo tales nociones a la cuestión de la situación de necesidad penal se tiene que en aras de materializar los valores del Estado venezolano, es menester tener como referencia social y teórica el problema de la circunstancialidad social en la que viven muchas personas que se ven obligadas a apelar a cualquier medio para sobrevivir.

Esto plantea una serie de supuestos que no son fáciles de resolver, y para los que quizá el Derecho Penal no tenga una respuesta clara y eficiente, sin embargo,

esta ausencia de respuesta no puede seguirse manejando como si esta realidad no existiera. No existirá una respuesta idónea mientras no se tengan en cuenta principios antes que normas, sujetos reales antes que legalismos, realidades y contenidos sociales antes que conceptos jurídicos rígidos. Hasta ahora la respuesta ha sido la imposición de sanciones penales, más no se puede seguir convalidando esta actuación del Estado cuando la falta de claridad respecto a su responsabilidad violenta abierta y flagrantemente el Estado de Derecho y desconoce los Derechos fundamentales en cuya realización y consolidación ese Estado debe trabajar.

Referencias Bibliográficas.

Alcácer R (2003) **Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política.** Univ.Externado de Colombia. Bogotá

Baratta, A (1994) **Criminología y sistema penal.** Ed. B de F. Buenos Aires.

Beck, U (2008) **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz.** Ed. Paidós. Barcelona. España.

Bolaños, M. (2006) **Política Criminal, técnica legislativa y reforma del Código Penal Venezolano.** En Revista Cenipec. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela

Cariboni, D (2007) en Marie-Christine Lacoste. **Red de Investigadores sobre y de América Latina.** Toulouse.

Carranza, J (2001) **La inculpabilidad y la Inimputabilidad social en el nuevo Código Penal.** Ed. Leyer. Bogotá.

Código Penal Venezolano (2005) Gaceta Oficial N° 5768

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999.) Gaceta Oficial. N° 5453.

Duff, A (2001) **Punishment, communications and community.** Oxford University Press. Oxford.

_____ (2003-2004) **“I might be guilty, but you can’t try me: estoppel and other bars to trial”** Ohio State Journal of Criminal Law. (1). Ohio.

- _____ (2004-2005) **Criminal Responsibility**. Ohio State Journal of Criminal Law. (2) Ohio.
- España, L. (2004) **Detrás de la pobreza. Percepciones, creencias y apreciaciones**. Caracas. En www.pobreza.org.ve
- Fernández, J (2002) **Derecho Penal Liberal de hoy**. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá
- Ferrajoli, L (1997) **Derecho y Razón**. Ed. Trotta. Madrid.
- _____ (1999) **Derechos y Garantías. La ley del más débil**. Ed. Trotta. Madrid.
- _____ (2008) **Democracia y Garantismo**. Ed. Trotta. Madrid
- Guiddens, A (1999) **Modernidad y Autoidentidad**, en Las consecuencias perversas de la modernidad. Ed. Anthropos. Madrid.
- Hobbes, T (1999) **Leviatán. La materia, forma y poder del Estado eclesiástico**. Ed. Alianza. Madrid
- Jescheck , H (1981) **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Ed. Bosch. Barcelona. España.
- Jimenez, L (1964) **Tratado de Derecho Penal. TV**. Ed. Losada. Bs Aires.
- Marhsall, S y Duff, A (1998) **Criminalization and sharing wrongs**. Can J. L. and Jurisprudence.
- Mezger, E (1955) **Tratado de Derecho Penal**. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Mir, S (1994) **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Ariel. Barcelona. España.
- _____ (2004) **Valoraciones, normas y antijuridicidad penal**. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [Http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc)
- Muñoz, F (2000) En Roxin, C **Política criminal y estructura del delito**. PPU. Barcelona. España
- Neuman, E (1997) **La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos**. en “De las penas”. Ed. Depalma. Bs Aires.
- Roxin, C (1992) **Política criminal y estructura del delito**. PPU. Barcelona. España

_____ (2000) **Política Criminal y sistema del Derecho Penal.** Hammurabí. Bs Aires.

_____ (2000a) **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal.** Ed. Ariel. Barcelona. España.

Sen, A (2002) **El Derecho a no tener hambre.** Ed. Univ. Externado de Colombia. Bogotá.

Silva, J (2000) **Política Criminal y Persona.** Ed. Ad Hoc. Bs Aires.

Von Liszt, F (s/f) **Tratado de Derecho Penal.** Instituto Editorial Reus. Madrid.

Zaffaroni, E (2005) **Proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad.** En: El proceso penal. El sistema penal y Derechos humanos. Ed. Porrúa. Bs Aires.

Zipf, H (1979) **Introducción a la Política Criminal.** Revista de Derecho Privado. Madrid.

Zúñiga, L (2001) **Política Criminal.** Ed. Colex. Madrid.