

Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?

Principle of minimum intervention, ¿rhetoric or reality?

Ángel Augusto Monroy Rodríguez*

Resumen

El principio de intervención mínima postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, ello supone que el poder sancionador no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios que sean efectivos para la protección de los principios y normas que rigen la convivencia social, es decir, que el derecho penal debe tener un carácter de ultima ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos.

Este trabajo busca determinar el concepto y elementos del principio, desarrollando además el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal y con fundamento en nuestra Carta Política remitirse al Código Penal para poder establecer de esta manera si las conductas allí tipificadas cumplen con los elementos de este principio.

Palabras clave

principio de intervención mínima, derecho penal, ultima ratio, bienes jurídicos protegidos, poder sancionatorio estatal.

* Universidad Popular del Cesar.

Abstract

The principle of minimum intervention posits the need to restrict the maximum involvement of the penal law, which means that the sanctioning power should not act when there is the possibility of using other means that are effective for the protection of the principles and rules governing the social life, i.e. that criminal law must have a character of ultima ratio by the State for the protection of legal rights.

This work aims to determine the concept and elements of the principle, also developing subsidiary fragmentary and penal law and based on our Constitution referred to the Penal Law in order to determine in this way if the criminalized behaviors comply with the elements of this principle.

Key words

principle of minimum intervention, penal law, ultima ratio, legally protected interests, state sanction.

“Las leyes criminales en el fondo, más bien que una especie particular de leyes son la sanción de todas las leyes”.
(Rousseau)

Introducción

Aunque soy un pàrvulo en el estudio del derecho penal, y por consiguiente de los derechos humanos y del derecho constitucional, hoy escribo estas líneas porque me agobia la necesidad de unirme al grito que reclama la correspondencia entre la realidad legal colombiana y la teoría de los principios del derecho penal, concretamente en lo referente al principio de mínima Intervención como límite al poder sancionatorio del Estado, haciendo la salvedad que frente a los otros principios también existen inconsistencias, pero que para efectos de la brevedad del presente trabajo únicamente me referiré a este y sus conexos.

Se buscará entonces determinar el concepto y elementos del principio, y luego, desde la perspectiva del ordenamiento superior, desarrollar el fundamento constitucional del principio penal de mínima intervención, para ulteriormente, remitirlo al Código Penal y establecer si las conductas allí tipificadas son afines con los elementos de dicho principio, y, de esa manera, hacerle ver al legislador que la comunidad académica es celosa vigilante de sus quehaceres.

1. Conceptualización

El concepto mismo del principio penal de mínima intervención, también conocido como el principio de *ultima ratio*, es ahora pacífico dentro de la doctrina¹ y la jurisprudencia². Por lo tanto, y con fundamentos en aquellos, intentaremos la definición de la siguiente manera:

¹ Ver, entre otros muchos, a Polaino (2000, p. 553 y ss); García (1990, p. 57 y ss.), ambos citados por el profesor Márquez(2003, p. 158 y ss); así como también Fernández (1981, p. 159).

² Ver, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional: C-356 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería y C 804 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; así como también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2005, proceso 18609, M.P. Herman Galán Castellanos. En las primeras de las citadas se encuentra la definición dada por la Honorable Corte, indicando además los requisitos que debe tener el legislador para poder criminalizar una conducta. En la última, la Corte Suprema, citando a Martos Núñez (1991), y Mir Puig, Santiago quienes relacionan igualmente las características del principio estudiado.

El principio de intervención mínima es un límite al *iuspuniendi* estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, religiosas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, siempre en bien de la seguridad jurídica, la libertad y las paz; todo ello por ser el derecho penal una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad.

Así las cosas, son varias las características del principio estudiado, a saber:

Fragmentariedad: consiste en la obligación del Estado, como mandatario de la soberanía popular, de delimitar su campo de acción a conductas que lesionen bienes jurídicos, cuya penalización resulte necesaria para la conservación de un orden justo y en paz para todos los conciudadanos.

Subsidiariedad: se entiende por tal la característica que tiene el derecho penal, en cuanto sólo es posible que éste intervenga en la libertad de actuar que tienen los coasociados del Estado, cuando se han agotado todos los mecanismos aptos e idóneos para conjurar la lesividad que se produce con una conducta a determinado bien jurídico. Por lo tanto, no es legítimo que se utilice el derecho penal en primera instancia, pues siempre el legislador debe auscultar sobre la aplicación de los demás mecanismos disuasorios de la conducta por reprimir.

Proporcionalidad: es proporcional por cuanto debe existir una consonancia entre el bien jurídico por proteger y la suspensión impuesta al derecho fundamental de la libertad, así como la limitación o condicionamiento al goce de otros derechos fundamentales. En todo caso, la medida adoptada por intermedio del derecho penal debe ser la menos gravosa posible.

Es importante advertir que para unos autores como Prittwitz (citado por Valldecabre, 1996), lo que aquí he llamado características de subsidiariedad y fragmentariedad mantienen sustanciales diferencias. Para el autor, la primera característica consiste en la penalización de pocos fragmentos seleccionados de manera sistemática; mientras que la segunda, se trata de una norma de doble carácter, uno positivo que obliga actuar frente a lo necesario y uno negativo que proscribire intervenir cuando no sea imperioso. Sin embargo, la doctrina mayoritaria española³ lo entiende como aquí se ha expuesto.

³ Entre ellos Francisco Muñoz Conde, Rodríguez Mourullo, Jesús María Silva Sánchez, Cobo del Rosal, Mir Puig y otros (citados por Valldecabre, 1996).

2. Fundamento constitucional

La Constitución Política dispone, desde su preámbulo, que la teleología de la misma está encaminada a garantizar a los colombianos la justicia y la paz; y, en su artículo primero, nos informa que su fundamento está en el respeto de la dignidad humana; ya en el artículo 29 superior se dispone que nadie será juzgado sino conforme a leyes preexistentes, esto en alguna medida podría entenderse únicamente con referencia a la tipicidad, sin embargo se explicará por qué también aplica para el principio estudiado; finalmente, en el artículo 150, numeral 2 se establece la facultad del Congreso para expedir códigos en todas las ramas. De manera que el Estado está facultado por los coasociados para dictar normas que regulen la vida en relación, siempre respetando los principios de dignidad humana y buscando la consecución de la paz y la justicia.

Dentro de este acápite también es ineludible remitirse a los tratados de carácter supranacional que ha suscrito Colombia en materia de derechos humanos, y que en virtud del bloque de constitucionalidad tienen aplicación preeminente ante la legislación nacional (Constitución Política, art. 93). Entre ellos encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 2.2 reza “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que **fueren necesarias** para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que **no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter**”(negrilla fuera de texto). De igual forma, el artículo 4 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, **sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática**” (negrilla fuera de texto).

Como se observa, son varias las normas de carácter constitucional las que informan sobre la obligación estatal de efectuar la menor intervención posible en el desarrollo de la sociedad mediante las normas en general, y con mayor razón, con normas penales. Son claros los mandatos supranacionales al advertir que no es cualquier campo y de cualquier forma que el Estado puede reprimir determinados derechos, pues ello sólo es posible en la *medida que sea compatible con la naturaleza* de los mismos.

3. Realidad normativa actual

La Ley 599 de 2000, con sus ya conocidas modificaciones, contiene 476 artículos, de los cuales 376 corresponden al libro segundo o parte especial del código, a su vez allí se encuentran tipificadas 325 conductas en diferentes modalidades y clases, indicando de esta manera, como bien lo afirma el profesor Alejandro David Aponte (2006), la existencia de una *hiperinflación legislativa incontrolada*, teniendo además como permanentes normas que fueron creadas ad hoc, pero que en realidad no buscaban proteger ningún bien jurídico en concreto, cual es el caso del *enriquecimiento ilícito de particulares*, delito que nace sin un bien jurídico concreto para proteger, pero que en razón de su larga existencia en las legislaciones de emergencia, es incluido como norma permanente en el código.

Pues bien, de ese armatoste normativo, encontramos conductas que, realmente, a la luz del principio que estamos estudiando, no deben estar allí. Hallamos, por ejemplo, el *homicidio por piedad*, artículo 106, donde una persona que termina con la existencia de otra para de esa manera buscar la protección de una muerte digna y a su vez la dignidad de la persona que sufre una grave enfermedad en un estado grave o terminal, es penado con prisión desde 16 a 154 meses; de igual forma encontramos el inciso segundo del artículo 107, que predica que “cuando la inducción o ayuda –al suicidio– esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses”. ¿Será necesario que el Estado castigue a una persona que actúa, tal vez, con el único fin de terminar con una vida en condiciones indignas, donde la misma persona solicita la ayuda, y que en mucho de los casos, estoy seguro, esa persona que quiere morir es un abandonado del Estado, la sociedad y la familia? Son cuestionamientos que debe hacerse el legislador al momento de votar a pupitrazo las leyes penales.

Pero siguiendo el recorrido por la parte especial, encontramos delitos como el tipificado en el artículo 128: “Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas”. Ya vimos como la Corte Constitucional (Sentencia C 355, 2006) ha declarado exequible condicionalmente el delito de aborto, en el entendido que el mismo sea de una conducta como la del 128 que haya sido denunciada. No obstante, la mujer que decida terminar la gestación del *naciturus*, y de esa forma dejar que nazca, pero que por razones sentimentales o de otro índole no quiere criar esa criatura, razones que deben ser tenidas en cuenta por lo traumático que son esos acontecimientos y la falta de apoyo del Estado para las víctimas en general, esa mujer sí es castigada. Vemos igualmente conductas meramente contractuales, como lo es la inasistencia alimentaria, para lo cual se dispone de otros medios judiciales a fin de hacer valer los derechos del menor, contrariando de esa manera los tratados

internacionales arriba señalados⁴. Finalmente, y para no cansar al lector, referenciamos una perla de la arbitrariedad legislativa, el artículo 257, que desarrolla “La prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones”, donde fácilmente cualquier vendedor de minutos puede ser judicializado, actividad que se multiplica y que de paso le sirve al gobierno para justificar las cifras de disminución del desempleo, pues ellos cuentan como microempresarios para tal fin, pero como delincuentes para la ley penal.

Con todo, y advirtiendo que son muchos más los delitos que no deberían existir, vemos como en Colombia el legislador ha sido irrespetuoso con los tratados internacionales, la Constitución misma y los principios universales del derecho penal, en concreto, con el principio de mínima intervención.

Llamo a la comunidad jurídica y académica, para que juntos, con base en nuestro deber social, instemos al legislativo para que haga buen uso de las facultades penalizadoras que el pueblo le ha confiado y que los principios que informan el derecho penal no sean más que simples referentes teóricos e históricos para nuestro estudio del derecho.

Lista de Referencias

- Aponte, A. (2006). *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*. Bogotá: Ibáñez.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C 355*. M.P. Dra. Clara Inés Vargas y Dr. Jaime Araujo Rentería.
- Fernández, L. (1981). *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*.
- Márquez, R. (2003). *Teoría de la antijuridicidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de Estudios Jurídicos.
- Polaino, M. (2000). *Derecho Penal. Parte General, t. II. Vol. I. Teoría jurídica del delito*. Barcelona: Bosch.
- Valldecabre, M. I. (1996). *Derecho Penal*. Valencia, España: Universidad de Valencia.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.