

Primera parte LA ESENCIA GARANTISTA DEL DERECHO PENAL

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho penal está teniendo un papel protagónico en los Estados contemporáneos. Cada vez es más intensa la tendencia de acudir a él para la resolución de conflictos sociales. Esta situación se refleja en un notorio incremento de las conductas tipificadas como delitos y de las penas, aunado a la flexibilidad de las disposiciones dogmáticas bajo la justificación de *erradicar la impunidad*. Mientras eso sucede, la fachada del *Estado de Derecho* se pregona como un elemento latente en los discursos de los operadores políticos del sistema penal. Además, se habla mucho de la consolidación de los *Estados democráticos*, y no tan fácilmente se pone en tela de juicio la preponderancia de los Derechos Fundamentales.

No obstante, si hiciéramos una evaluación de los ordenamientos jurídico penales en los Estados que se ostentan como democráticos, desde una perspectiva estrictamente académica, difícilmente se derivarían resultados favorables. En este ámbito, la democracia no se mide por el principio de mayorías sino por su racionalidad; su consistencia y concordancia con principios elementales que le dan sustento y legitimidad. Decir Estado de Derecho, más que un recurso retórico, es una expresión de un elevado contenido y definición conceptual, que en la primera mitad del siglo XIX Robert von Mohl comenzó a utilizar para referirse a los requerimientos y exigencias correspondientes al Estado liberal democrático.² Aunado a ello, en la construcción del discurso jurídico penal hay que añadir las repercusiones

² Vid. DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1a edición, Taurus, Madrid, 1988, pp. 17 y 18. Enfatiza que no todo Estado es Estado de Derecho, no obstante que se tenga un orden jurídico y un sistema de legalidad, sino que las ideas de control jurídico, la regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado como sometimiento a la ley, deben aparecer como aspectos centrales en el concepto del Estado de Derecho, en relación con el respeto al hombre y a los derechos fundamentales.

derivadas de la transformación de Estado democrático a social y democrático de Derecho.

Ante este estado de cosas, en las líneas siguientes trataremos de dar un breve bosquejo de los lineamientos bajo los cuales debe sustentarse el Derecho penal en un Estado de conformación democrática y proyección social. Reiteramos, no hay planteamientos novedosos, a lo sumo, un esfuerzo sintético por compendiar algunas de las ideas representativas sobre este tema.

II. PUNTO DE PARTIDA: LA PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ubicados en un Estado social y democrático de Derecho, toda estructura jurídico-política debe tener como sustento y finalidad el aseguramiento de los derechos fundamentales. Resulta intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, están por encima de todo programa social.³

La seguridad jurídica, a partir del equilibrio y distribución del poder entre órganos que funcionen de manera compensada y autónoma tiene su sustento en el pensamiento de Montesquieu y de Rousseau. El origen de la sociedad se encuentra en un contrato social basado en la idea de que la soberanía es distribuida de manera alícuota, por partes iguales entre todos los ciudadanos y la expresión de las decisiones asumidas por esa colectividad, se manifiestan a través de la ley que expresa la idea de voluntad general.⁴

³ Vid. POLITOF, Sergio: "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho", en: *Nuevo Foro Penal*, Temis, n.º 45, Bogotá, 1989, p. 322.

⁴ Vid. MORALES AVILÉS, Gregorio: "Derecho internacional y derechos humanos hacia la internacionalización del derecho del individuo frente al Estado", en (VV. AA.): *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 1997, pp. 570 y 571.

De esta manera, la idea de que la ley es la expresión de la voluntad general de los ciudadanos, otorga al órgano legislativo el *status* de poder soberano capaz de modificar, en todo momento, cualesquier normas, incluso las fundamentales. Esta concepción se manifestó en el desarrollo histórico del parlamentarismo europeo y la fundamentación de los Derechos del Hombre, a tenor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. En ella, se puntualiza que una sociedad en donde no estén reconocidos los derechos del hombre y establecida la división de poderes, carece de Constitución.

En ese sentido, el Estado democrático debe asumir como criterio político-criminal básico, la garantización de dichos derechos a partir del marco ideológico propugnador de un modelo social personalista.⁵ Ahora bien, en la medida en que los tratados internacionales pasen a formar parte de la estructura jurídica interna de los Estados en igual rango que las constituciones, se propicia el desarrollo del Derecho internacional del individuo frente al Estado. Consecuentemente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, pasa a constituir la norma fundamental suprema de la comunidad de los Estados y del Derecho positivo actual de éstos.⁶

II.1. El derecho penal constitucional

Las garantías estipuladas en la Constitución deben sistematizarse a la luz de los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos e instrumentos análogos de manera armónica e integral. Coincidimos con Martín Retortillo y De Otto, en que la Constitución no clasifica los derechos, los regula e impone. Después, a los juristas les corresponde hacer la labor doctrinal; buscar soluciones; encontrar sentidos, por ende,

⁵ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Derechos humanos y Derecho penal", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XI, 1988.

⁶ Vid. MORALES AVILÉS, Gregorio: "Derecho internacional y...", *op. cit.*, p. 572.

resolver dificultades, pero sin lamentarse de la mejor o peor técnica utilizada pues es sólo el punto de partida.⁷

Ahora bien, la vinculación del legislador con los derechos fundamentales, se hace mediante dos vías: una negativa, en cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada. La otra vía es en sentido positivo, como *mandato* para lograr que esos derechos desplieguen plenamente su eficacia.⁸

Por otra parte, el Estado, al diseñar los mandatos y prohibiciones, así como la conminación de sanciones penales, está condicionado por un presupuesto político derivado de la constitución respectiva; ella impone una vinculación normativa bajo la cual debe partir el legislador ordinario.⁹ Dicha vinculación también se manifiesta de dos maneras: En sentido positivo, en cuanto a la exigencia de que sean promulgadas las leyes que la propia Constitución requiere para su desarrollo.¹⁰ En sentido negativo, en virtud de la posibilidad de que el Poder Judicial declare nula toda ley que contravenga la Constitución.

El poder del Estado se materializa mediante las normas y decisiones jurídicas y tanto el legislador que las crea, como el juzgador que las aplica, deben estar vinculados por los principios y sustentos constitucionales. De esa

⁷ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO y Pardo, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 66.

⁸ Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4.

⁹ Vid. PÉREZ ROYO, Javier: "El derecho constitucional en la formación del jurista", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, 1996, pp. 54 y ss., en el sentido de que para el Derecho constitucional, el individuo es simplemente ciudadano, el titular de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Es el Derecho constitucional, el único Derecho en el que el principio de igualdad tiene vigencia de forma pura, sin ninguna matización. En cambio, en todos los demás derechos, los individuos son iguales en cuanto ciudadanos, pero diferentes en todo lo demás.

¹⁰ Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José María: "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y constitución" en: *Papers*, n.º 13, 1980, p. 146.

manera, el jurista también está relacionado con la norma fundamental, en la medida que interviene como operador entre el ámbito legislativo y judicial. Debe desempeñar una función de mediación entre constitución y ley penal; y entre ambas y su aplicación al caso. En esa medida, los principios rectores del sistema penal, no deben orientarse sólo como límites del *ius puniendi*, sino también como principios constituyentes del derecho a castigar. En ese sentido, el Derecho penal debe ser considerado como *Derecho penal constitucional*.¹¹

Esta categorización nos conduce a la necesidad de conceptualizar el *programa penal de la Constitución*. A éste, lo podemos definir como el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para

interpretar las leyes que le corresponda aplicar.¹² En este sentido, debe existir congruencia entre el ordenamiento jurídico-penal y las reglas cons-

¹¹ Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n.º 1, 1989, pp. 100 y 101, en el sentido de que a partir de la constitución, se deben elaborar las conexiones técnicas y valorativas con el sistema penal; el deber ser y el concepto del método del Derecho penal, el concepto de delito, el sentido de la dogmática, etc.

¹² ESCRIVÁ GREGORI ("Algunas consideraciones...", *op. cit.*, pp. 147-149) cataloga en tres grupos las funciones que pueden extraerse de la constitución en el ámbito penal:

- a) Las que tienen una incidencia directa en la práctica, en los supuestos concretos que se presentan en los tribunales;
- b) La función de orientación político-penal. Es decir, la política que realiza el Estado a través de las penas, que no es lo mismo que la *política criminal*, ésta tiene un sentido más amplio. En todo caso, constituiría una parcela de ésta; y
- c) De las dos anteriores, se deriva una función doctrinal, que a su vez tiene repercusiones en la praxis, en la medida en que, a partir de la constitución se puede elaborar posturas doctrinales en relación con la interpretación de la ley, la teoría del delito, la teoría de la pena, etc.

Por su parte, Francesco Palazzo ("Estado constitucional de derecho y derecho constitucional", en: *Revista Penal*, n.º 2, Praxis, Barcelona, 1988, p. 49) plantea que la tendencia de las transformaciones verificadas durante este siglo, en la historia constitucional de los principales Estados Europeos y extraeuropeos, en el paso del *Estado de derecho* al *Estado constitucional de derecho*, se expresa una selección de valores fundamentales que

titucionales que se vinculan con el delito y las penas y medidas de seguridad.¹³

III. LA RAZÓN DE SER DEL DERECHO PENAL

Para establecer un marco de referencia acorde al modelo constitucional que hemos referido, debemos comenzar por precisar la misión que le corresponde al Derecho penal en ese contexto; averiguar para qué sirve y qué podemos esperar de él. Esta referencia nos ayudará a orientar su contenido y no desvirtuar su papel.

En esencia, podemos decir que el Derecho penal es un medio de control social;¹⁴ entendido éste como el conjunto de instrumentos, instituciones, estrategias y sanciones sociales tendientes a promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias.¹⁵ En este

se imponen al legislador estatal y en lo general, al poder público como criterios *materiales* de legitimidad de su acción.

Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 34. Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamentos...", *op. cit.*, pp. 101 y 102. Enfatizan que el *programa*, comprende un conjunto de postulados político criminales genéricos y no soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo.

¹³ Vid. TIEDEMANN, Claus: "Constitución y Derecho penal", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.º 33, septiembre-diciembre de 1991, p. 169. Precisa que aunque no exista una teoría jurídico-constitucional del delito como consecuencia de las diferencias valorativas y finalísticas entre la constitución y el Derecho penal. Hay motivos para asumir que particularmente la teoría del tipo penal sigue una orientación a la valoración e influencia jurídico-constitucional.

¹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 46. Al referirse a la meta preventiva del Derecho penal, en relación con la motivación integradora del consenso a través de la configuración y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social.

¹⁵ Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola: *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de liberación*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1981, pp. 27 y 28. También: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 67.

sentido, el Derecho penal constituye uno de esos instrumentos empleados por el Estado para mantener el orden.¹⁶ A su vez, el mantenimiento del orden en razón de la intervención estatal varía en cada contexto social, dependiendo de las interacciones de poder entre sus miembros. Así, en los Estados totalitarios prevalece la imposición de los intereses de un grupo determinado. En cambio, en los Estados democráticos el ordenamiento jurídico debe cubrir expectativas de todos los componentes sociales.¹⁷

¹⁶ Cfr. BERGALLI, Roberto: *Control social punitivo*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 2-5. Elabora una crítica a la determinación de los penalistas que ubican a un sector del ordenamiento como uno de los medios de control social existente en las sociedades actuales. Plantea que lo hacen desde un punto de vista interno que dirige al Derecho penal por medio de la dogmática, sin explicar sus orígenes o justificaciones de utilización que tengan un sustento en las ciencias sociales y la política. Y así, aborda esos dos ámbitos aludiendo al papel que el Derecho ha desempeñado en la configuración de una teoría del control social en el ámbito cultural concebido desde Edward A. Ross en 1902, a partir de un sentido de darwinismo social, pasando por el análisis y de lo que él hiciera diferentes tendencias de la llamada Escuela de Chicago, donde el control social fue un concepto distinto de la idea que se ha expresado por el Derecho estatal y si vinculado al valor que Mead y Dewey le adjudicaron a la comunicación social y a la opinión pública como elementos para la construcción democrática de la sociedad, hasta la llegada del *New Deal*. De esa manera, se impuso el *legal realism* por razón de la necesidad de tener que adecuar las leyes y jurisprudencia a las nuevas situaciones. Después, en el período de *Welfare* se impuso el estructural-funcionalismo que otorga al Derecho un lugar destacado entre los mecanismos de control social de la desviación, enmarcándose un nuevo campo disciplinario conocido como *sociología de la desviación* y hoy sustituido por una *sociología de la censura social*. Es así como Bergalli llega a determinar que en la cultura jurídica continental, jamás se había hablado del control social, sino por el contrario, la referencia sobre el Derecho como instrumento de organización social ha estado ligada a la tradición politológica y a ese ámbito se apega la idea del Derecho estatal de la modernidad y de la producción de normas jurídicas. Y es esa tradición de ciencia política como una teoría del control social la que ha preponderado en la cultura jurídica occidental. De esta manera, frente al control social de la propia sociedad orientada al análisis de la organización social y el desarrollo de la sociedad industrial que supuso procesos para producir conformidad por medio de la socialización y la represión, se eleva la idea de un control social centralizado en y por el Estado. Es importante la precisión que hace Bergalli, como marco de referencia histórica y conceptual, pero a nuestro parecer no obsta con la orientación político-criminal que los penalistas plantean.

¹⁷ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El contenido del tipo de injusto", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 11 y 12.

En las sociedades actuales el Derecho penal constituye un medio de control social más de los que dispone el Estado, como también lo son la familia, la escuela, la profesión, etc., con la diferencia de que éstos se distinguen por su carácter informal. En cambio, el Derecho penal es un medio de control jurídico altamente formalizado,¹⁸ pero no es el único. Su misión es evitar aquellos comportamientos que constituyen una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social.¹⁹ Pero también tiene una finalidad garantista: la estricta racionalidad y limitación de su propio actuar, adoptando como punto de referencia principal al individuo.

En un Estado democrático de Derecho, estos aspectos deben estar presentes para propiciar el equilibrio deseable entre eficacia y garantía.²⁰ Bajo esta orientación, para mantener el orden social evitando los comportamientos que a ella afectan, el Derecho penal tiene una función trascendental irrenunciable: la tutela de bienes jurídicos.²¹

IV. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

Una característica fundamental del Derecho penal es que para cumplir sus fines emplea penas y medidas de seguridad. Tiene a su disposición esos

¹⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 5.

¹⁹ Vid. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español, parte general (t. I)*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 15 y 16. En ese sentido, también: KAUFMANN, Armin: "La misión del Derecho penal", en: *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, trad.: Santiago Mir Puig, 1980, p. 10. Enfatiza que desde hace unos cien años ya no se discute seriamente en la ciencia penal el principio según el cual la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos.

²⁰ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., p. 5.

²¹ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Función de la norma penal y reforma del Derecho penal", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 4, 1973, p. 398. Aclara que fin y función no tienen el mismo significado, aunque ambos conceptos tienen una aproximación importante. Que esto es así, porque cuando se pregunta por la *función de la norma penal*, se plantea al mismo tiempo la cuestión de *¿para qué sirve el Derecho penal?*

medios para evitar comportamientos que considera especialmente peligrosos. En cambio, los otros medios de control social emplean instrumentos menos drásticos. Por esa razón, el Derecho penal es susceptible de entenderse en dos sentidos: objetivo y subjetivo. El sentido objetivo, comprende el conjunto de normas penales regulan al delito como supuesto y a las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. El sentido subjetivo, comprende el Derecho que de manera exclusiva le corresponde al Estado para crear y aplicar el Derecho penal objetivo; también se le identifica como *ius puniendi*.²²

V. LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

La potestad estatal para establecer e imponer penas y medidas de seguridad tiene una relevancia primordial y delicada, pues se encuentran involucrados intereses de extremo valor para el individuo. Por ello, en un Estado democrático de Derecho esta potestad debe estar limitada.²³ No es suficiente proteger al individuo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal mismo, enfatiza Roxin.²⁴ El ordenamiento jurídico, por una parte, ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención y tratamiento del delito, y por otra, imponer límites al empleo de la potestad punitiva para evitar que el individuo quede desprotegido y a la merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado.

²² Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., pp. 7-11.

²³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, (t. I), Lozada, Buenos Aires, 1964, p. 72. Puntualiza que el Estado, en el ejercicio del poder castigar tiene que limitarse asimismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación.

²⁴ Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, trad.: de la 2.a edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Cívitas, 1997, p. 137.

V.1. Límites al *ius puniendi* derivados del principio de legalidad

Los límites al *ius puniendi* los encontramos sintetizados en el principio de legalidad. Este desiderátum constituye una exigencia del Estado de Derecho. Se le identifica bajo la expresión *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y su formulación latina se le atribuye a Feuerbach.²⁵ Surge como garantía política en la época de la Ilustración, y fue formulado por Beccaria con ese sustento. Emanó como reacción frente a intervenciones arbitrarias de los poderes públicos y adquirió mayor énfasis a partir de la expresión de la filosofía política rousseauiana.²⁶

Esta concepción del principio de legalidad –emanada de la teoría ilustrada–²⁷ se sustentó en el contrato social que estipulaba una organización política basada en la división de poderes, donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Se presupone un pacto (contrato social) mediante el cual se asegura la participación del ciudadano y el control de la vida política de la comunidad. Esa participación se actualiza a través del poder legislativo como representante del pueblo y sólo de dicho poder puede emanar la ley como expresión de voluntad popular.²⁸ De esta manera, el principio de legalidad se traduce en una exigencia de seguridad

²⁵ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 75.

²⁶ Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José María: "Algunas consideraciones...", *op. cit.*, p. 153. También: MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 58. Advierte que su origen hay que ubicarlo –con las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea–, en ese momento histórico, que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado.

²⁷ Comienza por aparecer en 1776 en las Constituciones Americanas; en 1787, en el Código Penal Austriaco de José II; en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y poco después en el Derecho territorial Prusiano en 1794. Vid. ROXIN, Claus: *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad., introducción y notas de: Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982, p. 99.

²⁸ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: "Reforma política y Derecho penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 1-9, 1997, p. 77. Refiere que a partir de la idea del hombre como ser dotado de razón y llamado por ende, a construir su propio destino, se impone por una parte, una configuración del Estado –en el que el pueblo también legisla–, y por otra,

jurídica y en una garantía política, en virtud de que el Estado no puede someter al ciudadano a penas que no hayan sido admitidas previamente por el pueblo.²⁹

V.1.1. Garantías derivadas del principio de legalidad

En la medida que los ordenamientos penales se apeguen a los límites que el principio de legalidad impone, podremos estar en presencia de un Derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales. Sin embargo, su proyección lleva consigo el establecimiento de diversas medidas.³⁰ No es suficiente pregonar el principio de legalidad sin asumir esas garantías, pues incluso las dictaduras también lo han incorporado –aunque a regañadientes–, como lo refiere Roxin.³¹ Estas medidas las encontramos reflejadas en diferentes principios. El punto de partida lo constituye el principio de legalidad sustentado a partir de la expresión *Nullum crimen nulla poena sine lege*. De ahí se derivan las siguientes garantías:³²

- A) *Garantía criminal*: Trae consigo la exigencia de que el comportamiento criminal se encuentre especificado por una ley.
- B) *Garantía penal*: Es necesario que en la ley se precise la pena correspondiente al delito específico regulado.

una serie de límites al poder legislativo. Ello implica un reconocimiento político a la autonomía del hombre.

²⁹ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 75 y 76.

³⁰ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Derechos humanos y Derecho penal", *op. cit.*, pp. 143-146. También, BARATTA, Alessandro: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, 1985. Plantea una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como respuesta a la cuestión referente a los requisitos mínimos de los derechos humanos en la ley penal.

³¹

Vid. ROXIN, Claus: *Iniciación al derecho penal de hoy, op. cit.*, p. 102.

³² Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 77.

- C) *Garantía jurisdiccional*: Para que una conducta sea determinada como delito y al sujeto se le pueda imponer una pena, debe haber una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional previamente establecido.
- D) *Garantía de ejecución*: El cumplimiento de las penas impuestas debe estar regulado en una ley y lo mismo se requiere para las medidas de seguridad. Además, el órgano responsable de la ejecución no debe ser el mismo órgano jurisdiccional que emitió la sentencia.

Ahora bien, las normas que se contienen en esas garantías deben reunir tres exigencias:³³

- a) *Lex previa*. Consiste en la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes que sanciona los delitos o agravan su sanción. El sujeto debe tener la posibilidad de saber los alcances de su comportamiento y en su caso, si éste constituye delito y la sanción correspondiente. Existe una excepción a este principio: Si con posterioridad a la realización del hecho, éste deja de ser constitutivo de delito, o hay una reducción de la pena, en ambos casos estamos en presencia de un beneficio para el reo. Consecuentemente, corresponde la aplicación retroactiva. Esta excepción tiene su sustento en la innecesaria sanción de un comportamiento que precisamente mediante el reconocimiento de la ley ha dejado de considerarse *nocivo* para la sociedad –al menos desde la perspectiva jurídico penal– o bien su desvalor ha reducido.
- b) *Lex scripta*. Se refiere a la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas. Es necesaria la presencia de una norma escrita que tenga el rango de ley derivada del poder legislativo, pues no pueden regular delitos otro tipo de ordenamientos emanados de órganos distintos.

³³ *Vid. Ibid.*, pp. 77-78.

- c) *Lex stricta* (prohibición de la analogía *in malam partem*). La aplicación del Derecho trae consigo la necesidad de su interpretación,³⁴ pero los alcances de ésta tiene límites: No puede derivar una aplicación de la ley por juicios analógicos que impliquen perjuicios al reo.

La interpretación implica un desentrañamiento del sentido de la ley, mientras que la analogía extiende su aplicación a hipótesis no comprendidas por aquélla; esa es precisamente la prohibición, a menos que implique un beneficio para el reo.

Esta exigencia se vincula con el *mandato de determinación*, cuya exigencia consiste en que la ley debe determinar de manera específica, la materia de prohibición y las penas correspondientes, lo cual se materializa particularmente en la teoría del delito, por medio de la exigencia de tipicidad del hecho y la determinación de la pena.³⁵ Lo mismo debe cubrirse en el ámbito de las medidas de seguridad, debe existir un delito previo que justifique la peligrosidad y el señalamiento de límites de su duración.

V.2. Límites al *ius puniendi* en un estado democrático

El Derecho penal democrático se encuentra inmerso por antonomasia en el contexto de un Estado liberal. En él, se tiene como exigencia el sometimiento del *ius puniendi* al respeto irrestricto del individuo, concebido éste como un ser dotado por una serie de derechos que garanticen su dignidad e igualdad. De esta concepción, se derivan los siguientes principios.

³⁴ Sobre los problemas de la interpretación del Derecho, *Vid.* GUASTINI, Ricardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.: Marina Gascón y Miguel Carbonell, tercera edición, Porrúa, México, 2001.

³⁵ *Vid.* ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 80. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Función de la norma penal y reforma..." *op. cit.*, p. 406. MOCCIA, Sergio: "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente", en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J. M. Silvia Sánchez (ed. Española), Coord.: B. Schüne-mann y Jorge de Figueredo Días, Bosch, 1995, p. 80

V.2.1. Principio de humanidad de las penas³⁶

Constituye uno de los principales elementos de la Ilustración. Uno de sus más destacados difundidores fue Beccaria (siglo XVIII). El primer cambio de paradigma derivado de este principio, es la supresión de la pena de muerte y la sustitución de las sanciones corporales por la pena privativa de libertad.³⁷ Después, la sustitución de ésta por otras menos lesivas, como por ejemplo, la multa o el trabajo en servicio de la comunidad.

V.2.2. Principio de culpabilidad

Este principio, en sentido amplio, constituye el conjunto de presupuestos que permiten *culpar* a alguien por el acto que motiva la pena. Bajo esta perspectiva, tales presupuestos afectan a todos los elementos del delito. En sentido estricto, la culpabilidad se limita sólo a una parte de las categorías del delito: A los presupuestos que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

En este ámbito se encuentra latente la dignidad humana y la seguridad jurídica: el individuo, debe tener la certeza de que si adapta su comportamiento al sentido de las normas no será castigado. En este sentido, a partir de la igualdad real, una persona que no es susceptible de motivarse por el contenido de las normas, no será merecedor de sanción.

A su vez, del principio de culpabilidad se derivan los siguientes:³⁸

³⁶ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 94 y 95.

³⁷ Vid. BARBERO SANTOS, Marino: "Pena capital y Estado democrático", en: (VV. AA.) *El poder penal del estado* (Homenaje a Hilde Kaufmann), Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 101-122.

³⁸ No obstante, en los últimos tiempos ha cobrado importancia un tema que tiene que ver con los alcances de este principio: la responsabilidad penal de las personas jurídico-colectivas. Sobre algunas referencias en torno a la implementación de este tratamiento en algunos países, Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación", en: *Delincuencia organizada (Aspectos pe-*

- a) *Principio de personalidad*. Implica la imposibilidad de castigar a alguien por un hecho ajeno.
- b) *Principio de responsabilidad por el hecho*. Se debe sancionar por los alcances del acto, no por la forma de ser de la persona.
- c) *El principio de dolo o culpa*. Contrariamente a un Derecho penal autoritario

—donde se castiga el mero resultado, independientemente de la orientación del comportamiento del autor— la sanción debe sustentarse en un comportamiento doloso o imprudente, con una pena distinta para cada supuesto. Si no concurre la configuración de ninguna de las dos modalidades no debe imponerse pena alguna, a pesar de la actualización de un resultado desafortunado.³⁹

- d) *Principio de imputación personal*. Para imponer una sanción, es necesario que el autor posea las características psíquicas necesarias que le permitan comprender la trascendencia de su acto. Cuando el sujeto no posea tal carácter, a lo mucho queda la posibilidad de la imposición de una medida de seguridad.⁴⁰

V.2.3. Principio de proporcionalidad

Se refiere a la exigencia de que la sanción aplicable al autor de un determinado comportamiento constitutivo de delito, tenga una equilibrada correspondencia con la gravedad de su conducta. Bajo este criterio se debe graduar la sanción en los códigos penales, tomando en cuenta el grado de afectación a los bienes jurídicos y el carácter nocivo del comportamiento

nales, procesales y criminológicos), Eds.: Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Barriello, Universidad de Huelva, 1999, p. 223 y ss.

³⁹ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 98.

⁴⁰ Aquí adquiere importancia la orientación que se le dé a la inimputabilidad. Al respecto, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1982, pp. 281-307.

en cuestión. Esta medida no sólo resulta aplicable a la parte especial de los códigos penales donde se establece la punibilidad correspondiente a los tipos, también se vincula con la parte general. Por ejemplo, no puede corresponder la misma pena, en relación con un mismo delito, cuando se culmina que cuando únicamente quede a nivel de tentativa; o bien, debe existir una respuesta penal diferenciada tomando en cuenta la categoría de autor o de partícipe.⁴¹

V.2.4. Principio de resocialización

En un contexto democrático el Estado debe evitar la marginación. Por ello, la pena debe eludir la separación total del individuo del contexto social, cuando se encuentre compurgando una pena privativa de libertad. Por el contrario, le corresponde propiciar una adecuada reincorporación del individuo a la sociedad una vez concluida su pena a fin de ampliar sus posibilidades de participación en la vida social.

Es importante darle su debido tratamiento a este principio. No implica una imposición del Estado al delincuente aun en contra de su propia dignidad. Debe haber una libre aceptación del interno. De no ser así, se convierte en una imposición irracional del Estado con el pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional. Sobre este aspecto es ilustrativa la referencia de Roxin, en el sentido de que el autor condenado debe tener la oportunidad de resocializarse, pero es él quien decide si quiere y en su caso, hasta dónde puede hacer uso de este derecho. En este sentido, resocializarse es ayuda para ayudarse a sí mismo.⁴²

⁴¹ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 99 y 100. Sobre la vulneración de este principio –y otros más– en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (mexicana), Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001, capítulo V, sobre todo pp. 350, 367-371.

⁴² Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito* (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 24.

V.3. Límites al *ius puniendi* en un estado social

La evolución de Estado democrático (liberal) a Estado social, implica cambios sustanciales no sólo en los ámbitos político y económico. Influye también en la concepción del Derecho penal. Veamos algunos principios derivados de esta transformación ideológica.

V.3.1. Principio de utilidad de la intervención del Derecho penal

Así como en otros ámbitos el Estado debe propiciar el mayor beneficio posible con el menor costo, lo mismo sucede en el contexto del ejercicio *ius puniendi*. El Derecho penal sustenta su legitimidad en la medida que justifique la necesidad de su intervención. Acudir de manera excesiva al Derecho penal, no precisamente garantiza la reducción del índice delictivo. Ya lo decía Beccaria:

Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico [...] Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas [...] Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. Aquella que baste a mover los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho.⁴³

⁴³ BECCARIA, (César Bonesano): *Tratado de los delitos y de las penas*, sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995, pp. 9-11.

V.3.2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal

No hay necesidad de acudir al Derecho penal cuando la protección de la sociedad puede obtenerse por otros medios menos rigurosos. Se trata de una exigencia elemental de economía social.⁴⁴ Su justa orientación muy bien la precisa Mir Puig: “El principio de la ‘máxima utilidad posible’ para las posibles víctimas debe combinarse con el de ‘mínimo sufrimiento necesario’ para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible”.⁴⁵

A tenor de este principio, se proyectan otras dos características:

- a) *Principio de subsidiariedad.* El Derecho penal ha de constituir la *última ratio*; la última posibilidad una vez que hayan fracasado otras instancias menos lesivas. El Estado dispone de otros medios institucionales para proteger los intereses de la sociedad. Si éstos son insuficientes ante determinados conflictos, tiene la opción de acudir a otras ramas del Derecho, cuyas consecuencias jurídicas son menos severas pero que al final de cuentas implican la presencia de la coacción estatal.⁴⁶ Si aún así, hay probada imposibilidad de controlar esos comportamientos intolerables para los intereses elementales de la colectividad, entonces no queda otro remedio que acudir al Derecho

⁴⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción...*, op. cit. p. 59. Puntualiza que los límites al poder punitivo estatal, se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de justicia misma. Y esos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.

⁴⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 89.

⁴⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción...*, op. cit., p. 60. En el sentido de que, la afirmación del carácter subsidiario del Derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas de Binding. Su punto de partida se encuentra en la distinción entre norma y ley penal. Así, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionadora de las acciones prohibidas por la norma.

penal. Por ello se dice que el Derecho penal es una rama subsidiaria, la *última ratio*.⁴⁷

- b) *Carácter fragmentario del Derecho penal*. El Derecho penal no debe intervenir ante la totalidad de las conductas que lesionan los intereses que protege. Sólo debe sancionar las afectaciones que impliquen mayor peligro para dichos intereses.

V.3.3. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Los intereses sociales que protege el Derecho constituyen los bienes jurídicos en su aspecto general. Pero específicamente, en el ámbito del Derecho penal, bienes jurídicos son aquellos intereses imprescindibles para el desarrollo del individuo en la esfera de su interacción en sociedad.⁴⁸

VI. OTRAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS LÍMITES DEL SISTEMA PUNITIVO ESTATAL

La referencia hecha en las líneas anteriores constituye sólo un breve bosquejo del tema. En la doctrina europea contemporánea, encontramos planteamientos de un amplio contenido y profundidad sobre el modelo

⁴⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 89.

⁴⁸ Vid. *Ibid.*, pp. 91 y 92. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 290. Vid. HASSEMER, Winfried: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en: *Doctrina Penal*, 1989, p. 277. También: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 92, 101-107. Vid. DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 12. Vid. MIR PUIG, Santiago: "El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 159-167. Vid. RUDOLPHI, Joachim: "Los diferentes conceptos del bien jurídico" en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, p. 329.

garantista limitador del sistema punitivo estatal. Al respecto, son representativas las aportaciones de Ferrajoli. Este autor italiano plantea que en un sistema garantista se deben asumir diez axiomas o principios axiológicos, a los que él llama “las reglas del juego fundamentales del Derecho penal”.⁴⁹

Ferrajoli se basa en los márgenes de un Derecho penal mínimo y un Derecho penal máximo. Al primero lo identifica con el *racionalismo jurídico* y al segundo con el *irracionalismo jurídico*. En un Derecho penal mínimo, con esas diez reglas del juego se propician las garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal. Bajo esa exigencia, no resulta admisible ninguna imposición de pena, sin que se produzca la comisión de un delito; su previsión por la ley como tal; la necesidad de su prohibición y punición; sus efectos lesivos para terceros; el carácter exterior o material de la acción criminal; la imputabilidad y la culpabilidad de su autor; y además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

En el contexto de un Derecho penal mínimo, siguiendo a Ferrajoli, no sólo se deben tutelar las libertades de los ciudadanos respecto al arbitrio puni-

⁴⁹ Vid. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 93. Los diez principios elementales para Ferrajoli son: *Nulla poena sine crimene* (principio de retribuibilidad de la pena respecto del delito); *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto); *nulla es (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del Derecho penal); *nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad o de la defensividad del acto); *nulla iniuria sine actione* (principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción); *nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal); *nulla culpa sine indicio* (principio de jurisdiccionalidad en sentido lato o en sentido estricto); *nullum indicium sine accusatio* (principio acusatorio o de la separación entre el juez y la acusación); *nulla accusatio sine approbatione* (principio de carga de la prueba o de verificación); y *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, de la defensa, o de la refutación).

tivo, sino también a una idea de racionalidad y certeza.⁵⁰ Señala que para poder hablar de una ética de la legislación, se debe distinguir entre Derecho y moral, a fin de separar las prohibiciones y castigos. Para redundar su postura, cita a Beccaria: “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”.⁵¹

Otro autor representativo en el diseño de un modelo político criminal democrático es Zipf.⁵² Plantea que en un contexto político-criminal democrático, se deben tomar en cuenta como criterios fundamentales: el concepto básico de persona; la defensa de la dignidad de la persona como deber fundamental; la humanidad en la intervención jurídico-penal; la subsidiaridad del Derecho penal; y, la racionalidad, parcialidad y efectividad de la persecución penal.

VII. VALORACIÓN CRÍTICA

No puede valorarse el desarrollo democrático de una nación, sin tomar en cuenta la construcción de su Derecho penal. No es un punto prescindible, más bien es sensible a ello. Es en este ámbito donde se puede apreciar el grado de racionalidad de una sociedad. Así lo determinó Lardizábal y Uribe hace ya muchos años: “Una nación bárbara, feroz e ignorante pide diversas leyes, diversas penas y castigos, que una nación culta, ilustrada y de costumbres moderadas y suaves”.⁵³

⁵⁰ Vid. *Ibid.*, p. 104.

⁵¹ Vid. *Ibid.*, pp. 459 y 460.

⁵² Vid. ZIPF, Heinz: *Introducción a la política criminal*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pp. 37-40.

⁵³ LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel: *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar (primera edición: Madrid, 1782), prólogo de Javier Piña y Palacios, Porrúa, México, 1982, p. 4.

No es suficiente la construcción de leyes, castigos o procedimientos que colmen el impulso de sectores sociales aún y cuando sean mayoritarios. La democracia no es una cuestión de popularidad, es fuente e inspiración de legalidad y respeto a los valores más elementales del ser humano. Por ello, el cuidado, el rigor y la técnica deben de asumir un papel preponderante. Si de mayorías se tratara, entonces, planteamientos como los aquí vertidos quizás no tendrían la mayor trascendencia, pues como bien lo ha hecho notar Bobbio: “La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principios no siempre confrontada con los hechos, una batalla de minorías.”⁵⁴

⁵⁴ En el Prólogo a la obra de Ferrajoli (*Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 15).