

FUENTES REALES DE LAS NORMAS PENALES

Elpidio RAMÍREZ HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Los eventos antisociales*. II. *La prevención no penal*. III. *La prevención penal*. A) *Legitimación y racionalidad*. B) *Legalidad*. IV. *El ejercicio del ius puniendi*. A) *Legislativo*. B) *Judicial*. C) *Ejecutivo*.

I. LOS EVENTOS ANTISOCIALES

Los problemas inherentes al *ius puniendi* se encuentran indisolublemente vinculados con los eventos antisociales que los titulares del poder público regulan a través del correspondiente *ius poenale*. De aquí la necesidad de abordar previamente, aun cuando sea en forma esquemática, los problemas sociales que subyacen al derecho penal sustantivo.

Todo ser humano, ante el mundo que lo circunda, tiene una doble posibilidad: intervenir en el mismo, a través de sus actividades, para modificarlo; o bien, no intervenir, y esto puede lograrlo a través de sus inactividades, para dejar que el mundo transcurra regido exclusivamente por la causalidad.

Las actividades humanas pueden producir beneficios o perjuicios o, incluso, pueden resultar neutras, es decir, no benéficas ni perjudiciales. En cuanto a las inactividades, éstas, como tales, no son idóneas para producir beneficios ni perjuicios; en cambio, vale afirmar que el ser humano, a través de sus inactividades, no evita los beneficios ni los perjuicios ni la neutralidad que, al margen de su intervención, se produce en el mundo que lo circunda. En este orden de ideas, no existe una cuarta categoría de consecuencias relacionadas con las actividades o inactividades humanas.

Ahora bien, estas actividades o inactividades humanas admiten una distribución: o se efectúan bajo el control del autor o simplemente ocurren porque el autor no puede ejercer ningún control sobre las mismas. Las primeras son realizables en forma intencional o por descuido; las segundas ocurren de manera fortuita. También aquí, no parece haber una cuarta categoría.

En resumen: las actividades o inactividades que el ser humano realiza en forma intencional o por descuido o fortuitamente, se traducen en beneficios o perjuicios o neutralidad para los demás seres humanos.

Ahora bien, parece obvio que en un universo penal, cualquiera que éste sea, se deben incluir únicamente las actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido se traducen en perjuicios para los demás. La sana razón prescribe excluir del universo punitivo las actividades e inactividades que son benéficas, o neutras, o que de manera fortuita resultan perjudiciales. Dicho de otra manera: la prohibición penal de lo benéfico introduce una contradicción y, lo que es peor, constituye un atropello a los súbditos; la prohibición penal de lo neutro constituye un abuso del poder y, también, un atropello a los súbditos; y la prohibición penal de los perjuicios generados fortuitamente no sólo constituye un abuso del poder y un atropello a los súbditos, sino algo más grave aún: equivale a degradar al ser humano al mismo nivel que los animales irracionales.

En relación a las actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido se traducen en perjuicios, cabe hacer una reflexión: algunas son realizadas por absoluta necesidad; otras, a pesar de que no existe necesidad. Actúa por necesidad quien lo hace para salvar algún bien, cualquiera que sea el valor de éste, sin tener a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Actúa sin necesidad quien no va a salvar bien jurídico alguno o tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Cuando un ser humano actúa por necesidad, no cabe juicio de reprobación alguno y, más bien, lo que procede es un juicio de compasión. La reprobación surge sólo cuando el daño se infiere sin necesidad.

La carencia de necesidad, imprescindible para la intervención del legislador, no es todavía suficiente para la prohibición penal. Hace falta, además, la antisocialidad.

Son antisociales las actividades o inactividades que intencionalmente o por descuido atacan sin necesidad los bienes, individuales o colectivos, de índole social-objetiva que son necesarios para, de una parte, hacer soportable la convivencia social y, de otra, preservar la subsistencia misma de la sociedad.

Los bienes, cuya afectación en los términos apuntados se traduce en antisociedad, tienen como titular a un ser humano individual, a un grupo social, a una clase social o a la colectividad entera, y varían en el tiempo y en el espacio. Son bienes dentro de un sistema social determinado y pueden no serlo en un sistema social diferente.

Las variaciones que se producen dentro del sistema de bienes de una misma comunidad deben reflejarse en el *ius poenale* a través de la inclusión o exclusión o modificación de la correspondiente prohibición penal.

En este orden de ideas, no son antisociales y, por tanto, no deben ser materia de prohibición penal, las actividades o inactividades que se llevan a cabo sin intención ni descuido o por necesidad o que no afectan a los bienes de índole social-objetiva que son necesarios para hacer soportable la convivencia social y para preservar la subsistencia de la sociedad.

En resumen: las únicas actividades o inactividades que racionalmente pueden ser materia de prohibición penal son aquellas que intencionalmente o por descuido, y sin necesidad, infieren un daño a los seres humanos y poseen, además, la propiedad de ser antisociales.

II. LA PREVENCIÓN NO PENAL

Las acciones u omisiones antisociales otorgan legitimación a los titulares del poder público para intervenir desplegando medidas orientadas a satisfacer la correspondiente necesidad social. Dicha legitimación es, sin embargo, distinta de la legitimación en orden al *ius puniendi*. Por ello, las medidas a que se alude no son de naturaleza penal.

Ante la efectiva comisión de conductas antisociales, la primera tarea consistirá en identificar y explicitar, con toda precisión, las diversas clases de acciones u omisiones antisociales que se están cometiendo. Hecho lo anterior, será ineludible llevar a cabo una estratificación de las mismas con base en su gravedad y trascendencia social.

El siguiente paso consistirá en investigar los factores de diversa índole que en alguna medida propician la realización de tales conductas antisociales. No se perderá de vista que los factores no determinan, sino tan sólo condicionan la antisocialidad. Tampoco se olvidará que los factores varían: a) para sociedades distintas; b) para sectores de una misma sociedad; c) para cada individuo; d) para cada clase de conductas antisociales.

Una vez que se sabe con toda exactitud lo que está ocurriendo en la comunidad, y por qué está ocurriendo, los titulares del poder público deberán poner en juego todas las medidas idóneas para eliminar, o al menos neutralizar, los factores condicionadores. Esas medidas, en términos generales, se reducen a dos grandes categorías: fuentes de tra-

bajo y servicios públicos. Ahora bien, es obvio que si se van a combatir los factores, mas no las conductas mismas, las medidas no han de ser de carácter represivo, es decir, no han de ser medidas penales. Las normas penales, y en general las normas jurídicas, son totalmente inadecuadas para combatir los factores.

En la misma línea de prevención no penal surge la necesidad de instrumentar medidas idóneas para evitar la comisión de las conductas antisociales, medidas que sólo pueden ser de naturaleza normativa, aunque, y es necesario subrayarlo, todavía no se trata de una normatividad penal. Se abre aquí el vasto campo de las normas jurídicas no penales de toda índole: mercantiles, laborales, administrativas, fiscales, municipales, procesales, etcétera. Estas normas jurídicas no penales, instrumentadas dentro de un sistema de justicia regurosamente orientado a la satisfacción de necesidades sociales, tendrán eficacia bastante para, además de cumplir sus específicos objetivos no penales, disminuir, en una medida considerable, la antisocialidad.

III. LA PREVENCIÓN PENAL

A) *Legitimación y racionalidad*

En un sistema de justicia penal, social y democrático —no en una anárquica existencia de normas penales—, la prevención penal implica el cumplimiento previo de todas las exigencias sociales, políticas y jurídicas anteriormente señaladas.

En ese mismo sistema, el *ius puniendi* y su ejercicio se manifiestan no en forma simultánea o irracional, sino en forma progresiva y racional. Así, la necesidad social, oriunda de la comisión de conductas antisociales, otorga legitimación al Poder Constituyente para consagrar, en los textos constitucionales, el *ius puniendi* para los tres niveles de ejercicio del poder público: legislativo, judicial y ejecutivo. La propia necesidad social confiere legitimación a los titulares del poder legislativo para elaborar, en ejercicio del *ius puniendi* y en beneficio de la comunidad, la o las normas penales correspondientes. A su vez, la instrumentación de un subsistema de prevención no penal otorga racionalidad al ejercicio del *ius puniendi* por parte de su titular legislativo.

En este contexto de justicia penal, es fácil advertir que las normas penales constituyen solamente uno de los varios instrumentos de prevención, y no precisamente el más plausible. Al contrario, el *ius poenale*

viene a ser el más negativo de los recursos, porque, en su última instancia, es, básicamente, privación o restricción de bienes del sujeto que sufre la pena. Es, además, un recurso pesimista, porque entra en juego sólo cuando, después de haberse desplegado todas las medidas de prevención no penal, ya no se sabe qué hacer frente a la antisocialidad. Ante esta crisis, se abren únicamente dos vías: o se reprime la antisocialidad o sobreviene el caos con todas sus destructivas consecuencias. El *ius poenale* significa un desesperado esfuerzo para evitar el caos.

Una vez ejercitado el *ius puniendi* legislativo, viene el ejercicio del *ius puniendi* por parte de los titulares del poder judicial, que se traduce en la elaboración de una sentencia penal. La legitimación, para este segundo nivel de ejercicio, está dada por la comisión de un particular y concreto evento antisocial perteneciente a la clase de eventos descritos y prohibidos en la correspondiente norma penal y que, por tal razón, tiene relevancia penal y recibe el nombre de delito. Obviamente, la legitimación requiere que el delito esté plenamente probado, en todos y cada uno de sus contenidos, por el órgano acusador. La racionalidad deriva, igual que en el ejercicio del *ius puniendi* legislativo, de la existencia del subsistema de prevención no penal.

En la etapa final aparece la ejecución penal o ejercicio del *ius puniendi* que se otorga a los titulares del poder ejecutivo. La legitimación, para esta última fase de ejercicio, se finca en la subsistencia del delito plenamente probado, es decir, en la subsistencia de la particular y concreta legitimación judicial. En otras palabras: la ejecución está legitimada sólo si, después de la cosa juzgada, no aparecen pruebas que ponen en duda la responsabilidad del condenado y que, por tanto, cancelan la legitimación de la sentencia penal. Cuando aparecen tales pruebas, el indulto necesario sustituye a la cosa juzgada. En cuanto a la racionalidad, ésta deviene de la existencia del subsistema de prevención no penal.

Esta concepción de la justicia penal hace evidente la necesidad de que exista un subsistema de prevención no penal, el cual —como ya se dijo y ahora se subraya—, además de cumplir la función de prevenir la antisocialidad, confiere racionalidad al ejercicio del *ius puniendi* en todos sus niveles.

Ahora bien, en virtud de la racionalidad, se advierte, con toda claridad, que el *ius poenale*, al constituir un instrumento preventivo de naturaleza represiva, ocupa el último lugar en el sistema de prevención y que, por tanto, es necesario, entre otros aspectos, modificar el criterio para la interpretación de los textos legales y consiguiente aplicación

de las normas penales. La interpretación ha de orientarse al descubrimiento de todos los elementos necesarios y suficientes que definen a la clase de antisocialidad descrita en la respectiva norma penal; por ende, no se reduce a clarificar lo explícitamente señalado en los textos legales, sino que debe dirigirse a descubrir todo el contenido de las normas penales que está implícito en aquéllos. Hasta ahora, pese a todos los criterios y esfuerzos de los iuspenalistas, no se ha logrado ir más allá de la mera clarificación de la literalidad de los textos legales.

Por otra parte, la racionalidad conduce a decidir, necesariamente a favor de los súbditos, esa permanente y sorda pugna que se da entre éstos y los que ejercen el poder público respecto del contenido de las normas penales. Los segundos, tienden a aplicar los textos legales en términos puramente literales; los primeros, luchan por una aplicación justa de las normas penales, es decir, por una aplicación que tome en cuenta la realidad social subyacente, que no es otra que la necesidad social fundada en la antisocialidad. Aquí es oportuno recordar que los súbditos tienen una noción clara acerca del contenido medular de las normas penales. Los súbditos saben que ese contenido emerge del contexto social y que el legislador se limita a recogerlo en los textos legales.

B) *Legalidad*

Todos los actos de los titulares del poder público deben ser ejecutados dentro de un marco de legalidad racional. El ejercicio del *ius puniendi*—acto de poder público— requiere, además de la legitimación y de la racionalidad, ese mismo marco de legalidad racional.

El problema de la legalidad es distinto del problema de la legitimación. Esta, dimana de la sociedad; aquélla, emerge de la normatividad jurídica.

La legalidad varía en función del nivel de ejercicio del *ius puniendi*: legislativo, judicial o ejecutivo. A nivel legislativo, la legalidad está determinada por el cumplimiento de todos los requisitos que los textos constitucionales señalan para la elaboración de las normas penales.

En el plano judicial, la legalidad está dada por el cumplimiento previo de todos los requisitos procedimentales que los textos constitucionales y las leyes secundarias exigen como vía para llegar a la sentencia penal. Aquí es oportuno recordar que el ejercicio del *ius puniendi* judicial es, tan sólo, un eslabón en el total sistema de justicia penal social y democrática, y que, por tanto, el único procedimiento penal admisible es aquél que coherentemente enlace con todos los demás eslabones del sis-

tema. Este procedimiento, necesariamente democrático, no puede ser otro que el de tipo acusatorio, por ser éste el único que salvaguarda tanto al individuo como a la sociedad. El inquisitivo —absolutamente irracional y antidemocrático— no, porque reduce al acusado a un simple objeto y, por ende, sacrifica tanto al individuo como a la sociedad. Tampoco el mixto —irracional y de imposible ubicación en algún sistema político— porque, de un lado, es inquisitivo en su primera etapa y, de otro, se sustenta en concepciones mágicas acerca de la judicatura y del procedimiento, que lo llevan a introducir elementos propios de las épocas de decadencia; como inevitable consecuencia, además de distorsionar la función del juzgador, desemboca en una frustración: no logra su objetivo, pues no salvaguarda al individuo ni a la sociedad. En México, la Constitución consagra un sistema integral de justicia penal social y democrática; por tanto, un procedimiento penal de tipo acusatorio. Censurablemente, las leyes secundarias conservan un procedimiento penal que nada tiene que ver con el de la Constitución; y la judicatura —incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación—, por increíble que parezca, otorga supremacía a las leyes secundarias.

Por último, en la fase ejecutiva, la legalidad está constituida por el cumplimiento de todas las normas jurídicas que regulan la forma de la ejecución penal.

IV. EL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI

A) *Legislativo*

Los titulares del poder público, al ejercitar el *ius puniendi* legislativo, deben asumir, como criterio rector, el postulado de la legitimación y el principio de legalidad.

En virtud de la legitimación, las normas penales (generales y abstractas) deben describir, precisamente y tan sólo, las diversas clases de acciones u omisiones antisociales que ya están ocurriendo en la sociedad, y deben describirlas tal como se llevan a cabo en la realidad social.

En atención al principio de legalidad, la descripción debe incluir, con toda precisión, el contenido que es necesario y suficiente para garantizar penalmente la protección de los bienes jurídicos y que está dado tanto en forma explícita como en forma implícita.

Por otra parte, y como exigencia tanto de la legitimación como del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*,

la descripción debe satisfacer, además, los requisitos de generalización y diferenciación. La generalización exige que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase quede incluida.

En consecuencia, parece obvio que las normas penales describen todas las particulares y concretas acciones u omisiones antisociales de todos los sujetos: adultos imputables, adultos inimputables permanentes, menores imputables y menores inimputables permanentes. Esta afirmación se apoya en dos hechos evidentes: *a)* son antisociales tanto las conductas de los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las de los menores (imputables o inimputables permanentes); *b)* son represivas tanto las normas que se refieren a los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las que se refieren a los menores (imputables o inimputables permanentes); y son represivas porque unas y otras, en su culminación ejecutiva, se traducen en la privación o restricción coactiva de algún determinado bien del sujeto.

Ahora bien, considerando que existen diferencias trascendentes entre adultos y menores y entre imputables e inimputables permanentes, es imprescindible que las normas penales recojan estas diferencias. En este orden de ideas, el legislador debe elaborar cuatro grandes categorías de normas penales:

- a)* Normas penales para adultos imputables;
- b)* Normas penales para adultos inimputables permanentes;
- c)* Normas penales para menores imputables;
- d)* Normas penales para menores inimputables permanentes.

En relación a los adultos imputables, vale decir que pueden incurrir en antisocialidad a través de actividades o inactividades que intencionalmente lesionan o ponen en peligro bienes de orden social, o a través de actividades o inactividades que por descuido lesionan tales bienes; por ende, las normas penales para adultos imputables serán de tres clases:

aa) Normas penales dolosas de lesión (consumación) que pueden ser de acción o de omisión;

ab) Normas penales culposas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;

ac) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que pueden ser de acción o de omisión.

En este universo, toda norma, de cualesquiera de las clases enunciadas, contiene un tipo y una punibilidad. Esta última debe ser, en lo cualitativo, idónea para la prevención general y, en lo cuantitativo, proporcional a la clase de antisocialidad descrita en el tipo. Así, la clase de punibilidad depende de la clase de bien tutelado; y la cantidad de punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado.

En cuanto a los adultos inimputables permanentes, es necesario subrayar que no pueden incurrir en antisocialidad por inactividad ni por culpa. La razón es muy simple: la inactividad y, por tanto, la culpa, no son sucesos naturales, sino, tan sólo, entidades culturales de índole normativa. Esto quiere decir que, sin la existencia previa de un deber —de cualquier orden: jurídico, moral, religioso, etcétera—, no es posible que un sujeto incurra en inactividad; más aún: ni siquiera es pensable la inactividad. Por ello, carece de sentido hablar de la inactividad ahí donde no existe ese deber previo que constituye su fuente generadora. En este orden de ideas, es válido afirmar que no tiene sentido imponer deberes jurídico penales a sujetos que precisamente carecen de la capacidad de comprender la prohibición penal. Por lo mismo, también es válido afirmar que el legislador no debe imponer deberes a tales sujetos y que, por ende, no debe elaborar para ellos normas penales descriptivas de inactividad. Este razonamiento es igualmente aplicable a la culpa, ya que ésta es, en esencia, una inactividad.

En conclusión: las normas penales para inimputables permanentes, que en lugar de punibilidad describen medidas de seguridad, serán de dos clases:

ba) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que sólo son de acción;

bb) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que sólo son de acción.

En este segundo universo, cada norma, de cualesquiera de las clases anotadas, contiene un tipo y una descripción de medidas de seguridad. Estas últimas deben ser, cualitativamente, idóneas para la protección de los bienes jurídicos y, cuantitativamente, proporcionales a la clase de antisocialidad descrita en el tipo. En lenguaje más explícito: en lo cuantitativo, las medidas de seguridad legisladas dependen del valor del bien tutelado, del dolo y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien. Además, y esto hay que enfatizarlo, el mínimo y el máximo de las medidas de seguridad nunca serán superiores al mínimo y máximo de la punibilidad que, en relación a adultos imputables, se legisla para la misma clase de antisocialidad.

Los menores imputables pueden actuar antisocialmente en la misma forma que los adultos imputables. Por ello, las normas penales correspondientes serán, también, de tres clases:

ca) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;

cb) Normas penales culposas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;

cc) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que pueden ser de acción o de omisión.

En este tercer universo, cada norma penal se integra, también, con un tipo y una punibilidad. Esta última, sin embargo, será en todo caso considerablemente inferior, en su mínimo y en su máximo, que la punibilidad para adultos imputables. La razón parece obvia: los menores, precisamente por su edad, son más fácilmente modificables, más fácilmente conducibles, y, en consecuencia, más accesibles a la repersonalización.

Por último, para los menores inimputables permanentes, igual que para los adultos inimputables permanentes y por las mismas razones anotadas en relación a éstos, habrá dos clases de normas penales:

da) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que sólo son de acción;

db) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que sólo son de acción.

En este cuarto universo, cada norma penal contiene un tipo y una descripción de medidas de seguridad. El mínimo y el máximo de estas

medidas de seguridad, en ningún caso excederán al mínimo y al máximo de la punibilidad que para la misma clase de antisocialidad se establece en relación a los menores imputables.

B) Judicial

Los titulares del poder público, al ejercitar el *ius puniendi* judicial, deben someterse al principio de legalidad y al postulado de la legitimación.

El principio de legalidad exige la existencia previa de una norma penal, es decir, la existencia previa de un tipo y una punibilidad (para imputables: adultos o menores), o bien, de un tipo y una descripción de medidas de seguridad (para inimputables permanentes: adultos o menores).

La legitimación, que dimana de la necesidad social originada en el delito (si el autor es imputable: adulto o menor) o en el hecho típico peligroso (si el autor es inimputable permanente: adulto o menor), exige precisamente la existencia, plenamente probada, de un delito o de un hecho típico peligroso.

Las dos exigencias anotadas conducen a la afirmación de que el ejercicio del *ius puniendi*, a nivel judicial, es, lisa y llanamente, aplicación de la punibilidad al autor del delito o aplicación de las medidas de seguridad legisladas al autor del hecho típico peligroso. Esta aplicación tiene lugar en la sentencia penal, que transforma a la punibilidad en punición y a la descripción de medidas de seguridad en medida de seguridad aplicada. La punición, cuya función consiste en reafirmar la prevención general, debe ser cuantitativamente proporcional a la magnitud de la culpabilidad; y la medida de seguridad aplicada, cuya función es simplemente la protección de bienes jurídicos, debe ser cuantitativamente proporcional a la magnitud de la peligrosidad que enmarca a la comisión del hecho típico.

Es pertinente señalar aquí la necesidad de que la judicatura para los menores se deposite en titulares del poder público distintos de los que tienen a su cargo la judicatura para los adultos.

C) Ejecutivo

En la etapa ejecutiva, el ejercicio del *ius puniendi* debe regirse, también, por el principio de legalidad y por el postulado de la legitimación.

Según el principio de legalidad, no hay pena (para imputables: adultos o menores) sin previa punición, ni ejecución de medidas de seguridad (para inimputables permanentes: adultos o menores) sin previa aplicación judicial de tales medidas.

De acuerdo con el postulado de la legitimación, no hay pena ni ejecución de la medida de seguridad sin la particular y concreta necesidad social emanada del delito (si el autor es imputable: adulto o menor) o del hecho típico peligroso (si el autor es inimputable permanente: adulto o menor). En consecuencia, y siendo, además, función de la pena la prevención especial y función de la medida de seguridad la mera protección de bienes jurídicos, no habrá ejecución, y sí indulto necesario, cuando por pruebas posteriores se desvanece la legitimidad de la sentencia penal. De todo lo anterior se infiere otra consecuencia: el *quantum* de la pena depende de la repersonalización, y el de la medida de seguridad depende de la disminución del estado peligroso. En otras palabras: el *quantum* de la punición o de la medida de seguridad aplicada debe disminuir en proporción a la repersonalización o a la disminución del estado peligroso (modo de ser) del sujeto.

Para concluir, es oportuno anotar que la pena y las medidas de seguridad para los menores deben ejecutarse en lugares distintos de los destinados a los adultos. Obviamente, los titulares del poder público, encargados de la ejecución, deben ser también distintos.