

## CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: I. *El derecho occidental y el principio nullum crimen, nulla poena sine lege.* II. *La evolución del tipo penal.* III. *El tipo en el derecho penal mexicano.*

### I. EL DERECHO OCCIDENTAL Y EL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE

En términos muy generales, cinco son los grandes sistemas jurídicos existentes:

*Sistema europeo continental* (que es el seguido en la América de habla hispana).

*Sistema del Common Law* (prácticamente extendido a todos los países anglosajones y de la Comunidad Británica de Naciones).

*Sistema socialista* (extensivo a todos los pueblos con Estados de carácter marxista-leninista).

*Sistema islámico* (en las naciones de religión musulmana).

*Sistema asiático* (que abarca a un buen número de naciones de ese continente).

De ellos, los tres primeros (europeo continental, del *Common Law* y socialista marxista-leninista) responden a toda una concepción filosófica, que hunde sus raíces en lo que —genéricamente— puede denominarse pensamiento occidental.

Y sostenemos esta afirmación basándonos en el origen común de sus concepciones culturales-vitales. De inmediato, añadiremos que —en este aspecto concreto— estamos entendiendo por cultura una pluralidad de estructuras generalizables y transmisibles comunitariamente, o lo que es lo mismo, el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de una sociedad, tanto en el plano teórico como práctico. La definición, eminentemente descriptiva, corresponde al maestro español

José Luis López Aranguren y tiene un marcado acento epistemológico, y más propiamente fenomenológico.<sup>193</sup>

Ese basamento cultural arranca, esencialmente pero no exclusivamente, del pensamiento helénico, con muy importantes incrustaciones judaicas, y recoge el pensamiento oriental, al menos en parte, trasladado a Occidente vía la antigua Grecia.

Hay una serie de valores comunes, de concomitancias de enfoques vitales, de residuos éticos, en una palabra, de todo un proceso cultural, en el que se me antoja que, a los efectos que nos ocupan, lo más relevante es su humanismo. Porque humanismo personalista y trascendente es —en definitiva— el cristianismo, que está directamente conexionado con el pensamiento de los griegos y con muy concretos antecedentes formulativos en los estoicos; no puede olvidarse, aquí, que las transcripciones evangélicas griegas son las primeras netamente occidentales (después con la *Vulgata* entrará en juego el latín); más tarde, en Roma, y de ahí al resto del viejo continente, este humanismo, repetimos personalista y trascendente, cuaja en una concepción vital, que denota su ascendencia oriental, a través de Israel.

Y también humanismo, éste netamente socializante y esencialmente antropocéntrico por contraposición al teocentrismo del anterior, es el marxismo. El hombre, viene a decir Karl Marx, es el único Dios de sí mismo. Hay una evidente dualidad hombre, persona, misterio individual, frente al hombre ser social, ser viviente en una colectividad, y sólo realizable —en plenitud— dentro de la misma; la primera connota la idea cristiana de la vida, la segunda detecta la nocificación marxista de la existencia. Pero —en ambos casos— humanismo.

¿Pero cuáles son las consecuencias de esto, trasladado al plano del derecho? Son fáciles de colegir; todo el derecho occidental se encuentra impregnado de ese perfume humanístico, que constituye, sin duda, una de sus características fundamentales, si no la esencial, al menos a nuestro juicio. El denominado derecho común europeo señala esa dirección humanista, que va a tener sus consecuencias jurídicas relevantes.

El basamento del derecho común europeo (y específicamente de lo que a nosotros nos interesa, es decir, el llamado derecho penal común europeo) está constituido (como la vida toda) por una mezcla de elementos distintos: romanos, bárbaros (germánicos) y canónicos. Cae el Imperio Romano de Occidente y se fractura la armonía jurídico-cultural, la *pax romana* desaparece.

<sup>193</sup> López Aranguren, José Luis, *España 1973*, Barcelona, Ed. Ariel, 1974. Se trata de un volumen sobre la vida española en dicho año.

Pero esos elementos románicos, germánicos y canónicos, como se acaba de señalar, no permanecen separados (cada uno con su concreta y definida esfera de influencia) sino que forman una mescolanza ("agitándose en el Derecho de Europa", por utilizar la frase del maestro madrileño Luis Jiménez de Asúa), dando lugar a un periodo de transformación, de inestabilidad, de elementos viejos y nuevos, que tiene como característica principal esa mencionada inestabilidad, y una clara falta de homogeneidad y de consistencia; periodo transformativo que se extiende a las diversas legislaciones nacionales de cada país y se prolonga hasta los tiempos modernos.

Precisamente a estos tiempos de mezclas y fusiones de los elementos citados pertenecen en Italia sus numerosos estatutos municipales (sobre todo en el norte del país) y las "Constituciones *regni Siculi* (anteriores al siglo XIII) en el sur. En Francia, el *Grand Coustumier* de Carlos VI (1453), las "Ordenanzas criminales" de Francisco I (1539) y la *Ordonnance Criminelle*, de Luis XIV (agosto de 1670), hasta desembocar en el derecho penal de la Revolución (códigos penales de 1791 y de 1795), que consagran garantías individuales, con su correspondiente cortejo de principios penales sustantivos y procesales, que posteriormente han pasado a los ordenamientos penales, materiales y procesales, de diversos países. Todo este avance cristaliza en el Código penal de 1810, con obligatoriedad desde comienzos de 1811, que, con amplias modificaciones, ha llegado vigente hasta nuestros días, y ha servido de modelo a los de otras naciones.

En Gran Bretaña,<sup>194</sup> el movimiento penal manifiesta su evolución, a través de una gran cantidad de Estatutos, que se suceden ininterrumpidamente desde tiempos remotos, y que constituyen la base del derecho consuetudinario (*Common Law*), que rige en nuestro tiempo, siendo la evolución en lo penitenciario perteneciente a la época más reciente.

En Alemania, los Espéculos (espejos) de Sajonia (hacia el año de 1230) y de Suabia (1274-1275), los derechos de las ciudades (especialmente de Magderburgo y Lübeck), que preceden a la recepción del derecho romano, realizada por la Ordenanza de Bamberg de 1457, y sobre todo por la Constitución carolina, debida al emperador Carlos I de España y V de Alemania, de importancia fundamental; esta constitución consta de 219 artículos, de los cuales sólo una tercera parte (aproximadamente unos 70 y al final de la misma) se refieren al derecho penal sustantivo, dedicándose la gran mayoría de ellos (sobre todo

<sup>194</sup> Terán Lomas, A.M., *Las ideas penales en Inglaterra en los siglos XVI y XVII*, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1953.

la primera parte) al derecho penal adjetivo o procesal. Esta constitución llegó a remotos confines, debido al poderío de la Corona Española en esa época, extendiéndose —posteriormente— a Polonia y a Rusia (con Pedro *el Grande*, a finales del siglo XVII y comienzos del XVIII), y apareciendo —incluso— en el sur de África, llevada por los colonos holandeses (los llamados *boers*, más tarde britanizados).<sup>195</sup>

En Rusia, los primeros esbozos de legislación se encuentran en una compilación de costumbres antiguas, posteriores a la conversión de esta nación al cristianismo. Esta recopilación fue realizada en el siglo XI; se trata de una legislación arcaica y dura, y se denomina *Ruskaia Pravda*, siguiéndole otras tales como el *Sudébnik* de 1497, y el de 1550, así como el *Ulozhénye* de 1648, y la colección de 1832.<sup>196</sup> El natural influjo de la Iglesia ortodoxa de Constantinopla hizo que el derecho ruso antiguo estuviese marcado, de forma muy intensa, por el derecho justiniano (así, la doctrina, el método e incluso la propia terminología).<sup>197</sup>

Naturalmente hubo países en donde tuvo mayor influencia el elemento germánico, como Alemania (hasta la ya citada Constitución carolina, introductora de aspectos conectados con el derecho romano y con el derecho canónico), pero el mayor predominio del elemento germánico se produjo en las naciones escandinavas; en cuanto al elemento romano, fue muy amplio su influjo en Italia y Francia, siendo por mucho tiempo inapreciable en Gran Bretaña.

No obstante, el derecho romano adquirió y extendió —cada vez más— su zona de influencia, sobre todo por ser la fuente a la que acudían los jueces para buscar la fundamentación de sus sentencias (concretamente el *Digesto* y el *Código de Justiniano*), y de esta manera fue surgiendo —paulatinamente— un derecho penal común establecido por la jurisprudencia. También influyeron en la formación de este derecho penal común otros elementos, especialmente el canónico y el consuetudinario (Francia, Italia y Alemania, junto con otros países europeos, pueden señalarse como los pueblos donde existió este derecho común).<sup>198</sup>

En cuanto a España, conviene sentar la afirmación de que la historia del derecho penal español es muy difícil de ensamblar al faltar

<sup>195</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, t. I, pp 300-301; Bernaldo de Quirós, Constancio, *Lecciones de legislación comparada*, Ciudad Trujillo, Ed. Montalvo, 1944, pp. 66-67.

<sup>196</sup> Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, 14a. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1975, vol. I, t. I, p. 77.

<sup>197</sup> Ancel, Marc, *La réforme pénale soviétique*, Paris, 1962, p. 9 y ss.

<sup>198</sup> Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, *supra* nota 196, vol. I, t. I, p. 78.

datos seguros y fehacientes para reconstruirla. Lo mejor será recoger las palabras que el profesor Galo Sánchez (catedrático de historia del derecho de la Universidad Central de Madrid) escribió, en una nota, precisamente para la obra del maestro Cuello Calón, reiteradamente citada, y que son las siguientes:

Los escritores que hasta ahora han trazado un cuadro de conjunto de la historia de nuestro derecho penal, lo han hecho casi exclusivamente a base de textos de carácter legal (códigos, etcétera), sin darse cuenta que muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido de un modo parcial tan sólo. Hay que acudir de preferencia a las redacciones del derecho consuetudinario y sobre todo a los documentos llamados de aplicación del derecho, que reflejan la realidad de la vida jurídica; cuando éstos faltan, es imposible reconstruir el derecho penal del correspondiente período.<sup>199</sup>

En la misma línea de la citada nota del profesor Galo Sánchez, cabe añadir que, desde el punto de vista penal, las redacciones más interesantes del derecho territorial consuetudinario son: en Castilla, el *Libro de los Fueros de Castilla* (siglo XIII) y el *Fuero Viejo* (siglo XIV), ambos de índole privada, que garantiza la fidelidad con que recogen las prácticas del país. En época ya posterior, debe señalarse la legislación de Alfonso X, *El Sabio*, fundamentalmente el *Fuero Real* (1255), y las *Siete Partidas* (1256-1265). En esta etapa, suele fijarse la recepción del derecho romano en España, aunque las fronteras no son tajantes.

Las recopilaciones generales de la edad moderna comprenden leyes anticuadas (incluso medievales), como ocurre con las del *Fuero Real*, llegando estas disposiciones inclusive a la *Novísima Recopilación*. Precisamente ésta y, con carácter de derecho supletorio, las *Partidas* constituían —a principios del siglo XIX— el ordenamiento penal español. Posteriormente se inician las prácticas codificadoras, avanzado ya el siglo XIX.<sup>200</sup>

El humanismo del derecho occidental, como característica esencialmente generalizadora del mismo y desde luego junto a otras, plasma en la conceptualización del derecho penal. Y la primera consecuencia de esa plasmación es que la titularidad, excluyente y exclusiva, del *ius puniendi* (del derecho a castigar en definitiva del derecho penal sub-

<sup>199</sup> *Idem*, pp. 109-110.

<sup>200</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, p. 752.

jetivo) corresponde al Estado, como forma suprema de organización de la sociedad.

Conviene aclarar, de inmediato, que esta titularidad estatal del *jus puniendi* no ha sido —no pudo ser, habría de decirse con mayor propiedad— una conquista fácil, ni cómoda, al contrario forma parte de ese extraordinario combate, en pos de la libertad, que constituye la construcción del moderno derecho penal, un ordenamiento punitivo que, cada vez más, tiende a ser lo que realmente debe ser, es decir, un derecho social penal o un derecho penal social.

El maestro de Munich, Claus Roxin,<sup>201</sup> afirma —sin ambages— que la cuestión primera es contestar a la siguiente interrogante: ¿cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que un grupo de hombres, asociados en el Estado, pueda privar de la libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo (conformando su vida) en su existencia social? Ahí, precisamente ahí, reside, la justificación o no acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal. Por supuesto, nos circunscribiremos a nuestro presente, a nuestro aquí y a nuestro ahora, para ligar, sin solución de continuidad, con el famoso principio de legalidad (no se trata, tampoco, de adentrarnos en los conocidos vericuetos de las llamadas teorías de las penas).

Señala Roxin (haciendo suya una frase de Franz von Litz) que el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal. Realmente, el viejo maestro Litz pone el dedo en la llaga, detecta una tensión, quizás no superada, en la ciencia jurídico-penal. La frase —en cuestión— hace directa referencia a lo dicho *ut supra*. El derecho penal tiene, por un lado, un carácter social y, por el otro, una connotación estrictamente jurídica.

Y, siguiendo con Litz, Roxin indica al derecho penal como “magna carta del delincuente”, que pretende la protección no de la comunidad sino del individuo que se rebela contra ella, y lo hace garantizándole el derecho a ser castigado única y exclusivamente dentro de los límites legales. La libertad del individuo no puede ser abandonada, sin protección, al interés general. Los límites de esta protección pueden variar, y de hecho así ha ocurrido con las circunstancias crónicas y tópicas, pero —en un Estado de derecho— el mal de la pena sólo se justifica cuando el sujeto activo de la infracción penal ha manifestado su intención hostil por un acto preciso, y legalmente bien delimitado.<sup>202</sup>

<sup>201</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pp. 15, 16 y ss.

<sup>202</sup> Von Litz, Franz, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., trad. Jiménez de Asúa, Madrid, Instituto Editorial Reus, s. f., t. II, p. 29 y ss.

Y agrega Litz: mientras pretendamos proteger la libertad del ciudadano particular frente a la posible arbitrariedad del poder estatal habremos de vincularnos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sólo esta vinculación político-criminal garantizará una interpretación de la ley conforme a principios científicos.

La tendencia de los Estados actuales (nos estamos refiriendo a países no marxistas-leninistas, y desde luego a aquellos no dominados por "gorilatos militaroides"), al menos en un plano estrictamente constitucional, es a configurarse como Estados sociales y democráticos de derecho. Esta tendencia es muy acusada por lo que se refiere al actual Estado español, y desde luego al Estado mexicano dimanante de la revolución de 1910, que marcó, quizás por vez primera, esta tendencia de la que hablamos.<sup>203</sup>

El profesor Jorge Carpizo<sup>204</sup> señala —en relación a México— que la Revolución mexicana de 1910, o de 1913, no implicó un cambio esencial en las estructuras económicas, sino que fue un movimiento que, en 1910, tuvo la doble finalidad: derrocar a Porfirio Díaz, y llevar a la Constitución el principio de la no reelección. Este movimiento político adviene social aproximadamente en 1913. Con lo cual los perfiles socio-democráticos de derecho, a que nos venimos refiriendo, cobran nitidez completa. En definitiva: el movimiento político de 1910 es el antecedente inmediato del movimiento social, y es un movimiento efectuado por el pueblo; la idea de las reformas sociales nació del pueblo (nos dice Carpizo) y no de quienes conducían el movimiento. Claro que esta dinamicidad social viene de más lejos, de mucho más lejos, y según el maestro Carpizo lo mismo podría empezarse en Hidalgo y Morelos, y continuarse con el pensamiento de las generaciones de 1833 y de 1857. Luego el pensamiento social mexicano, "periodizando la historia", no surge en la primera década del presente siglo, sino como manifestación de algo más profundo y anterior. Toda la Constitución de 1917 refleja la tendencia apuntada y la parcela penal no es una excepción.

El profesor Elías Díaz expone que la característica de un Estado social-democrático de derecho son:

- A. La ley como expresión de la voluntad general, es decir, como resultado de unas cámaras legislativas elegidas mediante sufragio inorgánico, directo y secreto;

<sup>203</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pp. 12, 13, 14 y ss.

<sup>204</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 6a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, p. 17.

- B. Principio de división de poderes, ejecutivo, legislativo y judicial;
- C. Control jurisdiccional de la actividad administrativa, absolutamente necesario ante la progresiva "administrativización" de la vida social, fenómeno ante el que se impone un control mayor de las actividades de los poderes ejecutivos, y
- D. Garantía jurídico-formal de los derechos individuales. Freno ante situaciones de constante agresión contra los "derechos humanos": la "guerra sucia" de Argentina puede ser un desdichado ejemplo de ello.

El artículo primero de la Constitución española de 1978 consagra el carácter del Estado como "social y democrático de derecho". Lo mismo puede decirse de otros ordenamientos constitucionales.

En este marco constitucional es donde estimamos debe realizarse el análisis del fundamento del derecho penal subjetivo del Estado, pues de su titularidad nadie duda. Mir Puig,<sup>205</sup> señala que, *prima facie*, conviene diferenciar dos cuestiones esenciales.

1. ¿Por qué se puede castigar o imponer medidas de seguridad?
2. ¿Por qué puede castigar o imponer medidas de seguridad el Estado?

La primera interrogante alude al *basamento funcional* del *jus puniendi*; la segunda a su *fundamento político*.

En relación al *fundamento funcional*, cabe afirmar que si está justificado castigar o imponer medidas de seguridad es porque es necesario realizar los objetivos atribuidos a las penas y a las medidas de seguridad.

Lo anterior, viene a significar que el fundamento (funcional) del *jus puniendi* se corresponde con su *función*. Para las teorías absolutas la fundamentación del *jus puniendi* está claro: realizar la justicia mediante la pena. Por contra, para el derecho positivo, que confiere tanto a la pena como a la medida de seguridad la función protectora de los bienes jurídicos en virtud de la prevención de los delitos, el fundamento del *jus puniendi* se encuentra, de forma exclusiva, en la necesidad de protección de la sociedad. Función y fundamento vienen a identificarse, en cuanto aquélla es la base de éste. Pero ocurre que ambos conceptos no tienen por qué coincidir, ya que el fundamento tiene que probar la necesidad de la función.

La necesidad de la protección de la sociedad mediante la garantía pertinente de los bienes jurídicos no necesita de mayores advocaciones argumentales. Pero ya no resulta tan obvio que la labor de protección

<sup>205</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, Ed. Bosch, 1982, pp. 114-115.



social requiera de echar mano de las penas o medidas de seguridad. La fundamentación puede estar en el hecho contrastado, de que si bien es cierto que muchos que han delinquido vuelven a hacerlo, con lo que están acreditando la ineficacia de la pena, también es igualmente cierto que muchos otros, al reprimirse en sus posibles impulsos delincuenciales, están demostrando el éxito de la pena. Y esto lo decimos bien a sabiendas de que existen muchas razones de peso para cuestionar todo el andamiaje punitivo actual. Precisamente cuando el Estado, por las razones que sean, pierde o ve deteriorado su control del orden público, surge casi de inmediato un aumento de la delincuencia.

Pero todo esto tiene su corolario: si el fundamento de castigar reside en la necesidad de la protección de la sociedad (con la adecuada tutela punitiva de los bienes jurídicos esenciales), su justificación desaparecerá en el momento mismo en que dicha necesidad falte. En relación a las medidas de seguridad el cuestionamiento anterior no resulta aplicable, aunque se detecta una tendencia a propiciar que las medidas sustituyan a las penas. Lo cual no quiere decir que no existan problemas en torno a las medidas de seguridad.

*En referencia al fundamento político*, Mir Puig,<sup>206</sup> al patrocinar la fórmula del Estado social-democrático de derecho, entiende —a los efectos que nos ocupan— que dicho Estado es “un modelo que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social”.

En el Estado liberal, la función de la pena tiene una doble vertiente: la de prevención de delitos y la de retribución por el mal ocasionado. Como señala Beccaria<sup>207</sup> (creador del derecho penal moderno, aunque lo más correcto sea decir iniciador del mismo, pues su creación es un largo proceso que —precisamente— se inicia con él): “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... 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 y no derecho”. En definitiva, el famoso italiano establece el fundamento político del *jus puniendi* en el “contrato social”.

Pero, si bien el derecho penal dimanante del Estado liberal permitió la ambivalencia funcional (prevención y retribución) de la pena (según fuese concebida para el hombre abstracto o concreto, empírico o ideal), el derecho penal derivado del Estado social no podía tener otra función, en cuanto a la pena, que la preventiva. La nueva formulación es-

<sup>206</sup> Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2a. ed., Barcelona., Ed. Bosch, 1982, p. 19, *in fine*.

<sup>207</sup> Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, trad. de De las Casas, Madrid. Ed. Aguilar, 1969, pp. 27 y ss.

tatal-social, que conducía a la intervención del Estado en la vida efectiva de la sociedad, tendría su lógico reflejo en lo penal, confiriendo a la pena el objetivo de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia, en tanto en cuanto fenómeno real de la vida social.

Con una considerable claridad expositiva, Mir Puig<sup>208</sup> estima que el derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos mediante la prevención del delito, y que a ello ha de agregársele los postulados del planteamiento social, ya que la justificación del llamado derecho penal subjetivo se encuentra condicionada a su capacidad para satisfacer, del modo más eficaz posible, la necesidad de protección de la sociedad. La opinión del maestro catalán es perfectamente compartible.

Pero la experiencia histórica (y la actual) nos obliga a destacar, con la misma fuerza cuando menos, la necesidad de que el *jus puniendi* respete, en el ejercicio de su función, los límites que impone las garantías del individuo. "El derecho penal social no debe sustituir sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal.". La síntesis (como indica el profesor barcelonés) la hallamos en un derecho penal democrático, impositivo —al ejercicio del *jus puniendi*— de límites, fundamentalmente los dimanantes del principio de legalidad.

El derecho penal de un Estado social y democrático, aparte del respeto a las garantías jurídico-formales del Estado de derecho, tiene la obligación ineludible (como parte integrante del *Welfare State*) de asegurar un *servicio real* a todos los ciudadanos. El derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de activa incidencia en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos.

Antes de concretar los medios tendentes a tan loable como difícil actividad, me parece sumamente conveniente traer a colación una afirmación de Maurach,<sup>209</sup> que señala —para nuestro juicio con carácter de primacía en toda política criminal inteligente y sana— que, ante la presencia de otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave (como es el estrictamente punitivo) cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves, es decir, preferencia por medios desprovistos de carácter sancionador.

Mir Puig,<sup>210</sup> trasladando el pensamiento anterior de Maurach al estricto ámbito del derecho penal en un Estado social y democrático de

<sup>208</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, p. 123 *in fine*.

<sup>209</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, t. I, p. 31 y ss.

<sup>210</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 206, pp. 37, 38 y 40.

derecho, enfatiza que dicho derecho penal exige, como se ha señalado, atribuir a la pena la función de prevención de delitos.

La diferencia respecto de un derecho penal social autoritario es que, en aquél, la prevención de delitos se dirige a la protección de todos los ciudadanos (incluidos los delincuentes) y se sujeta a una serie de límites que impiden la "perversión antidemocrática" de dicha función preventiva.

Y el profesor Mir Puig afirma que, en todo caso, queda descartada —en el modelo del Estado social y democrático de derecho— una concepción de la pena, que funde su ejercicio en la exigencia ético-jurídica de retribución por el mal cometido. Por citar lo referente a España y a México, basta indicar el artículo 25.2 de la Constitución española, y el artículo 18, párrafo segundo, de la normación fundamental mexicana.

*El ejercicio del poder, en el Estado social y democrático de derecho, comporta su operatividad en virtud de las exigencias de una política social al servicio de los ciudadanos; por tanto, el ejercicio del poder penal ha de cumplir dichas exigencias. El derecho penal sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente necesario para proteger a los ciudadanos.*

*En conclusión:* en el modelo de Estado social y democrático de derecho, que constituye el basamento político-constitucional de la función preventiva de la pena y, por consiguiente, la cimentación del sistema jurídico penal, la pena ha de cumplir (*y sólo está legitimado para cumplir*) una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos.

Lo anterior, supone la *necesidad* de conferir a la pena la función de prevención de los hechos atentatorios contra dichos bienes. Y dejar de lado, o por lo menos no basar su cometido, en una hipotética necesidad ético-jurídica de proporcionar una respuesta, de requerir una retribución por la infracción del orden jurídico.

Ahora bien, para que el Estado social no se transforme en autoritario, sino que sea democrático y de derecho, deberá respetar una serie de límites garantizadores de que la prevención será ejercida en beneficio y bajo el control de los ciudadanos.

En esta tesitura, el ejercicio del poder penal, los medios para la virtualidad de la protección penal vendrán a constituir una estructura en estrecha e íntima conexión con los límites aludidos.<sup>211</sup>

Se impone la necesidad de una esquematización sintetizadora en este aspecto concreto de los límites. De esta manera habrá de verse la limi-

<sup>211</sup> Boix Reig, J., "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 117 y ss., 131, 132 y ss.

tación del *jus puniendi* estatal, tanto por lo que hace a su fundamentación funcional como a su fundamentación política.

#### A. *Limites dimanantes del fundamento funcional*

1. Habiéndose admitido que el fundamento funcional del derecho penal es la necesidad de protección de la sociedad mediante penas o medidas de seguridad, *el límite primero del jus puniendi estatal se encontrará en esa misma necesidad*, más allá de ella el ejercicio punitivo carece de base. Este imperativo básico de la política criminal (en el sentido conferido a la misma por Litz y actualmente por Roxin) es generalmente admitido, aunque desgraciadamente el legislador, (a quien fundamentalmente va dirigido) no siempre lo respeta, dando lugar, con su elusión, a una contradicción entre los mandatos de *lege ferenda* y de *lege lata*, que permite hablar de un abuso del poder punitivo por parte del Estado.

Pero ocurre que la ciencia penal actual ha decantado dos principios que pretenden la directa concreción del postulado genérico de la necesidad en cuanto límite del *jus puniendi*.

El primer principio es que el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* en todo el conjunto del orden jurídico (secundariedad o subsidiariedad). Su argumentación se cimenta en que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad en el arsenal del ordenamiento jurídico.

Los intereses sociales a proteger pueden serlo, en muchas ocasiones, pueden recibir una garantía adecuada sin recurrir a los medios del derecho penal, existen otros —no necesariamente punitivos— menos lesivos para los ciudadanos y frecuentemente más eficaces para la protección de la sociedad.

Jescheck,<sup>212</sup> abundando en este principio de la *ultima ratio*, señala que sirve para la evitación de graves arbitrariedades y —al propio tiempo— para proporcionar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones conforme a su criterio. "El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad." Una traslación de la justicia distributiva al ámbito penal significa (para el maestro de Friburgo) que las infracciones graves no deben ser minimizadas, pero que tampoco pueden magnificarse con un rigorismo excesivo.

En el Estado rector, en el Estado intervencionista de nuestra época,

<sup>212</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, vol. I, p. 5.

el principio de la *ultima ratio* requiere de urgencia el destacamiento del anterior razonamiento. El abandono del concepto estatal meramente arbitral entre las clases sociales, característico del Estado liberal, hace que el actual Estado social tenga una evidente propensión a invadir, progresivamente, nuevas parcelas de la vida de la sociedad.

En el sector penal ello tiene su reflejo en la ampliación de la protección penal, que se extiende a nuevas esferas o intensifica su rigor. Tal tendencia sólo será admisible si no cabe interponer medios de protección menos lesivos que la pena o la medida de seguridad. Precisamente en la nueva conceptualización social del Estado son mucho más considerables las posibilidades de *intervención positiva*, distintas a la sola prohibición bajo sanción, connotadora de la simple concepción arbitral anterior. El poder estatal presente, su gran aparato de seguridad, la sofisticación del aparato punitivo, los grandes medios de todo orden a su alcance, permite —inclusive— resaltar la necesidad de reservar la pena y la medida de seguridad como *ultima ratio*, como el recurso final entre los ahora atribuidos al Estado.<sup>213</sup>

El segundo principio (en referencia al genérico postulado de la necesidad) es aquel según el cual el *jus puniendi* ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es decir, el denominado *carácter fragmentario del derecho penal*.

¿En qué consiste este carácter fragmentario del derecho penal? Viene a significar que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino exclusivamente aquellas modalidades agresivas de mayor peligro para ellos. El carácter fragmentario del derecho penal ha sufrido una evolución desde su connotación, claramente peyorativa, por parte de Binding, hasta la positivación valorativa, lógica si se tiene en cuenta el paso de una fundamentación retributiva a una fundamentación eminentemente preventiva.

Como afirma Claus Roxin,<sup>214</sup> una noción preventiva del derecho penal, en la que el límite del *jus puniendi* debe ser la *absoluta necesidad de la defensa de la Sociedad*, ha de excluir, inexorablemente, la reacción punitiva frente a los ataques menos peligrosos, en los cuales son suficientes medios menos lesivos para los ciudadanos.

*En resumen:* el primer límite que se impone al *jus puniendi* del Estado es el de la más estricta necesidad del recurso a la pena o a la medida de seguridad, concretada en dos principios fundamentales: a) el derecho penal como *ultima ratio* y b) la protección de los bienes jurí-

<sup>213</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, p. 126.

<sup>214</sup> Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, 1976, pp. 21 y ss.

dicos debe tener carácter fragmentario, es decir, limitada a los ataques más peligrosos. El maestro Roxin <sup>215</sup> sintetiza lo anterior en una frase muy expresiva: "porque es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad".

2. *El segundo límite*, dimanante del fundamento funcional del *ius puniendi* estatal, *atañe al principio de que el derecho penal sea ejercido, desde el punto de vista subjetivo, exclusivamente para proteger "bienes jurídicos"*.

Aquí, la problemática se desata en torno al concepto de "bien jurídico" en el concreto sector punitivo. No es el propósito nuestro entrar en divagaciones sobre la polémica entablada, y no lo es porque ello cae fuera de la especificidad de este trabajo. Desde luego, conviene dejar asentada la afirmación rotunda, clara, indubitable, que el bien jurídico es no sólo un elemento integrante del tipo penal sino —además— un elemento esencial del mismo.

Sin embargo, únicamente hasta tiempos muy recientes, su significación no ha solido verse en una función de límite al legislador, sino como expresión de la *ratio legis* del objeto de protección elegido por la ley. Su función era generalmente ubicada en el terreno de la interpretación y de la ordenación sistemática, para las que —sin duda— resulta fundamental. En la moderna ciencia penal (sin olvidar lo anterior), cabe resaltar la importancia del bien jurídico en referencia al efectivo funcionamiento de los sistemas sociales. Más concisamente expresado: se trata de racionalizar la función y límites del derecho penal subjetivo, se pretende no olvidar que el concepto de bien jurídico es perfectamente encajable en un planteamiento social de la operatividad del derecho penal y sus límites.

No obstante lo anterior, desde la perspectiva de una adecuada política criminal, lleva razón Max Ernst Mayer, <sup>216</sup> cuando señala que el bien jurídico ha de tener las siguientes cualidades:

a) Ha de ser "merecedor de protección", que depende de la valoración —atribuida al bien en cuestión— en una cultura determinada.

Existe, sin embargo, el peligro innegable de estimarse, históricamente hablando, como dignos de protección bienes francamente referidos a intereses minoritarios o simplemente grupales que carecen de relevancia para la mayoría de la comunidad.

b) El bien ha de estar "necesitado de protección". Muñoz Conde

<sup>215</sup> *Idem*, p. 22 in fine.

<sup>216</sup> Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, op. cit., supra nota 21.

señala con acierto<sup>217</sup> que no todo bien merecedor de protección está necesitado de tutela punitiva. Para ello, se basa en el ya expuesto principio de intervención mínima o *ultima ratio* del derecho penal. El ordenamiento punitivo sólo procederá en su actividad protectoral, cuando fracasen o resulten insuficientes las barreras protectoras pertenecientes a las demás ramas jurídicas.

Indudablemente esta restrictividad de lo penal no siempre es correctamente adecuada, hay casos en que se recurre a la punibilidad cuando hubiere bastado un medio más suave: la responsabilidad civil, por ejemplo. Efectivamente se protege al bien jurídico en entredicho, pero se hace inadecuadamente.

c) Y, por último, nos encontramos con la "capacidad de protección" del bien jurídico. No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente susceptibles e idóneos para esa actividad protectora.

Lo anterior atañe directamente al problema de la relación entre derecho y moral. No hay duda de la existencia de un basamento ético, moral y social en el derecho penal, pero tampoco parece ofrecerla al menos en la ciencia penal moderna más avanzada, que no es posible una perfecta y total correspondencia entre derecho penal y moral, lo que sí es exigible es el *minimum ético* de que hablan, entre otros Manzini y Jellinek.

Roxin<sup>218</sup> enmarca perfectamente la cuestión cuando señala: "El Estado tiene que salvaguardar el orden externo; pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar moralmente al particular. La Iglesia, que cuida de la salvación de las almas y de la buena conducta moral de sus miembros, está en una situación completamente distinta; pero ella no hace venir su autoridad del hombre."

Cuanto se lleva dicho, puede ser resumido de la siguiente manera:

1. Ciertamente el bien jurídico, en cuanto expresión del objeto de la tutela legal, ofrece la clave de la *interpretación* y la base de la formación del *sistema* de la parte especial del derecho penal, pero no debe limitarse a cumplir tal función metodológica, aunque históricamente haya sido así; el bien jurídico no lo decide el derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a *limitar al legislador*: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal.<sup>219</sup>

2. El concepto de bien jurídico, capaz de limitar al legislador, no

<sup>217</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pp. 73-75.

<sup>218</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 214, p. 23.

<sup>219</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, pp. 139-140.

debe buscarse en la realidad *naturalística*, ni en las valoraciones *subjetivo-morales* (no realizables mediante la coacción externa), sino en el terreno de lo social. En este sentido limitativo, que se viene exponiendo, Mir Puig entiende por bienes jurídicos: "las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales".

Ahora bien, para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir como tales condiciones se traduzcan en *concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

"Posibilidad de participación" no se entiende, aquí, sólo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular* por parte de los demás.

3. Resumiendo, en cuanto a los límites del *jus puniendi* derivados de su fundamento funcional, es decir, de la defensa social, de la necesidad de defensa de la sociedad, por mejor expresarlo, cabe señalar:

Tal fundamento funcional ha llevado a requerir dos clases de límites al poder punitivo. *Por una parte*, que éste no puede ejercerse más allá de lo absolutamente necesario, lo que se desdobra en los principios de la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal. *Por otra parte*, que la protección penal sólo pueda extenderse a los bienes jurídicos. En cuanto éstos se han concebido a partir de las necesidades funcionales de los sistemas sociales, este segundo límite encuentra la necesaria coherencia con el fundamento (funcional) de la necesidad de defensa de la sociedad. Pero en la medida en que además se refiere el bien jurídico a las posibilidades de *participación del individuo* se hace preciso añadir una fundamentación política que parta de un Estado democrático al servicio del ciudadano.

### *B. Límites dimanantes del fundamento político*

En el derecho penal actual el fundamento político tiene una pluri-vertiente: la del Estado de derecho (o "liberal"), que se refiere al *aspecto formal* de sujeción a la ley, y el social y democrático, que se proyecta al *contenido material* del derecho penal.

*La vertiente social*, propiamente hablando, más que limitar, lo que hace es ampliar la actividad configuradora del Estado, por ello los límites derivan de los principios inherentes al Estado de derecho y también de los postulados de carácter democrático.



### 1. *Límites derivados del Estado de derecho*

El Estado moderno, en general y sin matizaciones ideológicas, es sumamente poderoso, y como consecuencia de ello los medios empleados en la represión de los delitos afectan —en muy considerable medida— los derechos individuales más elementales, de ahí, la característica de *última ratio* que la intervención estatal tiene, pero de ahí —también— la necesidad de un principio que controle el poder punitivo estatal, y que constriña su aplicabilidad para excluir toda arbitrariedad o exceso por parte de quienes ejercen ese poder represivo.

El principio limitador recibe el nombre de "principio de legalidad". Su expresión formal, que ha devenido en clásica, se encuentra consagrada en la fórmula: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La apariencia externa latina de su manifestación no puede hacernos olvidar su origen, que se encuentra en el profundo pensador y justilósofo Anselmo Von Feuerbach.<sup>220</sup> Para el maestro teutón, los principios fundamentales del derecho penal son los siguientes:

- 1) La imposición de una pena, en todos los casos, presupone la existencia de una ley penal (*nulla poena sine lege*).
- 2) La imposición de una pena viene determinada por la existencia de una acción sancionada con ella (*nulla poena sine crimine*).
- 3) El hecho conminado por una ley está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

En definitiva, nadie puede ser castigado sino por hechos definidos por la ley como delitos, ni con penas que no hayan sido establecidas legalmente. De esta manera, la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* se desdobra en una dual garantía individual; nadie puede ser penado sino por hechos, previamente determinados por la ley como delitos (*nullum crimen sine praevia lege poenali*): *garantía criminal*, y nadie puede ser castigado con penas, diversas de las previamente establecidas por la ley (*nulla poena sine praevia lege*): *garantía penal*.

Un hecho no puede ser punible, sino cuando encaje en algunos de los tipos de delito definidos en la ley penal (tipicidad), y tampoco será castigado con pena distinta de la establecida en la ley, sin que pueda exceder la sanción de la exacta medida fijada por ésta.

Muñoz Conde<sup>221</sup> indica que el "principio de legalidad", realmente,

<sup>220</sup> Von Feuerbach, Anselmo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12a. ed., Glessen, 1896, p. 29, par. 20.

<sup>221</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, supra nota 217, pp. 80-81.

establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias debe estar regida por el "imperio de la ley", entendida ésta como expresión de la "voluntad general". El penalista andaluz estima (con afán de mayor precisión terminológica), que puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar "principio de intervención legalizada".

En la actualidad, puede decirse que ningún derecho penal civilizado se encuentra ayuno del principio de legalidad, entendiéndosele inclusive por cierto sector doctrinal, como un auténtico principio de derecho natural, pero conviene advertir, para evitar entusiasmos vehemenciales y poco racionales, que su conquista supuso el estadio final de un largo y penoso proceso evolutivo, y que el autor de estas páginas no tiene noticia de que ninguna de las dictaduras más recientes se considere fuera de los marcos del citado principio, aunque —en estos casos de autocracia política intolerante— no sea más que un disfraz más, una siniestra careta para tratar de cubrir sus rostros verdaderos.

El principio constituye un freno frente a los voceros habituales del pragmatismo y del eficientismo a ultranza en la esfera penal, son los mismos hipócritas a los que Tomás Moro ya denunciaba en su *Utopía*. Por ello no le falta razón a Muñoz Conde cuando señala que una política penal mala, pero practicada con respeto a las garantías mínimas jurídicas, es preferible a una buena política penal llevada a cabo sin ningún tipo de control.

Evidentemente existe el riesgo de que, por una defectuosa elaboración legislativa o por la habilidad u otras artes de un delincuente, puedan quedar sin sanción acciones gravemente alteradoras de la convivencia social; pero, con todo, este riesgo es preferible a la ausencia o falta de respeto de las garantías; en cualquier caso será el costo a pagar por la *seguridad jurídica*, ésta sí requisito ineludible de toda comunidad organizada para la convivencia.

Determinar el origen histórico del principio de legalidad, con el alcance y formulación actualmente admitidos (es decir con la precisa y concreta expresión de Feuerbach) es tanto como reflejar una de las conquistas fundamentales de la Revolución francesa (artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre, de 26 de agosto de 1789, y de la Constitución, de 3 de septiembre de 1791); puede decirse, por tanto, que el mencionado principio es una consecuencia lógica del nacimiento del Estado de derecho.

Lo que ocurre, y resulta necesario aclararlo, es que ese alumbramiento fue un parto laborioso y prolongado, no fácil, ni rápido. En el

momento histórico en que el pueblo se transforma de *objeto político* del poder absoluto del Estado o del monarca, en *sujeto político* participativo, exigente y controlador del ejercicio —hasta entonces irrestricto— del poder, en ese instante se demandan las correspondientes garantías frente a la autoridad. Y todo lo anterior supone el advenimiento de la Revolución francesa, que —en realidad— viene a ser la culminación de todo un pensamiento político y filosófico desarrollado en el siglo XVIII, es decir, del Iluminismo.

Pero sucede que dicho acontecimiento europeo continental se conecta con otros dos acontecimientos: uno, acaecido en la Gran Bretaña, y el otro en la América del Norte. El británico hace referencia a la consolidación formulativa de las ideas económicas liberales de Adam Smith y su brillantísima pléyade de discípulos y seguidores. Al otro lado del Atlántico, el surgimiento de Estados Unidos de Norteamérica. El marco histórico estaba, por consiguiente, perfectamente preparado para la llegada no sólo del principio de legalidad, que es lo que nos ocupa, sino también de toda una concepción del mundo y de la vida.

El artículo 8 de la Declaración francesa de los derechos humanos preceptuaba que "...nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".<sup>222</sup>

Realmente, en su actual sentido, el principio de legalidad dimana de la teoría, precisamente ilustrada, del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese de la exclusiva competencia de los representantes populares, es decir, del poder legislativo democráticamente elegido.<sup>223</sup>

En cuanto a los antecedentes mediatos, algunos quieren ver un entronque del principio de legalidad con determinadas máximas de Ulpiano recogidas en el *Digesto*, posición hartamente discutible, sobre todo si se tiene presente las dificultades interpretativas de aquéllas, y —al propio tiempo— no se olvida que, en muchos textos de esa etapa, se admite la analogía y los "crimina extraordinaria", como hace notar Hans Welzel<sup>224</sup> a este respecto. Lo mismo puede afirmarse del derecho germánico, que se regulaba, en forma preponderante, por la costumbre.

Tradicionalmente, sin embargo, se cita la Carta Magna del Rey Juan II de Inglaterra (conocido como *Juan Sin tierra*), del año de 1215

<sup>222</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "Principio de legalidad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Ed. Seix, 1971, t. XIV, pp. 882-883.

<sup>223</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, UNAM, 1969; Montesquieu, Charles-Louis, *De l'esprit des lois*, París, 1832, t. I, cap. VI, pp. 293-294 y ss.

<sup>224</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pp. 36, 37 y ss.

(concretamente en su artículo 39), y la Constitución Criminal Carolina, teutona, de 1532, ya anteriormente aludida en otras páginas de este trabajo. E, inclusive, Jiménez de Asúa<sup>225</sup> hace referencia como más coherente con criterios de defensa de la comunidad, y de sus integrantes a título individual, a la Carta Magna de Alfonso IX, Rey de León y de Galicia, otorgada en las Cortes leonesas en el año de 1188, aunque su acuciante hispanismo no le impida reconocer al penalista republicano que la declaración británica es de un contenido más terminante a los efectos que nos ocupan; pero haciendo la advertencia de que el famoso documento inglés no excluía la costumbre, y tenía un significado más acusadamente procesal, dicho de otra forma, su configuración como garantía era procesal. En relación a la Constitución germánica aludida no prohibía la analogía *contra reo*.

Ya muy cercanas a la Revolución francesa, podrían citarse, en la misma línea de declaraciones de derechos fundamentales de las personas y del principio de legalidad, referido a los delitos y a las penas, la *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia de 1774, Virginia de 1776 y Maryland de 1776, así como la austriaca denominada "Josephina" de 1787.

Pero, como acertadamente apunta Jiménez de Asúa,<sup>226</sup> no es sino hasta la Revolución francesa cuando el principio de legalidad adquiere carta universal de naturaleza, y de ahí se difunde a la gran mayoría de las normaciones fundamentales y códigos penales del siglo XIX; de esta orientación se aparta (como expresa Muñoz Conde)<sup>227</sup> el derecho penal anglosajón, que sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por la vinculación del juez, en primer lugar, al precedente judicial a la tradición judicial (el *Common Law*), y posteriormente al "derecho legal" dimanante del Parlamento (*Statute Law*), erigiéndose en un sistema jurídico con connotaciones muy específicas.

García Ramírez,<sup>228</sup> en palabras muy certeras, sintetiza que la evolución del sistema de los delitos y de las penas ha conducido desde un régimen privado, que tuvo su concreción en la venganza (aminorada por el talión y la composición), a la asunción estatal exclusiva del *jus puniendi*, que se consume en el derecho abstracto a incriminar y sancionar, y comprende la titularidad de la pretensión punitiva.

La legalidad penal, en su doble vertiente, la incriminadora y la sancionadora, se consagra en el dogma *nullum crimen, nulla poena sine*

<sup>225</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. II, pp. 385, 386 y ss.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 387.

<sup>227</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, *supra* nota 217, pp. 82, *in fine*, y 83.

<sup>228</sup> García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1983, pp. 15 y 16.

*lege*; en otras palabras, principio de tipicidad en la erección de la conducta punible, y principio de atribución legal, tanto en calidad como en cantidad (por contraposición a lo que ocurriría, *stricto sensu*, en un sistema de pena absolutamente indeterminada), por lo que se refiere a la consecuencia (pena o medida) del comportamiento incriminado.

De aquí se siguen (indica García Ramírez) el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal (por contraste con otros órdenes, de carácter discontinuo, en los que hay mayor flexibilidad en las fuentes de creación jurídica) y la proscripción de la integración judicial (no, desde luego, de la interpretación, que sólo corresponde al desentrañamiento del significado de la norma, e implica, por ello, un proceso lógico indispensable) utilizada —en los derechos penales totalitarios— mediante el método analógico.

En una perspectiva política, el principio de legalidad deriva del Estado liberal de derecho. Su razón de ser política reside en que el ciudadano únicamente acepta el paso del estado de naturaleza al estado civil mediante un pacto —el contrato social— en el que se asegura su participación y control de la vida política comunitaria. Beccaria<sup>229</sup> señala que, de un lado, sólo el legislador puede decretar penas, porque únicamente él representa a toda la sociedad argamasada, unida, por el contrato social, y, del otro, que —consiguientemente— los jueces no pueden acrecentar las penas establecidas por las leyes, ni siquiera con el pretexto del celoso cumplimiento de su función o del bien público.

En esta tesitura, el principio de legalidad comporta no sólo la exigencia de la seguridad jurídica (en cuanto permite el previo conocimiento de los delitos y de las penas) sino también la garantía de que el ciudadano no se verá sancionado, ni por el Estado ni por los juzgadores, con penas no admitidas por el pueblo. Pueblo representado (como expresión de la "voluntad general") en el correspondiente órgano legislativo.

Ahora bien, junto a este carácter eminentemente político anteriormente destacado, el principio de legalidad implica, como no podía por menos que ocurrir y en muy alta medida, la garantía jurídica del ciudadano frente a la facultad estatal punitiva. Esta función garantizadora, tuteladora, se proyecta en la ya citada garantía criminal y penal, en la jurisdiccional y en la de ejecución.

Las garantías criminal y penal, ínsitas en el principio de legalidad, pueden ser proyectadas en la siguiente formulación: "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*". El apotegma de la *irretroactividad* de la ley penal (desfavorable) en definitiva no es más

<sup>229</sup> Beccaria, *op. cit.*, *supra* nota 207, pp. 29, 30 y ss.

que un aspecto, una cara, del principio de legalidad, pues la separación de irretroactividad y de legalidad sería un sarcasmo, cuando no una burla sangrienta del legalismo.

Podría decirse que el principio de legalidad queda completado con esta exigencia de la irretroactividad de la ley penal. De otra forma, la función motivadora de la norma penal carecería de eficacia, y la punición de las conductas entraría en el siempre movedido terreno de las ideologías dominantes.

Afirma Jescheck<sup>230</sup> que realmente este aspecto irretroactivo del principio de legalidad es una norma protectora del reo; de ahí que —cuando la ley vigente en el momento del enjuiciamiento es más favorable que la del instante de la comisión del evento típico— entonces se aplique la ley más benévola, aunque sea posterior al momento comisivo.

La prohibición de retroactividad, de la misma manera que el principio de legalidad, fue creada —precisamente— para la protección de los individuos frente al poder punitivo del Estado. Pero, cuando se trata de exculpar, eximir o atenuar las resultancias de la intervención del poder represivo estatal, esa prohibición de la retroactividad carece, por completo, de justificación.

Quedaría una cuestión, ciertamente marginal a los efectos que nos interesan, y sería la de determinar cuál de las posibles leyes a aplicar es la más adecuada, la más benigna. Ciertos ordenamientos jurídicos punitivos dejan la elección al justiciable, pero no le falta la razón al maestro finalista Jescheck cuando afirma que la cuestión determinativa de la favorabilidad deberá ser resuelta, conforme a la "consideración concreta", aplicando la ley que —en el caso concreto— imponga la sanción menos grave.

La garantía jurisdiccional queda proyectada, en su función proteccionista de los individuos, en tanto en cuanto no cabrá la ejecución de pena alguna sino en virtud de una sentencia firme, inamovible. La sentencia, de todos es sabido, es una verdadera norma jurídica particular, obviamente basada en norma de carácter general, lo que conecta lo anterior con la exigencia ineludible de una *lege scripta*, entendida en el sentido de excluir la costumbre como fuente de delitos y penas.

La ley, emanada del poder legislativo o —en su caso— asimilada (ley formal, decreto-ley o decreto-legislativo), es la exclusiva vía de creación de derecho penal, ya que éste debe dictarse por los representantes

<sup>230</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit., supra* nota 212. vol. I, p. 187.

del pueblo, conforme al significado político del principio de legalidad antes señalado.<sup>231</sup>

Jescheck<sup>232</sup> indica que —quizás— la mayor consecuencia del principio de legalidad, en el orden concreto que nos ocupa ahora, sea la de la *exclusión del derecho consuetudinario*, en el sentido de que no pueden crearse nuevos delitos ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya (*nullum crimen sine lege scripta*).

De esta manera, la reserva de ley se formaliza mucho más tajantemente que en las demás ramas del ordenamiento jurídico. El derecho consuetudinario, admitido en otros sectores del ordenamiento jurídico, no obstante, puede tener un efecto reflejo en el derecho penal, cuando éste se remita a él.

Evidentemente, la costumbre no puede fundamentar ni agravar la responsabilidad, pero sí puede excluirla. En las causas de justificación se da la anterior circunstancia, mediante ellas penetran —en el derecho penal— las disposiciones de otras ramas jurídicas, en las que sí está permitida la costumbre como fuente del derecho (caso, señalado por el profesor Muñoz Conde, del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en que —frecuentemente— este ejercicio legítimo descansa en el derecho consuetudinario y no en una ley positiva; o el concepto de "diligencia debida", etcétera).<sup>233</sup>

En resumen: la razón auténtica de la exclusión del derecho consuetudinario del derecho penal (salvo las citadas excepciones) se fundamenta en el principio de que las normas penales sólo pueden ser promulgadas a través del órgano que representa la voluntad popular y por un procedimiento legalmente establecido (basamento democrático-representativo del principio de legalidad).

En referencia a la garantía de ejecución, el condenado (que también es un ciudadano, lo que suele olvidarse con gran frecuencia) tiene la seguridad de que no podrá ejecutarse pena alguna en forma diferente a la prescrita por las leyes y reglamentos correspondientes. Así, en México, puede ser traída a colación la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación de sentenciados (promulgada el 8 de febrero de 1971), vigente en el Distrito Federal para delitos comunes y federales, y en toda la república para delitos de carácter federal.

Finalmente, parece oportuno abordar el aspecto relativo a la denominada *lege stricta*. Este aforismo impone a la ley pena un determinado grado de precisión y excluye la analogía, cuando menos en lo que per-

<sup>231</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, p. 145.

<sup>232</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, *supra* nota 212, vol. I, pp. 179-180.

<sup>233</sup> Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, *supra* nota 217, p. 89, *in fine*.

judica al reo. El problema de la analogía está directamente emparentado con la interpretación de la ley, pero a nosotros nos interesa, a los fines de nuestra tarea, como la *necesariedad de concreción de la ley penal*.

La necesidad concretadora de la ley penal alude al aspecto material del principio de legalidad, mucho menos atendido que el formal; las exigencias materiales se concretan en la deseable redacción, lo más concisa, concreta y precisa posible de los tipos penales, sin caer en el defecto frecuente del casuismo. Cabe —también— advertir que, aunque la generalización puede facilitar la consecución de la justicia, sin embargo puede afectar la seguridad jurídica, porque la excesiva abstracción puede privar de hecho a la ley de su función material de garantía.<sup>234</sup>

El grado de vinculación del juez a la ley se determina por el grado de acierto, de exactitud mejor, con que la "voluntad general", común, del legislador consigue expresarse, de ello se deduce que la eficacia de la función de garantía de la ley depende —en muy considerable medida— de la técnica legislativa. Pero ocurre que este aspecto material queda ligado, íntimamente, con el aspecto formal, sobre todo si no olvidamos la importancia de la forma del precepto jurídico. Porque no puede, ni debe ser olvidado, que la forma "no es más que la regla de creación del contenido".<sup>235</sup>

Una eficacia absoluta del principio de reserva de ley, sin duda, sólo se consigue con una vinculación del juez a la ley formal, pero conviene no olvidar que, en los países con vigencia del derecho consuetudinario (caso de Gran Bretaña y de los Estados Unidos, entre otros), el *iter sententiae* viene determinado por una *serie de pre-juicios* elaborados científicamente.

Ahora bien, el sistema de ley escrita —frente al derecho consuetudinario— ofrece la ventaja de que, en la ley, mediante las garantías de su proceso de creación se encierra un alto grado de objetividad e imparcialidad, garantizando con su abstracción redaccional (desligada del caso concreto), la unidad y la igualdad en la aplicación del derecho.

En función de lo anterior, al estar prohibida la analogía, y al no ser recomendable la casuística, la vinculación efectiva del juzgador dependerá del grado de concreción o obstracción de la redacción de la ley. La redacción general de la norma jurídico-penal es la más segura y lógica forma de vinculación. La consecución de esa redacción general se realiza con la descripción de los factores típicos de cada grupo de casos.

<sup>234</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, p. 146, *ab initio*.

<sup>235</sup> Dussort, Henri, *L'Eco'e de Marbourg*, París, PUF, 1963, pp. 91, 92, 107.



Justamente al revés que en la casuística, que aferrada a superficialidades, que —en modo alguno— se adaptan a los hechos concretos punibles, hace surgir lagunas, que impiden solucionar correctamente algunos supuestos, ya que al juez le está vedado completar la ley mediante la analogía.<sup>236</sup>

El peligro del abstraccionismo excesivo reside en lo que se ha dado en llamar "cláusulas generales", que eliminan las diferencias materiales y anulan la función garantizadora de la ley penal. El ámbito de lo punible queda difuminado, y —en este supuesto— de poco sirve la exigencia formal de una ley previa, y así su contenido no permite distinguir, con seguridad, lo delictual de lo que no lo es. De esta manera (con las "cláusulas generales") se lesiona el principio o aforismo *nullum crimen sine lege stricta*.

Se impone, por consiguiente, en aras de la seguridad jurídica que el propio legislador no sólo clasifique las características diferenciales, decisivas para delimitar el contorno de los tipos penales, sino también su enfatización adecuada con el empleo de conceptos específicos generales (recuérdese *lo común de lo diverso* de la ciencia moderna).

Sólo mediante la combinación de generalización y diferenciación se constituyen las bases metódicas de la "formación de los tipos penales", a través de los que la función garantizadora de la legislación penal alcanza su importancia práctica. *Generalización y diferenciación son, por tanto, los dos fundamentos esenciales de una técnica legislativa adecuada para superar, conciliándolas, las exigencias de la antinomia justicia y seguridad jurídica.*

Rodríguez Mourullo<sup>237</sup> señala que la forma de comprobación, en el plano general, del respeto o no de las exigencias dimanantes del Estado de derecho no reside —actualmente— en el reconocimiento y consagración (formal), inclusive a nivel constitucional, del principio de legalidad, sino en si las específicas disposiciones penales responden (tanto al enunciar el presupuesto como la consecuencia jurídico-penal) al postulado de una concreta y precisa determinación, constitutiva de la garantía insustituible de seguridad política para los fundamentales derechos de la persona, cuya realización es —para un Estado de derecho— una auténtica exigencia ética. Aunque, como se lamenta el catedrático de la Autónoma de Madrid, el legislador no siempre respeta las exigencias de precisión y claridad derivadas del principio de legalidad.<sup>238</sup>

<sup>236</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, *supra* nota 212, vol. I, p. 174.

<sup>237</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *op. cit.*, *supra* nota 222, pp. 882 y ss.

<sup>238</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Ed. Civitas, 1978, vol. I, p. 50.

Lo referenciado, en orden a los presupuestos de la pena, cabe —también— trasladarlo respecto a la determinación de la misma. Vertido a interrogante, cabe preguntarse: ¿cuál es el margen del arbitrio judicial compatible con el principio de legalidad? Aquí, la evolución de la dogmática jurídico-penal ha pasado del punto de vista de la reserva exclusiva al legislador de la fijación de la pena, sin intervención del juzgador, hasta la postura moderna de las tendencias político-criminales y juscomparatistas que propugnan un arbitrio judicial amplio.

En cuanto a las medidas de seguridad, su propia naturaleza hace difícil su estricta sujeción al principio de legalidad, ya que la tipificación de la peligrosidad no es factible en cuanto estado del sujeto, y tampoco puede precisarse del todo el concreto contenido de las medidas a ejecutar. Todo ello, sin embargo, no debe ser obstáculo para condicionar la aplicación de medidas de seguridad al cumplimiento de ciertos presupuestos definidos por la ley, que aseguren al ciudadano una garantía mínima, así como establecer ciertas limitaciones respecto de la gravedad de las medidas a imponer, dicho con otras palabras, es una necesidad, derivada del propio Estado de derecho, fijar unos límites precisos a las medidas de seguridad en base al principio de legalidad.<sup>239</sup>

## 2. Límites derivados del Estado democrático

El Estado de derecho supone la existencia de un Estado en que el poder se somete a la ley. Pero, como señala Mir Puig,<sup>240</sup> Un Estado de derecho, por el hecho de serlo, no necesariamente es un Estado democrático. Para ello no es suficiente que el poder se ajuste al derecho, sino que es preciso —además— que ese derecho sirva a cada ciudadano, de aquí nacen nuevos límites al derecho a castigar e imponer medidas de seguridad para un Estado democrático.

Dichos límites, en un Estado democrático, atañen a la necesaria conexión entre pena y medida de seguridad, por un lado, y su fundamento político democrático por el otro. Enmarcados los límites, en la forma señalada, resulta necesario exponerlos distinguiendo los tres momentos en que aquella función se diversifica: el legislativo, el de aplicación judicial y el de ejecución.

<sup>239</sup> Barreiro, A. Jorge, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Ed. Reus, 1976, pp. 133, 134, 135 y ss.

<sup>240</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra*, nota 205, p. 151.

a) *Referentes al momento legislativo*

Dicha limitación dimana de tres principios (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad).

El principio de protección de bienes jurídicos, respecto del cual hemos hablado *ut supra*, dada su íntima conexión con la fundamentación funcional de la pena, supone la nocificación del delito como lesión efectiva o potencial de bienes jurídicos. Sólo la necesidad de defender los bienes jurídicos justifica la intervención estatal punitiva. Mientras el sujeto activo, mediante un hecho, no haya creado —cuando menos— una objetiva situación de peligro para algún bien jurídico, ni cabe hablar de delito, ni puede justificarse una intervención estatal.<sup>241</sup>

En un Estado democrático, la utilización de la pena y de la medida de seguridad quedan circunscritas a la protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos, ya que los bienes jurídicos son aquéllos en que se concretan las condiciones de vida de todos y cada uno de los ciudadanos, los fines trascendentales quedan conferidos a la competencia de otras entidades. De lo anterior se infiere, sin mayores razonamientos, el carácter eminentemente social de dichos bienes protegidos por el derecho penal, ya que la esencia de la existencia del ordenamiento jurídico-penal es la garantía de una recta y adecuada convivencia social.

En cuanto al principio de culpabilidad, conviene puntualizar su integración por dos exigencias de naturaleza diferente. *De un lado*, la necesidad de la concurrencia, entre los presupuestos de la pena, de dolo o culpa y de la exención punitiva del caso fortuito. *De otro*, el apotegma de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

El principio "no hay pena sin culpabilidad" significa que para que alguien pueda ser castigado con una pena es necesario que la ejecución del hecho injusto le sea personalmente reprochable. Culpabilidad es reprochabilidad, si no puede reprochársele su actuación no puede ser castigado.

La moderna conciencia jurídico-penal tiene como uno de sus integrantes principales el principio de que no hay pena sin culpabilidad. La evolución, en este aspecto, ha sido grande y altamente beneficiosa desde el aspecto jurídico humanitario. En los ordenamientos penales primitivos lo sustancial era la causación objetiva de un resultado dañoso, pero el derecho penal moderno detecta el tránsito desde esta situación obje-

<sup>241</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *op. cit.*, *supra* nota 238, vol. I, p. 52.

tiva hacia la responsabilidad por culpabilidad. Aunque conviene dejar consignado que todavía existen rescoldos objetivos de responsabilidad, cual es el caso de los delitos cualificados por el resultado.<sup>242</sup>

Hemos enfatizado la reprochabilidad, destacando que en un derecho penal democrático se tiene que respetar la dignidad humana del ciudadano, y ésta impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo. La culpabilidad supone la atribuibilidad del injusto al autor, a su autor, y en esto hay plena coincidencia en la doctrina actual, por encima de discordancias referentes al concreto criterio, que permite tal atribuibilidad.

Mir Puig,<sup>243</sup> indica que el significado político-criminal de la categoría dogmática de la culpabilidad es el de requerir la "pertenencia" del hecho a su autor, en tanto que sujeto racional capaz de autodirección normal. Dejar de requerir la culpabilidad sería castigar por hechos no "pertenecientes" a su autor, tratando a éste con olvido de su naturaleza racional autónoma y —por ello— de su específica dignidad humana. El delincuente sólo queda instrumentalizado en los estrictos límites adecuados para la protección de los bienes jurídicos. No se castiga por el delincuente sino por la sociedad.

Al limitar la pena al injusto culpable, la instrumentalización del delincuente encuentra, cuando menos, un importante paliativo: se hace recaer la pena en el delincuente sólo cuando éste ha decidido cometer el hecho con arreglo a su capacidad de autodirección normal, con plena conciencia de que el delinquir suponía el riesgo de un posible castigo.

En consecuencia, el principio de culpabilidad, *stricto sensu*, es un postulado del Estado democrático. Si el Estado social, que busca la eficacia social, tiende a extender la prevención de delitos en la medida de lo posible, el Estado democrático (inspirado por el punto de vista de cada ciudadano) ha de limitar la prevención por la exigencia de que el hecho a castigar sea atribuible a su autor.

Respecto de las medidas de seguridad, el Estado democrático (en función del criterio fundamentador del principio de culpabilidad anteriormente expuesto), no puede rechazarlas de forma absoluta, pero sí deviene en exigible —en relación a las mismas— que la utilización de ellas responda al *principio de subsidiariedad*. En otras palabras, la licitud de las medidas de seguridad, de su aplicación, queda supeditada (prescindiendo del postulado de la culpabilidad), a que —cuando la pena ade-

<sup>242</sup> Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1957, t. II, pp. 29, 30 y ss.

<sup>243</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, pp. 155, 156, 157.

cuada al injusto punible no sea factible— la protección de los bienes jurídicos requiera la curación, la corrección o la inocuización del individuo; claro está que todo ello ha de condicionarse a que la necesidad de protección sea del todo ineludible.<sup>244</sup>

Lo anterior invierte el planteamiento ordinario de la relación pena-medida de seguridad. En dicho planteamiento se repele la pena porque no se puede castigar faltando la libertad de voluntad. En la nueva formulación, la pena es preferible a la medida de seguridad, que sólo es lícita cuando aquélla no es posible. Sólo en este supuesto, y por absoluta necesidad, puede ser sometido al ciudadano a una privación o limitación de derechos por algo que no ha decidido culpablemente.

Dentro de lo referente al momento legislativo, el tercer y último límite impuesto por el Estado democrático viene inferido del principio de proporcionalidad. ¿Qué significación tiene esta proporcionalidad en un derecho penal democrático? La respuesta es que la gravedad de las penas ha de ajustarse a la valoración que la sociedad realiza de los hechos a que se asignan. Más claramente expresado: ha de haber proporción, adecuabilidad, entre la dureza de las penas y la gravedad que los hechos castigados tienen para la sociedad.

La proporcionalidad es necesaria en función de las valoraciones ético-sociales (entendidas —aquí— como coincidencia entre moral social y utilidad social, con lo que quedan excluidas ciertas esferas de intimidad en los comportamientos individuales, ajenas a la regulación del orden jurídico-punitivo), ya que, como indica Maurach,<sup>245</sup> la prevención general se logra más eficazmente cuando las penas se corresponden con las expectativas éticas de la sociedad, y —por contra— surten el efecto adverso (rechazo ciudadano de la ley) cuando son “sentidas” como injustas por el cuerpo social.

Finalmente, el abandono de la proporcionalidad y si fueran previstas sanciones de igual gravedad para delitos muy perjudiciales y menos dañosos se estaría incitando al delincuente a optar por la más absoluta indiferencia en la elección de la comisión de unos u otros.

#### b) *Referentes al momento judicial*

*Los tres anteriores principios:* primacia para imponer penas o medidas de seguridad de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, enraizados en su contexto social; relevancia jurídica de la culpabilidad, con preponderancia de la reprochabilidad; y proporcionalidad

<sup>244</sup> *Idem*, p. 157.

<sup>245</sup> Maurach, Reinhart, *op. cit.*, *supra* nota 209, t. I, pp. 80-81.

entre penas y medidas de seguridad con la dañosidad o peligrosidad social; *limitan —también— la función judicial de aplicación de la ley.*

Nos estamos refiriendo, obviamente, no a la determinación legal de la pena, es decir, a la que se realiza mediante la concreción legal de las circunstancias modificativas y otros criterios, sino a la propia determinación judicial de la pena, que opera dentro del ámbito concedido al arbitrio judicial, que para no convertirse en arbitrariedad ha de sujetarse a criterios objetivos.

En primer término, al juzgador no le es lícito elevar la pena con fundamento en la vulneración de objetos distintos a los bienes jurídicos. De ahí, que no sólo el *desvalor del resultado*, sino también el *desvalor de la acción* deberán relacionarse con el ataque a bienes jurídicos y servir, por tanto, como criterio de agravación judicial de la pena.

En segundo término, es precisamente en el ámbito judicial en donde posee más evidente eficacia regulativa práctica el *concepto material de culpabilidad* mantenido. En la determinación judicial de la pena faltan concretas prescripciones legales (al contrario de lo que ocurre en la determinación legal) sobre el modo de valorar específicamente la culpabilidad del autor. Entonces pasa a primerísimo lugar el concepto científico de culpabilidad, único susceptible de orientar la decisión judicial. Sin entrar en los complejos problemas doctrinales de la culpabilidad, que quedan fuera de nuestro objetivo principal, *conviene puntualizar que lo específico de la culpabilidad* (como ya se ha dejado indicado) es exigir la "pertenencia normal" del injusto a su autor, lo cual presupone que el hecho sea producto de una elección racional en condiciones normales.<sup>246</sup>

Cuando el proceso motivatorio no discurre conforme a esta "normalidad", la culpabilidad se excluye o se atenúa, según el grado de la *anormalidad* que puede dimanar de anomalías concurrentes en el sujeto (enajenación) o en la situación (arrebato, etcétera). Pero, con independencia de las causas modificativas o excluyentes de la culpabilidad legalmente previstas, el juzgador habrá de ponderar (como orientación de su arbitrio) todos los factores coincidentes en la alteración de la normal racionalidad de la decisión criminal. Entre ellas las denominadas "condiciones externas", y sin perjuicio de la intuición de las mismas realizada por la concepción normativa dominante de la culpabilidad.

De las condiciones externas sobresalen, con singular protagonismo, las "circunstancias sociales" ambientales del hecho. No sería nunca igual, a estos efectos, un delito patrimonial perpetrado por quien vive

<sup>246</sup> Mir Puig. Santiago. *op. cit.*, *supra* nota 205, pp. 160, 161, 162.

en una situación económica miserable que el realizado por una persona poseedora de abundantes medios de fortuna (ejemplo de Frank, recogido por Sáinz Cantero).<sup>247</sup>

En un Estado democrático, cuya meta na de ser tratar con igualdad a todos los ciudadanos, ello comportará el tratamiento desigual de los casos desiguales. De ahí que —en la práctica— lo anterior suponga, de hecho, tratar con mayor rigor a los mejor dotados socioeconómicamente, para evitar la desgraciadamente frecuente discriminación vejatoria de los delincuentes débiles, económicamente hablando.

En tercer y último término, el juzgador habrá de orientarse en su decisión por la proporcionalidad. El arbitrio judicial, en este caso, implicará la solución justa de los supuestos fácticos juzgados, lo que supone que cada sujeto activo sea sancionado en proporción al daño causado y a la peligrosidad del ataque representado por su delito. Sólo así se conseguirá la democrática igualdad ante la ley. Ajustándose a la metodología de la teoría del delito, el juzgador habrá de examinar, primero, la gravedad del injusto (proporcionalidad) y después valorar en qué medida es atribuible a su autor (culpabilidad).

### c) *Referentes al momento de la ejecución de la pena*

En este aspecto, en un Estado democrático la finalidad de la pena se fundamenta (tal como señala el artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución mexicana) "... sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

*En resumen:* en un Estado democrático la ejecución de la pena (especialmente en las penas privativas de libertad) supone una concepción resocializadora, que tiende a crear en el condenado posibilidades de real participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal.

En el moderno penitenciarismo, el tratamiento resocializador se pretende, todavía como desiderátum, que constituya un permanente diálogo entre el Estado y el sentenciado. Cibernéticamente hablando, se expresa indicando que la norma penal no opera con arreglo al esquema de la "conducción" (que no toma en cuenta los resultados), sino según el de la "regulación" (que va adaptándose conforme a los resultados).

En lenguaje ordinario, jurídicamente ordinario, el exacto contenido de la pena (su forma de ejecución) no estaría fijado de antemano en

<sup>247</sup> Sáinz Cantero, J.A., *Derecho penal*, Madrid, Unidades didácticas para la Universidad a Distancia, 1974, separata XIX-8.

la sentencia, sino que iría concretándose y modificándose por ese "diálogo Estado-condenado".<sup>248</sup>

¿Cómo podría resumirse todo lo anteriormente expuesto? Quizás Mir Puig<sup>249</sup> haya sintetizado —en forma por demás coherente— el papel del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho, todo ello a la luz o desde la perspectiva doble de una efectividad democrática y bajo el principio de legalidad. Hemos citado, reiteradamente, al autor catalán porque, una vez que pudo desembarazarse del corsé hermético de la legislación dictatorial, ha sabido situar la moderna problemática penal en un plano muy adecuado.

El derecho penal, en un Estado social y democrático de derecho, no puede —pues— renunciar a la misión de activa y eficaz incidencia en la lucha contra la delincuencia, antes al contrario debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría tener su concreción en los siguientes puntos:

1) El derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (*Estado social*), entendidos como "aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos" (bienes no en un sentido únicamente naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación efectiva en los sistemas sociales fundamentales, y en la medida en que los propios ciudadanos consideren graves tales hechos) (*Estado democrático*). Un derecho penal de tal talante debe, por tanto, orientar, dirigir, encauzar la función preventiva de la pena conforme a los ya citados principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Si nos detenemos un momento a considerar lo anterior, guardando las proporciones oportunas, ello equivale a traducir el principio jusnaturalista de que al Estado le corresponde la tarea de crear y mantener las condiciones, espirituales y materiales, necesarias para el logro de la finalidad trascendente y última de sus súbditos, a su conversión —en el ámbito penal— en la obligación estatal de "promover y remover" los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad del individuo (y, por consiguiente de los grupos integrados por éste) sean reales y efectivas. De ahí, dimana la obligatoriedad de prevenir la comisión de eventos delictuales incidiendo sobre la generalidad, es decir, con la exigencia constitucional de que la prevención general sea fina-

<sup>248</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, pp. 164, 165.

<sup>249</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 206, p. 30.



lidad relevante entre los objetivos a perseguir con las sanciones penales.<sup>250</sup>

En un Estado democrático, la prevención general no puede ser lograda mediante la simple intimidación (con su carga de amenaza punitiva para los eventuales delincuentes), sino que ha de comportar un cierto consenso de la ciudadanía en que se satisfacen las convicciones jurídicas comunitarias con la garantización de determinados valores sociales.

En estas condiciones, en un Estado social y democrático de derecho, la prevención no sólo procederá del temor al castigo, sino más bien de unas sanciones orientadas a satisfacer el sentimiento jurídico colectivo. De ahí, que sean dos los aspectos que ha de adoptar la prevención general en el ordenamiento jurídico-penal de un Estado social y democrático de derecho: a) aspecto de prevención intimidatoria (denominada prevención general especial o negativa); y b) aspecto de prevención general estabilizadora o integradora (llamada prevención general o positiva).<sup>251</sup>

Por supuesto que toda prevención general, mediante una pena, lleva una carga intimidatoria ineludible. Pero, para que sea socialmente integradora, aparte de comportar cierto consenso social, ha de ejercerse dentro de los reiterados límites concernientes a un Estado social y democrático de derecho, pues el no respeto de esos límites políticos (protección exclusiva de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etcétera) haría perder a la prevención general su carácter estabilizador.

2) El derecho penal democrático debe desenvolverse con sujeción estricta a los límites del principio de legalidad, tanto por lo que hace a su vertiente *formal* (el establecimiento de delitos y penas ha de realizarse por disposiciones con rango de ley y anteriores al hecho enjuiciado), como a su plasmación *material* (exigencia de concreción y claridad en las proposiciones jurídico-penales); y

3) El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino que también debe respetar y atender a toda minoría y a todo ciudadano, en la medida adecuada en que ello resulte posible de concordar con la paz social. El derecho penal democrático no sólo debe defender a la mayoría de los delincuentes, sino que ha de respetar la

<sup>250</sup> Berdugo, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 37. Citado por Mir Puig, *op. cit.*, *supra* nota 206, p. 20, nota 25 bis.

<sup>251</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 16, 1982, pp. 97, 98, 99 y ss.

dignidad del propio delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal.<sup>252</sup>

De las dos finalidades anteriores, *la primera* es atendida con el impedimento de la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad social y colectiva de nuestro momento histórico (así, el artículo 15 de la Constitución española de 1978, y el artículo 22 de la Constitución mexicana); *la segunda* obliga a "ofrecer" al condenado "posibilidades" para su resocialización y reinserción social (artículo 25.2 de la norma fundamental hispana, y artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución de la República Mexicana).

Ello debe tener su reflejo, *en primer término*, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no siendo absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como inconveniente o contraindicada en referencia a la resocialización.

*En segundo término*, se necesita toda una concepción democrática de la ejecución de las penas, que esté basada en la participación del sujeto en ellas, y no pretenda sino la ampliación de las "posibilidades de elección del condenado" eludiendo las alusiones valorativas.

*Finalmente*, los antecedentes penales deben ser suprimidos en tanto que obstáculos para la reinserción social, en otras palabras, los antecedentes penales no constituyen, no deben constituir, en ningún caso, motivo de discriminación social o jurídica, a estos efectos cabe destacar la singular importancia de los llamados "sustitutivos" de las penas y la posibilidad de suspensión de sentencias, línea seguida por la iniciativa presidencial en la última reforma al Código penal del Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia federal (de 28 de noviembre de 1983), que coloca a la legislación punitiva mexicana entre las más modernas y actualizadas.

La concepción retributiva de la pena en función o como pago del mal cometido tiende a desaparecer en el derecho penal, en un Estado social y democrático de derecho, y es sustituida por una "política social" al servicio de los ciudadanos, de todos los ciudadanos (incluidos los delincuentes, que también lo siguen siendo), con la final resultancia de que el ordenamiento jurídico-punitivo sólo intervendrá cuando sea *absolutamente necesario* para proteger a los ciudadanos.<sup>253</sup>

Nos gustaría terminar este apartado capitular, trayendo a colación

<sup>252</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 206, pp. 32, 33, 34.

<sup>253</sup> *Idem*, pp. 34, 36 y 37.

unas palabras, señeras, profundas y plenas de sentido político, del maestro Hans Kelsen:<sup>254</sup>

Sólo el tipo democrático es capaz de juzgar objetivamente la forma estatal que le está ordenada; y lo que es más importante, sólo él tiene inclinación a hacerlo. Lo que constituye su fuerza científica, es su debilidad política.

En tanto que la oposición de formas políticas puede reducirse a una antítesis de actitudes íntimas humanas, es lógico que la pugna entre una mentalidad puramente científica (esto es, orientada simplemente al valor del conocimiento) y una mentalidad política (es decir, enfocada hacia un valor distinto y, para ella, superior al del conocimiento, por ejemplo, el valor de la sociedad), vaya unida con el antagonismo de democracia y autocracia.

Y así ya no resulta tan paradójico que en el hogar de la democracia pueda florecer una ciencia auténtica del Estado, con la garantía de la libertad intelectual, mejor que en la autocracia, en la que sólo puede cultivarse una ideología del Estado; y tampoco es extraño que quien se sienta interiormente inclinado a la democracia se encuentre mejor dispuesto a elaborar una concepción puramente científica del derecho, del Estado y de la sociedad, que aquél a quien su carácter impulsa hacia la autocracia y, por tanto, hacia toda actitud típicamente ideológica.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL

En su introducción a la traducción del famoso libro del maestro teutón Claus Roxin,<sup>255</sup> *Política criminal y sistema del derecho penal*. Muñoz Conde indica —en palabras que se nos antojan muy acertadas— la situación de la problemática penal alemana actual, que —en mi concepto, al menos— la centran en sus parámetros adecuados.

Tras señalar que la dogmática jurídico penal germánica atraviesa una crisis, no necesariamente negativa (añadimos por nuestra cuenta), expresa que dicha situación crítica es debida —en medida altísima— a la polémica enconada entre causalistas y finalistas, actualmente jefaturados por Schmidhäuser los primeros, y por Jescheck los segundos.<sup>256</sup>

El aspecto aprovechable de esta crisis ha sido la profunda revisión

<sup>254</sup> Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Luengo Tapia y Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1974, pp. 152-153.

<sup>255</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 214, "Introducción".

<sup>256</sup> Schmidhäuser E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970; Jescheck, *op. cit.*, *supra* nota 212.