

UNIVERSIDAD DE BURGOS  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO  
PROGRAMA SOCIEDAD PLURAL Y NUEVOS RETOS DEL DERECHO

Rogério Greco

DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO  
Una visión minimalista del derecho penal

Burgos

2008

Rogério Greco

DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO

Una visión minimalista del derecho penal

Trabajo de investigación presentado a la Universidad de Burgos para reconocimiento de la Suficiencia Investigadora en el programa de doctorado Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho.

Orientador: Dr. Miguel Ángel Iglesias Río

Burgos

2008

CONTENIDO	
CAPÍTULO 1 .....	5
INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO 2 .....	10
ABOLICIONISMO, DERECHO PENAL MÍNIMO Y MOVIMIENTO DE LEY Y ORDEN .....	10
2.1.    EI ABOLICIONISMO .....	11
2.2.    EI MOVIMIENTO DE LEY Y ORDEN .....	18
2.2.1.    DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....	24
2.3.    EL DERECHO PENAL MÍNIMO .....	31
CAPÍTULO 3 .....	39
ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS .....	39
3.1.    INTRODUCCIÓN .....	39
3.2.    PRINCIPALES ÁREAS DE ESTUDIO DEL CRIMINOLOGO .....	40
3.3.    TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS .....	43
3.3.1.    TEORÍA DEL DELITO COMO ELECCIÓN .....	44
3.3.2.    TEORÍAS DE LAS INFLUENCIAS .....	46
3.3.3.    LAS PREDISPOSICIONES AGRESIVAS .....	50
3.3.4.    EI APRENDIZAJE DE LA DELINCUENCIA .....	52
3.3.5.    TEORÍA DEL ETIQUETADO (LABELING APPROACH) .....	53
3.4.    CONCLUSIÓN .....	56
CAPÍTULO 4 .....	58
CONCEPTO DE PRINCIPIOS .....	58
4.1.    EI CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS .....	61
CAPÍTULO 5 .....	65
PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO .....	65
5.1.    Principio de la dignidad de la persona humana .....	65
5.1.1.    La concepción normativa de la dignidad de la persona humana .....	67
5.1.2    La desobediencia al principio de la dignidad de la persona humana por el propio Estado .....	71
5.1.3    A relativización del principio de la dignidad de la persona humana .....	72
5.2.    PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA .....	73
5.2.1.    TEORÍA DE LO BIEN JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA .....	75
5.2.2.    LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL DERECHO PENAL .....	86
5.3.    PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD (LESIVIDAD) .....	88
5.4.    PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL .....	93
5.5.    PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA .....	96
5.5.1.    ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA .....	97
5.6.    PRINCIPIO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA .....	102

5.7.	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	106
5.7.1.	LA PENA NECESARIA .....	110
5.7.2.	LA PENA SUFICIENTE .....	113
5.8.	PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL .....	115
5.9.	PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE LAS PENAS .....	119
5.9.1.	LA PENA DE MUERTE .....	122
5.9.2.	LA PENA DE CARÁCTER PERPETUO .....	124
5.9.3.	LA PENA DE TRABAJOS FORZADOS .....	126
5.9.4.	LA PENA DE BANIMENTO .....	127
5.9.5.	LAS PENAS CRUELES .....	128
5.10.	PRINCIPIO DE CULPABILIDAD .....	130
5.11.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	136
5.11.1.	NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE PRAEUIA .....	139
5.11.2.	NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA .....	140
5.11.3.	NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE STRICTA .....	141
5.11.4.	NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE CERTA .....	144
	CAPÍTULO 6 .....	149
	LA SELECTIVIDAD DEL DERECHO PENAL .....	149
	CAPÍTULO 7 .....	153
	IMPLEMENTACIÓN DE LAS FINALIDADES SOCIALES DEL ESTADO COMO FACTOR INHIBIDOR DE LA PRÁCTICA DE INFRACCIONES PENALES .....	153
	CAPÍTULO 8 .....	158
	LA IDEA DE LA RESOCIALIZACIÓN .....	158
	8.1. LA RESOCIALIZACIÓN BAJO EL ENFOQUE DEL DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO .....	163
	CAPÍTULO 9 .....	167
	CONCLUSIÓN .....	167
	NOTAS .....	171
	BIBLIOGRAFÍA .....	179

# CAPÍTULO 1

## INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación de masa no se cansan de divulgar noticias encendidas, de alguna forma, a la criminalidad. Periodistas, actores, presentadores de televisión y radio, en fin, todos los comunicadores tienen siempre el crimen, el criminoso y la víctima como temas de pauta.

Las discusiones trabadas son las más grotescas posibles. Todos se intitulan especialistas en el asunto. A fin de acabar con las prácticas criminosas, proponen soluciones siempre ligadas a la neocriminalización o a neopenalización, o sea, las propuestas son siempre en el sentido del aumento de las hipótesis típicas o al recrudecimiento de las culpas ya existentes.

Para la mayoría, todos los problemas sociales serán resueltos por intermedio del Derecho Penal, desde que éste sea aplicado de la forma más dura posible, teniendo la finalidad de amedrentar aquéllos que, posiblemente, osarían practicar determinada infracción penal.

Nuestra propuesta será a de intentar apuntar y aclarar los errores de un pensamiento devotado para un Derecho Penal Máximo, que acarrea a una insostenible situación de inflación legislativa, cuyo único resultado es hacer con que cada vez más el Derecho Penal sea desacreditado.

Beccaria, ya en 1764, en conclusión a su trabajo, en el capítulo XLII de su obra intitulada De los Delitos y de las Cuitas, decía:

“para que cada cuita no sea una violencia de un o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, eficaz, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los crímenes, dictada por las leyes”.

El título escogido, Derecho Penal del Equilibrio, tiene por finalidad demostrar que el Derecho Penal, como lo más opresor de todos los ramos del orden jurídico, solamente podrá ser erigido cuando estrictamente necesario, esto es, cuando indispensable a la protección de los bienes más importantes y vitales a la convivencia en sociedad, cuya tutela por los demás Ramos del orden jurídico se mostró insuficiente.

El estudio tendrá como punto central el Derecho Penal Mínimo, aquí denominado Derecho Penal del Equilibrio, pues que intentaremos demostrar que esta visión política es a que más atiende a los anhelos de la sociedad, evitando que el Derecho Penal sea tenido como meramente simbólico.

La discusión, lejos de ser tan sólo académica, posee una aplicación práctica indiscutible. La adopción verdadera de un Derecho Penal Mínimo, pautado en la teoría garantista pregonada por Luigi Ferrajoli, en un Estado Constitucional de Derecho, hará con que el legislador observe atentamente los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales (español y brasileño), bien como en los tratados y convenciones internacionales que digan respeto a los derechos humanos.

Podrá ser reconocido como un Derecho Penal del Equilibrio porque se posicionará entre la tesis del Derecho Penal Máximo, reflejo en los llamados a movimientos de Ley y Orden, bien como la tesis abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman.

Se justifica la defensa de la tema y sua perfeccionamiento en razón del momento por el cual a sociedades brasileña y española vienen experimentando. La criminalidad organizada atemoriza la población en general con su audacia; infracciones graves son practicadas en plena luz del día; los medios de comunicación estimulan la transmisión de imágenes chocantes. La sociedad, amedrentada, cede delante de los apelos transmitidos por los comunicadores y pasa a adherir a las tesis de la mayor criminalización y de la creación de leyes que imposibiliten el retorno del agente a la convivencia social, descartándose, casi siempre, la posibilidad de su recuperación.

Aun cuando completamente inviable, en faz del dispuesto en el art. 60, § 4o, IV, de la Constitución Federal Brasileña, que dice que *no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda con tendencia a abolir los derechos y garantías individuales*, bien como de la Constitución Española que, en la parte segunda de su art. 15 dice que *queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*, políticos inescrupulosos vuelven a discutir, casi siempre a las vísperas de las elecciones, la necesidad de ser implementadas en Brasil las penas de muerte y de prisión perpetua.

La sociedad deberá ser debidamente informada sobre la ilegitimidad de tal discurso, pues que, además no poder ser enmendada la Constitución con esa finalidad, como es el supuesto de la Constitución Federal Brasileña, mismo si surgiese otra orden constitucional, fruto de un poder constituyente originario, con la promulgación de una nueva Constitución, los derechos ya conquistados no podrían retrotraer, como bien destacó Fábio Konder Comparato (La afirmación histórica de los derechos humanos, P. 291), cuando asevera que “en materia de derechos humanos, no se admite regresiones, por medio de revocación normativa, todavía que efectuada por diplomas jurídicos de jerarquía superior aquél en el que fueron tales derechos anteriormente declarados. Si, por ejemplo, la pena de muerte es abolida por norma constitucional, el advenimiento de nueva Constitución no puede restablecerla”.

Nada mejor, por tanto, de lo que erigir la bandera, en este momento, del Derecho Penal Mínimo, mostrando a la sociedad la verdadera faz del Derecho Penal, como él selecciona las personas que serán punidas, el tiempo que se pierde con infracciones de pequeña o ninguna importancia.

Todo el aparato policial, una vez adoptado el Derecho Penal del Equilibrio, estará libre para investigar los casos de real importancia. Incontables infracciones penales deberán ser retiradas de nuestros órdenes jurídicos-penales, permitiendo que aquellas conductas que afecten bienes jurídicos de relieve reciban, con la agilidad necesaria, el castigo del Estado.

Nuestro objetivo en este trabajo es buscar concienciar los legisladores y aplicadores de la ley – aquí incluidos los académicos de derecho –, bien como la sociedad de forma

general, a respeto de la falacia del discurso represivo, que atiende solamente a los anhelos de la clase dominante, pues que en él columbra un instrumento de coacción cuya finalidad única es atender sus intereses.

Demostraremos que el problema que la sociedad brasileña enfrenta, y la española y menor proporción, pero no exenta de él, no podrá, jamás, ser resuelto con el arma del Derecho Penal, pero que su origen se encuentra en la incapacidad del Estado de atender a sus deberes sociales, considerados como de segunda generación, tales como la educación, la salud, el trabajo, el ocio, la prevención social, etc., pues que nuestros políticos consideran como simplemente programáticas las normas constitucionales que hacen previsión de tales derechos fundamentales.

De esta forma, la orientación constante del trabajo será dirigida, primeramente, a retirar de nuestros órdenes jurídicos-penales todas las contravenciones penales, en el supuesto brasileño, bien como las faltas, previstas por la legislación española, que no posean la lógica del Derecho Penal del Equilibrio, una vez que si la finalidad diste es la protección de los bienes más relevantes y necesarios a la convivencia en sociedad, incapaces de ser protegidos tan sólo por los demás Ramos del orden jurídico; y si las contravenciones penales o las faltas son destinadas a la protección de los bienes que no gozan del estatus de indispensables, en el sentido que le presta el Derecho Penal, la única solución razonable será su retirada de la esfera de protección por este último.

Con la revocación de los tipos penales, que solamente tienen la finalidad de servir a los intereses de algunos en detrimento de muchos, el discurso crítico será no más al proceso de inflación, pero, sí, a la deflación legislativa. El jurista no puede temer la opinión pública que desconoce lo verdadero sentido del Derecho Penal. La paulatina y ordenada descriminalización hará con que la sociedad a acepte y a entienda, pues que los resultados le serán altamente favorables.

Cuando sea de extrema necesidad el mantenimiento de determinada infracción penal, deberá ser realizada una nueva averiguación en el sentido de que la pena sea siempre proporcional al mal que se quiere evitar con la conducta incriminada. Serán utilizados, aquí, también como instrumentos, el principio de la individualización y el de la proporcionalidad de las penas. El principio de insignificancia deberá ser de observancia

obligatoria.

Con la disminución del rol de las infracciones penales, la actividad policial se quedará libre para realizar su verdadera función, que es investigar el hecho criminoso, apuntando todos los elementos informativos que puedan llevar a su posible autoría y materialidad.

Los juicios criminales, desde entonces, estarán aptos a juzgar solamente aquellos casos que importen en grave repercusión social, que alcancen los bienes más caros a la sociedad.

El sistema del cárcel, por su vez, estará apto a abrigar aquéllos que violan el Derecho Penal objetivo, buscando, en la fase de la ejecución de la pena, descubrir los motivos por los cuales determinado agente optó por practicar la infracción penal, a fin de que, al permitir su retorno a la convivencia en sociedad, no sea él nuevamente forzado a practicar nuevas infracciones penales. Además, será discutido el procedimiento de resocialización, hoy día casi que abandonado por el sistema, que se preocupa más en conseguir mantener prendido el condenado de lo que efectivamente recobrarlo.

Creemos que, con la adopción de un Derecho Penal equilibrado, será apartada la sensación de impunidad, factor que induce y estimula la criminalidad.

## **CAPÍTULO 2**

# **ABOLICIONISMO, DERECHO PENAL MÍNIMO Y MOVIMIENTO DE LEY Y ORDEN**

Concluyentemente, el discurso penal agrada a la sociedad, pues que ésta en él deposita sus esperanzas. Los medios de comunicación, que ejerce poderosa influencia en nuestro medio, se encarga de hacer el trabajo de convencimiento de la sociedad, mostrando casos atroces, terribles siquiera de ser imaginados, y, como respuesta a ellos, pugna por un Derecho Penal más severo, más radical en sus castigos. La disputa por puntos en la audiencia, por venta de sus productos, transformó nuestra prensa en un show de horrores que, por más que podamos repugnarlo, le gusta asistirlo diariamente.

Es nuestra misión hacer una distinción, aun cuando breve, de los actuales discursos penales, dejando a descubierto sus verdaderas intenciones para que, al final, podamos optar, racionalmente, por de ellos.

Tres movimientos ideológicos serán analizados – el abolicionismo, el discurso de Ley y Orden y el Derecho Penal Mínimo –, siendo nuestro objetivo mostrar la faz de cada de ellos, aquello que efectivamente podrán producir en nuestra sociedad, arrumbando cualquiera otro sentimiento que no sea el raciocinio técnico.

Así, aun cuando no tengan necesariamente surgido en ese orden, haremos el estudio,

primeramente, del abolicionismo; enseguida, analizaremos el movimiento de Ley y Orden para, al final, de acuerdo con lo que osamos llamar de Derecho Penal del Equilibrio, estudiemos el Derecho Penal Mínimo.

## **2.1. EL ABOLICIONISMO**

No podemos negar que el Derecho Penal es lo más importante de todo el Ramos del orden jurídico. Después del Derecho Constitucional, que, en verdad, no puede ser entendido como rama, sino que como verdadero tronco del orden jurídico, en el cual todo el Ramos encontrarán su fuente de vida, de validez, es el Derecho Penal, sin duda, aquél que más necesita la atención del Estado, una vez que, por medio de sus sanciones, se pone en juego el bien jurídico más relevante, después de la vida, vale decir, la libertad.

También no podemos negar la crueldad del Derecho Penal (aquí entendido más como sistema penal), el pavor que, como regla, causa en aquéllos que caen en sus garras. Cierto es que el Derecho Penal tiene su público. Ni todas las personas harán parte de su “clientela”. Aquéllos que actúan en esa área pueden prestar testimonio, con seguridad, que el Derecho Penal tiene color, olor, apariencia, clase social, en fin, el Derecho Penal, también como regla, fue hecho para un grupo determinado de personas, pre-escogidas para hacer parte del show.

Aunque muchos principios intenten contener la furia del legislador, sabemos que la inclinación, por lo menos la brasileña, es a de utilizar el Estado Penal en sustitución al Estado Social. La Constitución Federal Brasileña, de la misma forma que la Constitución Española, de 27 de diciembre 1978, trajo una serie de principios que deberán servir de norte al legislador, bien como a los aplicadores de la ley. Sin embargo, aun cuando formalmente tales principios no puedan ser arrumbar, informalmente su inobservancia es muy común.

A título de raciocinio, imaginemos solamente los principios de la responsabilidad personal y de la limitación de las pena, previstos, respectivamente, en los incisos XLV y XLVII del art. 5º de la Constitución Federal Brasileña.

El mencionado inciso XLV dice que ninguna pena pasará de la persona del condenado, pudiendo el deber de reparar el daño y la pérdida de bienes ser, conforme la ley, extendidas a los sucesores y en contra de ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido.

A la primera vista, nos parece un principio de orden lógica, pues que nadie podrá ser punido por un hecho practicado por otro. Sin embargo, debe ser frisado que ni siempre fue así. En un pasado no muy distante, y podemos, aquí, para fines de visualización, estipular el final del siglo XVIII como punto inicial de la modificación del raciocinio penal, no solamente aquél que practicaba la infracción penal era punido, como también sus familiares, su clan, en fin, su sociedad de forma general.

Hoy, parece que la discusión no tiene lo menor sentido. Mientras, si arrumbo la visión formal del principio y preguntemos, informalmente, si la pena sobrepasa la persona del condenado, la respuesta solo puede ser positiva. Eso porque, cuando el Derecho Penal consigue entrar en la “vivienda de alguien”, hace daño no solamente aquél que practicó la infracción penal, como también a todos aquéllos que le son próximos. ¿Quién nunca asistió a una escena en la que la madre de determinado agente lloraba preguntándose por qué su hijo estaba siendo arrestado? O a de una esposa qué, con la prisión de su esposo, ¿pasó a ser privada de las mínimas condiciones de supervivencia, no teniendo lo que comer, lo que vestir, dónde vivir, etc.? Sus hijos pasan a mendigar. La sedición toma cuenta de aquella familia. se abre el camino para nuevas infracciones penales. Así, decir que la pena y, consecuentemente, el Derecho Penal no pueden sobrepasar la persona del condenado es una tremenda falacia.

El inciso XLVII del art. 5º de la Constitución Federal Brasileña también preconiza que no habrá penas: a) de muerte, salvo en la hipótesis de guerra declarada, conforme el art. 84, XIX; b) de carácter perpetuo; c) de trabajos forzados; d) de expulsión; e) crueles. Asimismo, El art. 15 de la Constitución Española determina que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Todas esas limitaciones administran en torno a un principio, cuyos orígenes remontan al período ilustrado, conocido como principio de la dignidad de la persona

humana.

El ser humano posee valores inalienables que no pueden dejar de ser observados por el Estado, encargado del mantenimiento de la paz social. Aunque sean pocos los derechos tenidos como absolutos, pues que ni aun la vida y la libertad lo son, a ejemplo de lo que ocurre con la pena de muerte, en los casos de guerra declarada y la pena privativa de libertad, otros existen que deben ser observados a cualquier coste, como derecho que tiene el ser humano de no ser torturado, de ser tratado de forma digna. En ese raciocinio, la pregunta que nos hacemos, en este momento, es la siguiente: Será qué, después del debido proceso legal, ¿alguien, condenado al cumplimiento de una pena privativa de libertad, venga a ser metido en una celda llena, dónde constantemente es violentada por los demás presos, estaría siendo observado el principio de la dignidad de la persona humana? Estaría, por tanto, ¿siendo obedecida la determinación constitucional que prohíbe las penas crueles e inhumanas?

Parte de ese raciocinio fue absorbido por los adeptos del movimiento abolicionista, cuyos orígenes son atribuidas a Filippo Gramatica, al final de la Segunda Guerra Mundial, según nos aclara Evandro Lins y Silva, citado por Antônio de Pádova Marqui Júnior:

A la fase tecnicista devino, después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, una fuerte reacción humanista y humanitaria. El Derecho Penal retomaba su cauce natural, en el camino que viene trillando desde Beccaria. No surgió propiamente una nueva escuela penal, pero un movimiento, creativo, que viene influyendo de modo intenso en la reforma penal y penal de la segunda mitad del siglo XX. Fue su idealizador el abogado y maestro Filippo Gramatica, que fundó, en Génova, en 1945, un Centro de Estudios de Defensa Social. Gramatica adoptaba una posición radical. Para él la Defensa Social consistía en la acción del Estado destinada a garantizar el orden social, mediante medios que importasen la propia abolición del Derecho Penal y de los sistemas penitenciarios vigentes. (1)

La crueldad del Derecho Penal, su naturaleza selectiva, la incapacidad de cumplir con las funciones atribuidas a las pena (reprobación y prevención), la característica extremadamente estigmatizante, la cifra negra (2) correspondiente a las infracciones

penales que no fueron objeto de persecución por el Estado, la selección de lo que debe o no ser considerado como infracción penal, bien como la posibilidad de los ciudadanos resolver, por medio de los otros Ramos del orden jurídico (civil, administrativo, etc.), sus conflictos, llevaron un grupo de autores a raciocinar, concluyentemente, , con la tesis abolicionista.

Conforme destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar,

“el abolicionismo es un movimiento impulsado por autores del norte de Europa, aunque con considerable repercusión en Canadá, Estados Unidos y en América Latina. Partiendo de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver conflictos, postula la desaparición del sistema penal y su sustitución por modelos de solución de conflictos alternativos, preferentemente informales. Sus mentores parten de diversa bases ideológicas, pudiendo ser fijada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, la marxista, de la primera fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie y, aunque no tenga formalmente integrado el movimiento, no parece temerario incluir en éste la estructuralista, de Michel Foucault”. (3)

Sin duda, son autores comprometidos con el principio de la dignidad de la persona humana, que llegaron a sus conclusiones delante de la irracionalidad del sistema penal. El castigo de los hechos insignificantes, por un lado, y la impunidad de los crímenes de cielo blanco, por otro, constituyen ejemplos claros de la injusticia del sistema penal. Y, aún, ¿incriminar o no incriminar? Lo qué hace permitir la transformación de un hecho qué, hasta ayer, ¿era plenamente tolerado en una conducta prohibida por el Derecho Penal?

Louk Hulsman, un de los precursores del movimiento abolicionista, asevera:

“No se suele perder tiempo con manifestaciones de simpatía por la suerte del hombre que va para la prisión, porque se cree que él hizo por merecer. ‘Este hombre cometió un crimen’ – pensamos; o, en tenemos más jurídicos, ‘¿fue juzgado culpable por un hecho punible con pena de prisión y, por tanto, se hizo justicia al encarcelarlo’. Bien, pero lo qué es un crimen? ¿Lo qué es un ‘hecho punible?’Cómo diferenciar un hecho punible de un hecho no punible?

¿por qué ser homosexual, si droga o ser bígamo sano hechos punibles en algunos países y no en otros? por qué conductas qué antaño eran punibles, cómo la blasfemia, ¿la brujería, la tentativa de suicidio, etc., hoy no son más? Las ciencias criminales pusieron en evidencia la relatividad del concepto de infracción, que varía en el tiempo y en el espacio, de tal modo que lo que es ‘delictuoso’ en un contexto es aceptable en otro. Conforme usted haya nacido en un lugar al revés de otro, o en una determinada época y no en otra, es posible – o no – de ser encarcelado de lo que hizo, o de lo que é”.(4)

La crítica abolicionista es construida desde el momento en el que surge la ley penal, prohibiendo o imponiendo determinado comportamiento bajo a amenaza de sanción, cuestionando los criterios, bien como la necesidad del tipo penal, pasando por la elección de las personas que, efectivamente, sufrirán los rigores de la ley penal, pues que, como es del conocimiento de todos, la “clientela” del Derecho Penal es constituida por los pobres, miserables, desempleados, estigmatizados por cuestiones raciales, relegados en según plan por el Estado, que de ellos solamente se recuerda en el momento crucial de ejercitar su fuerza como forma de contención de las masas, en beneficio de otra clase, considerada superior, que necesita ese “muro divisorio” para que tenga paz y tranquilidad, a fin de que pueda “producir y hacer prosperar la nación”.

Pero las críticas no se limitan a esos momentos. Mismo teniendo conocimiento del “público-blanco” del Derecho Penal, grande parte de él se queda foráneo, haciendo parte de aquello que se llama *cifra negra*, o sea, aquella parcela, en verdad la mayor, de infracciones penales que no llega al conocimiento de los órganos formales de represión (policía, Ministerio Público, Magistratura, etc.). En verdad, en lo que dice respecto a la cifra negra, aseveran Hassemer y Muñoz Conde que “- No todos los delitos cometidos llegan a ser conocidos. – No todos los delitos conocidos llegan a ser denunciados. – No todos los delitos denunciados llegan a ser esclarecidos. – No todos los delitos esclarecidos llegan a ser condenados”. (5)

Cuando el Estado consigue hacer valer su *ius puniendi*, con la aplicación de la pena prevista por la ley penal, esa pena no cumple las funciones que le son conferidas, esto es, las funciones de reprobación y prevenir la práctica del delito.

Además, aquellas conductas que fueron seleccionadas por el Estado, de acuerdo con

un criterio político, para hacer parte del ámbito de aplicación del Derecho Penal, podrían, muy bien, acaso generadores de conflictos, merecer la atención tan sólo de los demás Ramos del orden jurídico, principalmente del Derecho Civil y del Derecho Administrativo, preservándose, de esa forma, la dignidad de la persona humana, que no se encontraría en la estigmatizante condición de condenada por la Justicia Criminal.

La prisión, para los abolicionistas, es un instrumento completamente irracional, que no puede ser aplicado sin que se ofenda la dignidad del ser humano.

Sin embargo, por más que sea digno de alabanzas el raciocinio abolicionista, existen determinadas situaciones para las cuales no se imagina otra alternativa sino la aplicación del Derecho Penal. Como dejar a cargo de la propia sociedad resolver, por ejemplo, por intermedio del Derecho Civil o mismo del Derecho Administrativo, un caso de latrocinio, estupro, homicidio, o sea, casos graves que merecen una respuesta también grave e inmediata por el Estado.

Thomas Mathiesen, maestro de Sociología del Derecho de la Universidad de Oslo, mismo siendo un abolicionista, llegó a confesar:

“Tenemos que admitir quizá la posibilidad de encarcelarse algunos individuos permanezca. La a forma de tratarse de ellos debía ser completamente diferente de lo que acontece hoy en nuestras prisiones. Una forma disto ser asegurado, contra el aumento de su número debido a que un cambio de criterios, sería establecer un límite absoluto para el número de celdas cerradas para tales personas a ser aceptado en nuestra sociedad”.

(6)

Aunque extremadamente laudable el discurso abolicionista, el cierto es que, para determinados hechos graves, lamentablemente, no existe otra medicina sino el Derecho Penal, no habiendo cualquier posibilidad, por lo menos en la sociedad actual, de que renunciemos del sistema penal, bajo lo argumento de que los otros Ramos del orden jurídico sano capaces de resolver cualesquiera tipos de conflictos y lesiones a bienes jurídicos de relieve. Conforme destacado por Hassemer y Muñoz Conde:

“Las propuestas abolicionistas radicales suenan en los momentos actuales, por lo menos respecto al castigo de los delitos más graves y preocupantes para la sociedad, a

música celestial y en el mejor de los casos parecen utópicas. Sin embargo, no si debe menospreciar su importancia como crítica la los sistemas de reacción la la criminalidad de carácter punitivo actualmente existentes y como revulsivo para su revisión y reforma. Sin duda sería mejor que los conflictos sociales si solucionaran de forma dialogada a través de negociaciones entre los implicados, libres de toda injerencia o coacción externa, o que las normas que regulan La convivencia si respetaran por todos voluntariamente sin necesidad de recurrir a la sanción en caso de que se infrinjan”. (Página. 362)

En que pese la tesis abolicionista preconizar que el Derecho Penal no es el instrumento hábil para llevar a efecto el juicio de censura bajo los comportamientos desviados, hasta el momento, lamentablemente, como ya lo dijimos, no conseguimos columbrar otro que sea capaz de impedir la práctica de comportamientos graves, causadores, muchas veces, de daños irreparables a la sociedad.

Con el brillantez que le es peculiar, Antônio de Padova Marchi Júnior, disertando sobre la imposibilidad actual de alejarse completamente el sistema penal, erige la alternativa del Derecho Penal Mínimo como lo que mejor se adapta a las necesidades sociales:

“El abolicionismo surgió desde la percepción de que el sistema penal, que había significado un enorme avance de la humanidad contra la ignominia de las torturas y contra la pena de muerte, cuyos rituales macabros se encuentran retractados en la insuperable obra de Michel Foucault, perdió su legitimidad como instrumento de control social.

Todavía, el movimiento abolicionista, al denunciar esa pérdida de legitimidad, no consiguió proponer un método seguro para posibilitar la abolición inmediata del sistema penal. Delante de tal problema el principio de la intervención mínima conquistó rápidamente amplia adhesión de la mayoría de la doctrina, incluso de algunos abolicionistas que pasaron a visualizar en él un cursillo en dirección a la abolición de la pena.

De hecho, la opción por la construcción de sociedades mejores, más justas y más racionales, impone el refuerzo de la necesidad inmediata de reducción del sistema penal

mientras no se alcanza la abolición, de forma a mantener las seguridades conquistadas en favor del ciudadano y, al mismo tiempo, abrir espacio para la progresiva aplicación de mecanismos no penales de control, allende privilegiar medidas preventivas de actuación sobre las causas y los orígenes estructurales de conflictos y situaciones socialmente negativas”. (7)

## **2.2. EL MOVIMIENTO DE LEY Y ORDEN**

Si el movimiento abolicionista, por mejores que sean las intenciones de sus defensores, está predestinado, por lo menos en las próximas décadas, al fracaso, pues que la sociedad no es capaz de renunciar del Derecho Penal en lo que dice respeto a la represión de los comportamientos que atacan los bienes más importantes y necesarios a la convivencia social, en sentido diametralmente opuesto se encuentra la tesis del llamado movimiento de Ley y Orden, que pliegue un discurso del Derecho Penal Máximo, haciendo la sociedad creer ser el Derecho Penal la solución de todos los males que la abruman.

Los medios de comunicación, al final del siglo pasado e inicio del actual, fue la grande propagadora del movimiento de Ley y Orden. Profesionales no habilitados (periodistas, reporteros, presentadores de programas de entretenimiento, etc.) llamaron a sí la responsabilidad de criticar las leyes penales, haciendo la sociedad creer que, mediante el aumento de las penas, la creación de nuevos tipos penales y el alejamiento de determinadas seguridades procesales, la sociedad se quedaría libre de aquella parcela de individuos no adaptados. Como bien destacó Leonardo Sica, “el terreno fértil para el desarrollo de un Derecho Penal simbólico es una sociedad amedrentada por la inseguridad, por la criminalidad y por la violencia urbana”. (8) Como bien destacado por Emiliano Borja Jiménez, “en definitiva, si quiere responder a ciertas exigencias ciudadanas (auspiciadas exageradamente por los medios de comunicación de masas) de una lucha sin cuartel contra La criminalidad, a través de una política de ‘ley y orden’ que pone El acento casi exclusivamente en La protección de La sociedad”. (9)

El convencimiento es hecho por intermedio del sensacionalismo, de la transmisión de imágenes chocantes, que causan sedición y repulsa en medio social. Homicidios

cruels, estupro de niños, presos que, durante rebeliones, torturan sus víctimas, corrupciones, en fin, la sociedad cree llanamente que el Derecho Penal será la solución para todos sus problemas.

El Estado Social fue dejado de lado para dar lugar a un Estado Penal. Inversiones en enseñanza fundamental, medio y superior, ocio, cultura, salud, habitación son relegados a según plan, priorizándose el sector represivo. A toda hora son anunciadas nuevas medidas de combate al crimen.

Como bien enfatizó João Ricardo W. Dornelles,

el mito del Estado Mínimo es subrayado, debilitando el Estado Social y glorificando el ‘Estado Penal’. Es la constitución de un nuevo sentido común penal que apunta para la criminalización de la miseria como un mecanismo perverso de control social para, a través de este camino, conseguir regular el trabajo asalariado precario en sociedades capitalistas neoliberais. (10)

Siempre viene a la superficie el ejemplo norteamericano, principalmente del movimiento denominado Tolerancia Cero, creado en el comienzo de la década de 90, del siglo pasado, en la ciudad de Nueva York.

En aquella oportunidad, lo entonces alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, despues el éxito de su campaña electoral, en 1993, asumió el cargo de jefe del Poder Ejecutivo municipal, dando inicio al plan denominado Tolerancia Cero, juntamente con el jefe de policía William Bratton. En las necesarias colocaciones de Loïc Wacquant,

“esa teoría, jamás comprobada empíricamente, sirve de alibi criminológico para la reorganización del trabajo policial emprendida por William Bratton, responsable por la seguridad del metro de Nueva York, promovido la jefe de policía municipal. El objetivo de esa reorganización: refrenar el miedo de las clases medias y superiores – las que votan – por medio de la persecución permanente de los pobres en los espacios públicos (calles, parques, estaciones ferroviarias, autobús y metro etc.). Usan para eso tres medios: aumento en 10 veces de los efectivos y de los equipos de las brigadas, restitución de las responsabilidades operacionales a los comisarios de barrio con deber cuantitativo de resultados, y un sistema de radar informatizado (con archivo central

sinalético y cartográfico que puede ser consultado en microcomputadoras a bordo de los coches de patrulla) que permite la redistribución continuada y la intervención casi instantánea de las fuerzas del orden, desembocando en una aplicación inflexible de la ley sobre delitos menores tales como embriaguez, a jogatina, a mendicância, los atentados a las costumbres, simples amenazas y ‘otros comportamientos antisociales asociados a los destechado’, según la terminología de Kelling”. (11)

También merecen destaque las críticas realizadas por Jock Young, cuando condena la política de tolerancia cero:

“Como maniobra que objetiva limpiar las calles de ‘destrozos’ humanos; como parte del proceso de exclusión concomitante a la emergencia de una sociedad con grande población marginada y empobrecida, a cual debe ser domeñada y contenida – un procesamiento actuarial que se preocupa más con saneamiento de lo que con justicia. Pues los felices compradores en los centros comerciales no pueden ser perturbados por el grotesco de los despojados, que beben en pleno día”. (12)

O, aún, conformen detectaron Hassemer y Muñoz Conde, la tolerancia cero

“constituye una forma de disciplinamiento y de contención de los sectores malos desfavorecidos económicamente, y en lo una verdadera solución Al problema social que condiciona estos comportamientos”. (13)

La política de tolerancia cero es una de las vertientes del llamado movimiento de Ley y Orden. Por intermedio de ese movimiento político-criminal, se pretende que el Derecho Penal sea el protector de, básicamente, todos los bienes existentes en la sociedad, independiente de su importancia. Si uno bien jurídico es alcanzado por un comportamiento antisocial, tal conducta podrá transformarse en infracción penal, bastando, para tanto, la voluntad del legislador.

En ese raciocinio, buscase educar la sociedad bajo el óptico del Derecho Penal, haciendo con que comportamientos de poca relevancia sufran las consecuencias graves de esa rama del orden jurídico. El papel educador del Derecho Penal hace con que todo interés a él, teniendo como consecuencia lógica de ese raciocinio un Derecho puramente simbólico, imposible de ser aplicado. Discurriendo sobre el simbolismo del Derecho

Penal, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, con maestría, esclarecen:

“Para la ley penal no se reconoce otra eficacia sino a de sosegar la opinión pública, o sea, un efecto simbólico, con lo cual se desemboca en un Derecho Penal de riesgo simbólico, o sea, los riesgos no se neutralizarían, pero al inducir las personas a creer que ellos no existen, se ablanda la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho Penal promocional, que acaba se convirtiendo en un mero difusor de ideología”.(14)

O aún, según aduce Cláudio del Prado Amaral,

“se usa indebidamente el Derecho Penal en el engaño de estar dando retorno adecuado la toda criminalidad moderna, pero que en realidad no hace más que dar represalia a una reacción meramente simbólica, cuyos instrumentos utilizados no son aptos para la lucha efectiva y eficiente contra a criminalidad”. (15)

No se educa la sociedad por intermedio del Derecho Penal. El raciocinio del Derecho Penal Máximo nos acarrea, obligatoriamente, a su falta de credibilidad. Cuanto más infracciones penales, menores son las posibilidades de ser efectivamente punidas las conductas infractoras, volviéndose aún más selectivo y mayor la cifra negra.

Beccaria ya decía, en 1764, que “la certeza de un castigo, mismo comedido, siempre causará más intensa conmoción del que el temor de otro más severo, unido a la esperanza de la impunidad [...]”. (16)

Para los adeptos del movimiento de Ley y Orden, las penas alternativas, que evitan la innecesaria encarcelación del agente que practicó una infracción penal de poca o ninguna importancia, estimula la practica de otros delitos.

Ralf Dahrendorf, criticando el raciocinio de las penas sustitutivas, asevera:

Una teoría penal que abomina la detención a punto de sustituirla totalmente por multas y trabajo útil, por ‘restricciones a la calidad de vida’, no solo contiene un error intelectual, pues aturulla ley y economía, como también está socialmente equivocada. Sacrifica la sociedad por el individuo. Eso puede sonar a algunos como incapaz de sufrir objeciones, hasta mismo deseable. Pero también significa que un tal abordaje sacrifica ciertas

oportunidades de libertad en nombre de ganados personales inciertos. Ser gentil con infractores podrá traer a la superficie la amigabilidad escondida en algunos de ellos. Pero será un desestímulo para muchos, que están lejos de la escena criminosa, de aportar para el proceso perenne de libertad, que consiste en el sustentación y en el modelado de las instituciones creadas por los homens. (17)

Así, condensando, el pensamiento de Ley y Orden, el Derecho Penal debe preocuparse por todo y cualquiera bien, no importando su valor. Debe ser utilizado como prima, y no como ultima *ratio* de la intervención del Estado frente a los ciudadanos, cumpliendo un papel de acuño eminentemente educador y represor, no permitiendo que las conductas socialmente intolerables, por menor que sean, dejen de ser reprimidas y castigadas.

Obviamente que tal raciocinio, por más que traiga un falso confort a la sociedad, no puede prosperar. Eso porque la propia sociedad no toleraría el castigo de todos sus comportamientos antisociales, a los cuales ya suele practicar cotidianamente. Lo más interesante de ese raciocinio es que solamente le gusta la aplicación rígida del Derecho Penal cuando ella es dirigida a extraños, mejor diciendo, solamente concebimos la aplicación de un Derecho Penal Máximo cuando tal raciocinio no es devotado en contra de nosotros mismos, contra nuestra familia, contra nuestros amigos, en fin, Derecho Penal Máximo solamente para los “otros”, y, si posible, ni el “mínimo” para nosotros.

Los adeptos, por tanto, del movimiento de Ley y Orden, optando por una política de aplicación máxima del Derecho Penal, entienden qué todos los comportamientos desviados, independientemente del grado de importancia que se dé a ellos, merecen el juicio de censura a ser llevado a efecto por el Derecho Penal.

En verdad, el número excesivo de leyes penales, que pregonan la promesa de mayor castigo para los delincuentes infractores, solamente culmina por aflojar el propio Derecho Penal, que pierde su prestigio y valor, en razón de la certeza, casi absoluta, de la impunidad.

Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade, citando H. Packer, afirman con precisión:

“Como refiere Packer, cada hora de labor de la policía, del ministerio público, del tribunal y de las autoridades penitenciarias gasta en los dominios marginales del derecho criminal, es una hora retirada a la prevención de la criminalidad seria. Inversamente, cada infracción trivial o dudosa eliminada de la lista de las infracciones criminales representa a liberación de recursos esenciales para una respuesta más eficaz a las prioridades del sistema penal”. (18)

Luiz Luisi, con brillantez, nos hace recordar que

“en nuestro siglo han sido muchas las advertencias sobre el esvaziamento de la fuerza intimidadora de la pena como consecuencia de la creación excesiva y descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti habla en inflación legislativa, sosteniendo que sus efectos son análogos al de la inflación monetaria, pues ‘desvalorizan las leyes, y en el concerniente las leyes penales aviltam su eficacia preventiva general’.

En reciente publicación – donde el fenómeno de la hipertrofia del Derecho Penal es amplia y exhaustivamente analizado –, Carlos Enrico Paliero, habla en crecimiento ‘patológico’ de la legislación penal.

Todavía el fenómeno del crecimiento desaforado del Derecho Penal también ocurre en el mundo anglosajón. Herbert Packer, en un libro intitulado *The limits of criminal sanction*, registra que desde el siglo pasado hubo un enorme alongamiento de las leyes penales por el hecho de haber sido entendido que la criminalización de toda y cualquier conducta indeseable representaría la mejor y más fácil solución para enfrentar los problemas de una sociedad compleja e interdependiente en continuada expansión. En Estados Unidos, Kadish en trabajo a que dio el nombre de *The crisis of overcriminalization* habla de la colocación ‘superflua o arbitrario’ de la sanción criminal, conteniendo una masa de crímenes, que en su cuantitativo superan las disposiciones incriminadoras previstas en los Códigos Penales. En Canadá – según informa Leclercq –, la comisión encargada de la reforma penal, hizo, en 1974 un levantamiento de los crímenes previstos en la legislación canadiense, habiendo llegado al número asustador de 41.582 tipos de infracciones criminales”. (19)

En fin, el falaz discurso del movimiento de Ley y Orden, que pliegue la máxima intervención del Derecho Penal, solamente nos hace se fugar del objetivo principal, que

son, en verdad, las infracciones penales de grande potencial ofensivo, que alcanzan los bártulos más importantes y necesarios a la convivencia social, pues que nos hacen perder tiempo con pequeños desvíos, conductas de poca o ninguna relevancia, sirviendo, tan sólo, para afirmar el carácter simbólico de un Derecho Penal que busca ocupar el papel de educador de la sociedad, a fin de encubrir lo grave y desastroso defecto del Estado, que no consigue cumplir sus funciones sociales, permitiendo que, cada día más, ocurra un abismo económico entre las clases sociales, aumentando, así, el nivel de descontentamiento y sedición en la población más carente, agravando, consecuentemente, el número de infracciones penales aparentes, que, a su turno, causan desaliento a la comunidad que, por su vez, empieza a clamar por más justicia. El círculo vicioso no tiene fin.

### **2.2.1. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Aún en la “familia” del Derecho Penal Máximo, como un de sus miembros más agresivos, podemos destacar el llamado Derecho Penal del Enemigo, crecido por el maestro alemán Günter Jakobs, en la secunda mitad de la década de 1990.

Jakobs, por medio de esa denominación, busca plantear una distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano y un Derecho Penal del Enemigo. El primero, en una visión tradicional, garantista, con observancia de todos los principios fundamentales que le son pertinentes; lo según, intitulado Derecho Penal del Enemigo, sería un Derecho Penal despreocupado con sus principios fundamentales, pues que no estaríamos delante de ciudadanos, sino de enemigos del Estado.

El raciocinio sería lo de verdadero estado de guerra, razón por la cual, de acuerdo con Jakobs, en una guerra, las reglas del juego deben ser diferentes. El Derecho Penal del Enemigo, según destaca Jakobs, ya existe en nuestras legislaciones, gustemos o no de eso, a ejemplo de lo que ocurre en Brasil con la ley que dispone sobre la utilización de medios operacionales para la prevención de acciones practicadas por organizaciones criminosas (Ley en el 9.034, de 3 de mayo de 1995), o los delitos de terrorismo, previstos en la Sección 2ª, del Capítulo V, del Título XXII, del Código Penal español.

Según el autor,

“El Derecho penal conoce dos polos de las tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera fustas que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”. (20)

Hay personas, según Jakobs, que decidieron alejarse, de modo duradero, del Derecho, a ejemplo de aquéllos que pertenecen a organizaciones criminosas y grupos terroristas. Para éstos, “La punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”. (21)

Para Jakobs, hay personas que, por su insistencia en delinquir, vuelven a su estado natural antes del estado de derecho. Así, según él,

“un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde hay que someterse a esa determinación”. (22)

El Estado, concluye, “puede proceder de los modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”. (23)

Manuel Cancio Meliá, analizando la propuesta de Jakobs, aclara:

“Según Jakobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es lo habitual – retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son

desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de La barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”. (24)

El llamado Derecho Penal del Enemigo se encuentra, hoy, en aquello que se reconoce como la tercera velocidad del Derecho Penal. De acuerdo con qué se denomina proceso de expansión del Derecho Penal, (25) podemos, siguiendo las lecciones de Jesús-Maria Silva Sánchez, visualizar tres velocidades, tres enfoques diferentes que pueden ser concebidos al Derecho Penal.

La primera velocidad sería aquella tradicional del Derecho Penal, que tiene por fin último la aplicación de una pena privativa de libertad. En esa hipótesis, como está en juego la libertad del ciudadano, deben ser observadas todo el reglas garantistas, sean ellas penales o procesales penales.

En una segunda velocidad, tenemos un Derecho Penal más ligero, que atiende a los clamores que exigen más rapidez en las decisiones proferidas por la Justicia Penal. En ésa segunda velocidad del Derecho Penal podrían ser apartadas algunas garantías penales y procesales. Sin embargo, en este caso, jamás podría ser aplicada una pena de privación de libertad, pero tan sólo penas privativas de otros derechos, a ejemplo de aquellas previstas en el artículo 39 del Código Penal español, y multa.

Así, resumiendo el raciocinio con Jesús-Maria Silva Sánchez, tendríamos:

“Una primera velocidad, representada por el Derecho penal ‘de La cárcel’, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de La sanción”. (26).

Aunque aún con cierta resistencia, se ha buscado entender el Derecho Penal del Enemigo como una tercera velocidad. Sería, por tanto, una velocidad híbrida, o sea, con la finalidad de aplicar penas privativas de libertad (primera velocidad), con una disminución de las garantías necesarias a ese fin (segunda velocidad).

En verdad, la primera indagación que debemos hacer es la siguiente: ¿Quién podrá ser considerado enemigo, para que vean disminuidas o mismo suprimidas sus garantías penales y procesal-penales?

En muchos pasajes de su obra, Jakobs apunta como ejemplo las actividades terroristas. Intentando adaptar ese raciocinio a la realidad brasileña, podrían ser considerados cómo enemigos, ¿por ejemplo, los traficantes que practican el comercio ilegal de drogas, principalmente en las grandes ciudades, a ejemplo de Rio de Janeiro, y qué, básicamente, crean un estado paralelo, con sus reglas, jerarquías, etc.?

Lo que fue destacado por el maestro de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Manuel Cancio Meliá, como una de las propuestas de Jakobs, es a de, justamente, anticipar el castigo del agente por su conducción de vida, volviéndose a un antiguo concepto preconizado por Edmund Mezger, cuyo pasado nazi fue recientemente colocado a descubierto por Francisco Muñoz Conde, como tendremos oportunidad de observar más adelante, valiéndose de un auténtico y combatido derecho penal del autor, al revés de un derecho penal del hecho.

De esa forma, asevera Manuel Cancio Meliá,

“el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la ‘actitud interna’ del autor”. (27)

Después la Asunción del poder, en 1933, por el partido nacional-socialista, se inició en Alemania una serie de reformas que visaban al cumplimiento de las promesas llevadas a efecto en las campañas electorales.

Se debe recordar de que, en aquella oportunidad, Alemania ya había sido vencida en la Primera Guerra Mundial, que duró de 1914 a 1918, encontrándose aflojada bajo diverso aspectos, principalmente por las condiciones que le fueron impuestas en el tratado de Versalles. (28)

Con la llegada de Hitler al poder, el partido nacional-socialista trató, inmediatamente, de empezar a reorganizar, de acuerdo con sus absurdos criterios, el Estado alemán, culminando, en 1944, con la edición del proyecto nacional-socialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, que nos fue traído a la luz, recién, por medio de un trabajo incansable de pesquisa llevado a efecto por el maestro Francisco Muñoz Conde, en su obra intitulada *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*.

Tal proyecto, considerado como un de los más terribles de la historia del Derecho Penal, proponía, entre otras cosas: a) la castración de los homosexuales; b) la prisión por tiempo indeterminado de los considerados asociáis, o sea, personas que tuviesen un comportamiento antisocial, a ejemplo de los malandrines, meretrices, alcohólico, practicantes de pequeñas infracciones penales, etc., sin que hubiese necesidad, incluso, de que hubiesen practicado cualquier delito; c) la esterilización, a fin de evitar la propagación de aquéllos considerados asociáis e inútiles para la sociedad.

En verdad, apuntaba determinadas personas como peligrosas, a ejemplo de lo que ocurría con los delincuentes habituales, y sobre ellas hacía recaer una especie de “tratamiento”, que podía, según su estúpida visión, curarlos, aplicándoles medidas de internación por tiempo indeterminado, incluso nos conocidos campos de concentración, o, cuando fuesen reconocidos como incurables, condenados a muerte, o aún, en algunas situaciones, utilizados como carne de cañón, o sea, aquellas personas que durante la Segunda Guerra Mundial eran colocadas en el front de batalla.

En fin, medidas que atacaban el principio de la dignidad de la persona humana, justamente por desconsiderarla como persona, recordando mucho qué Jakobs pretende hacer con su Derecho Penal del Enemigo, desconsiderando el enemigo como un ciudadano. Muñoz Conde, con la lucidez que le es peculiar, disertando sobre el principio de la culpabilidad, concebido durante los años 20, del siglo pasado, a fin de llegar a un concepto de peligrosidad, crecido en Alemania durante el período del régimen nacional-socialista, asevera que no se puede discutir que el concepto de culpabilidad, en sus líneas básica, haya sido una

“de las conquistas malas importantes de La Dogmática jurídicopenal alemana de aquella

época. Entendido como garantía y límite frente Al poder punitivo Del Estado se lee considera hoy como uno de los principios fundamentales de un Derecho penal democrático y respetuoso con la dignidad humana. Pero un sistema estrictamente dualista, como el que se forjó en la República de Weimar, en el que la pena limitada por la culpabilidad puede ser sustituida o complementada por una medida de seguridad de duración indeterminada fundamentada en un concepto tan vago y peligroso como el de peligrosidad, traduce una concepción del Derecho penal muy vinculada a las tesis amigo-enemigo tan caras al Estado nacionalsocialista: un Derecho penal con todas sus garantías, basado y limitado por el principio de culpabilidad, para el delincuente ocasional, integrado en el sistema, aunque alguna vez si aparte del; y un Derecho penal, basado en la peligrosidad y sin ningún tipo de limitaciones, para el delincuente peligroso y especialmente para el delincuente habitual que con su comportamiento y su forma de conducción de vida (Lebensführungsschuld) cuestiona las bases Del sistema mismo”.

Y continúa el autor aseverando que ese dualismo, o sea, [la](#) culpabilidad vinculada al concepto de delincuente ocasional y [peligrosidad](#) vinculada al delincuente habitual,

“dio lugar también al desarrollo en el nacionalsocialismo de un sistema de medidas prácticamente abocadas al exterminio de los marginales sociales (prostitutas, mendigos, vagos, delincuentes habituales), a los que eufemísticamente se llamó ‘extraños a La comunidad’, con medidas esterilizadoras, internamientos por tiempo indeterminados en campos de concentración, etc. Ya entonces se hablaba también de un ‘Derecho penal para enemigos’, en el que no cabían ni garantías, ni ninguna otra forma de limitación de los excesos Del poder estatal. (29)

Cual si percibe sin mucho esfuerzo, la semejanza entre lo que pretende Jakobs, con su distinción amigo/enemigo, en mucho se asemeja al proyecto desarrollado por Mezger durante el régimen nazista, capitaneado por Hitler.

Decir que la sociedad, en la cual nosotros estamos insertos, es compuesta por ciudadanos y por enemigos, para quiénes estos últimos deben recibir tratamiento diferenciado, cual si hubiese un estado de guerra, es volver a la pasado, cuya historia la humanidad quiere, en verdad, olvidar.

Con lo argumentado devotado al delincuente habitual, o criminosos pertenecientes a las facciones organizadas, como acontece con los terroristas y traficantes de drogas, tarifándolos de irrecuperables, proponiéndose, para ellos, medidas de privación de la libertad por tiempo indeterminado, en fin, tratar el ser humano como un extraño a la comunidad, es el máximo de la insensatez a que puede llegar el Derecho Penal.

La criminología intenta, por medio de sus vertientes teóricas, explicar los varios tipos de criminalidad, según veremos más adelante, buscando resolver, en su origen, los desvíos que importen en la práctica de infracciones penales.

Qué no se puede es desistir del hombre, bajo el falso argumento de ser incorregible, de poseer un defecto de carácter, que lo impide de actuar conforme los demás ciudadanos. Tanto el proyecto creado durante el régimen absurdo del nacional-socialismo, como lo que ahora se discute como una de las frentes más radicales del Derecho Penal Máximo, o sea, el Derecho Penal del Enemigo, deben ser repudiados por nuestra sociedad.

Eso es, para nuestra propia seguridad. ¿Cómo ya dejamos antever arriba, quién sean los enemigos? Algunos, con seguridad, pueden afirmar: los traficantes de drogas, los terroristas, las organizaciones criminosas especializadas en secuestraciones para fines de extorsiones... ¿Y quién más? ¿Quién más puede si encajar en el perfil del enemigo? En verdad, la lista nunca tendrá fin. Aquél que esté en lo poder podrá, amparado por el raciocinio del Derecho Penal del Enemigo, alejar su rival político bajo lo argumento de su falta de patriotismo por atacar las posiciones gubernamentales. Otros podrán concluir que también es enemigo el estuprador de su hija. O sea, difícilmente se podrá encontrar un concepto de enemigo, en las plantillas pretendidas por esa corriente, que tenga la finalidad de alejar completamente la calidad de ciudadano del ser humano, a fin de tratarlo sin que esté protegido por las garantías conquistadas a lo largo de los años.

Recién, asistimos a los episodios de tortura practicados por soldados americanos que degradaban los presos pertenecientes al ejército iraquí. Será qué, mismo habiendo practicado las atrocidades reveladas por los noticieros de diario, ¿aquellos presos podrían recibir el tratamiento degradante que les era aplicado por el ejército victorioso?

Es claro que, por más que seamos esclarecidos, por más que nos subvirtamos con las

escenas veiculadas por medios de comunicación, mostrando personas inocentes siendo muertas brutalmente por los miembros del ejército iraquí, incluso el soldado más vil tiene el derecho de, al ser prendido, ver asegurados sus derechos y garantías fundamentales.

No podemos alejar todas nuestras conquistas que nos fueron siendo datos en dosificaciones homeopáticas a lo largo de los años, bajo el falso argumento del ciudadano *versus* enemigo, pues que, no siendo posible conocer el día de mañana, quien sepa alguno loco llegue al poder y diga que enemigo también es aquél que no acepta la teoría del Derecho Penal del Enemigo, y allá estaré yo siendo preso, sin cualquier derecho o garantía, a cambio de un argumento vacío e inhumano.

### **2.3. EL DERECHO PENAL MÍNIMO**

En la concepción que podemos llamar de “equilibrada” se sitúa el Derecho Penal Mínimo. Su discurso, más coherente con la realidad social, pregona, en síntesis, ser la finalidad del Derecho Penal la protección tan sólo de los bienes necesarios y vitales a la convivencia en sociedad. Aquellos bienes que, en virtud de su importancia, no podrán ser solamente protegidos por los demás Ramos del orden jurídico.

El raciocinio del Derecho Penal Mínimo implica la adopción de varios principios que servirán de orientación al legislador tanto en la creación cuanto en la revocación de los tipos penales, debiendo servir de norte, aún, a los aplicadores de la ley penal, a fin de que se produzca una correcta interpretación.

Entre los principios indispensables al raciocinio del Derecho Penal Mínimo, podemos destacar los de la: a) dignidad de la persona humana; b) intervención mínima; c) ofensividad; d) adecuación social; e) insignificancia; f) individualización de la pena; g) proporcionalidad; h) responsabilidad personal; i) limitación de las penas; j) culpabilidad; y k) legalidad.

El Derecho Penal del Equilibrio tiene como principio central, orientador de todos los otros que lo informan, el principio de la dignidad de la persona humana. El hombre,

aquí, debe ocupar el centro de las atenciones del Estado, que, para el mantenimiento de la paz social, deberá solamente prohibir los comportamientos intolerables, lesivos, socialmente dañosos, que alcancen los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad.

Guillermo J. Yacobucci, disertando sobre el principio de la dignidad de la persona humana, con precisión, aduce que, en el sentido originario,

La dignidad humana, dentro de La vida social y política, reclama el ejercicio ordenado de la libertad a través Del llamamiento primario de los valores y fines comunes, preservando en todo momento aquel espacio de interioridad y realización propia que es reclamado por la singularidad de cada hombre, con una vida y un fin por realizar existencialmente. Así, de la existencia misma de la persona surgen determinados deberes y derechos que reciben la denominación de ‘humanos’, por su casi inmediata vinculación con las necesidades fundamentales para el desenvolvimiento de los hombres. Se trata, obviamente, de derechos que no son creados ni construidos propiamente por las instancias del poder político, sino, antes bien, que deben ser reconocidos por este como primer nivel de legitimación en la toma de decisiones. (30)

De acuerdo con el principio de la intervención mínima, corazón del Derecho Penal Mínimo, su primera misión es a de orientar el legislador cuando de la creación o revocación de los tipos penales. Todo el raciocinio correspondiente al principio de la intervención mínima girará en torno de la protección de los bienes más importantes existentes en la sociedad, bien como de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal. El primer paso para la creación del tipo penal es, efectivamente, la valoración de lo bien. Si es concebido como bien de relieve, pasaremos a lo según raciocinio, aún en el mismo principio, vale decir, el de la subsidiariedad. Aunque importante el bien, si los otros Ramos del orden jurídico son fortes y capaces el suficiente para llevar a efecto su protección, no habrá necesidad de la intervención drástica del Derecho Penal. Su importancia deberá también ser contrastada para fines de revocación de los tipos. Si uno bien que era importante en la pasado, pero, actualmente, ya no goza de ese prestigio, no podrá más merecer la tutela del Derecho Penal, sirviendo el principio de la intervención mínima de fundamento para su revocación.

En una concepción minimalista, el principio de la intervención mínima no es el único a ser analizado para fines de creación típica. Es tan sólo el primer paso. Luego enseguida, debemos analizar si aquél bien, considerado como importante e incapaz de ser protegido por los otros Ramos del orden jurídico, es atacado por una conducta no tolerada socialmente. Tal raciocinio se hace necesario porque, mismo siendo el bien importante, si la conducta que lo alcanza sea socialmente tolerada, acepta por la sociedad, no podrá haber a criminalización pues, si así lo hiciésemos, estaríamos, en verdad, convocando la sociedad a practicar infracciones penales, pues que ella no dejaría de practicar los comportamientos a que estaba acostumbrada.

De la misma forma que la intervención mínima, el principio de la adecuación social servirá de orientación para el legislador tanto en la creación cuanto en la revocación de los tipos. Conductas que, en el pasado, eran consideradas socialmente inadecuadas, si hoy ya son aceptadas por la sociedad, harán con que el legislador aleje a criminalización.

El principio de la ofensividad sería el tercer paso necesario a la creación de los tipos penales. Por más importante que sea el bien, que la conducta sea inadecuada socialmente, solamente podrá haber a criminalización de comportamientos si la conducta del agente sobrepasa su esfera individual, alcanzando bienes de terceros. Por intermedio del principio de la ofensividad, se prohíbe la incriminación de pensamientos, de modos o formas de ser y de portarse, bien como de acciones que no alcancen bienes de terceros. Ejemplos de esas situaciones serían el castigo por la cogitación, por el hecho de alguien no le gustar sebañar, o usar cabellos extensos, ser homosexual, practicar los actos de mutilación personal, tentativas de suicidio, etc.

Sobrepasados los tres principios anteriores, ahora el legislador estaría apto a crear la figura típica. Una vez escogido el bien, valorado anteriormente como importante, concluido que el comportamiento que lo ataca es lesivo e inadecuado socialmente, se abre la posibilidad de criminalización de la conducta. Una vez creada la infracción penal, hará parte del pequeño acervo perteneciente al Derecho Penal, demostrándose, así, su naturaleza fragmentaria, en el sentido de que al Derecho Penal no interesa la protección de todos los bienes, la prohibición de todos los comportamientos, sino de aquéllos de mayor importancia para la sociedad. Por medio de la fragmentariedad, se

percibe que el Derecho Penal no se ocupa con el todo, sino con la parte más importante.

Una vez creada la infracción penal, debemos trabajar con principios instrumentales capaces de acarrear a una interpretación correcta y garantista. Entre esos principios, se destaca el de la insignificancia. Si el discurso del Derecho Penal Mínimo gira en torno de la protección de los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, justamente en el caso concreto es que hemos que colocar en práctica éste nuestro raciocinio. Sería una tremenda incoherencia trabajemos con el Derecho Penal Mínimo en el plan abstracto, esto es, en el plan de la creación de la figura típica y justamente en el plan concreto, fin último de la creación de la norma, arrumbemos su raciocinio y permitir la aplicación de la ley penal en hechos de pequeño o mismo de ningún valor.

El principio de la insignificancia, cuya aplicación acarrea a la atipicidad del hecho practicado, deberá merecer análisis en sede de tipicidad conglobante, específicamente en la vertiente correspondiente a la tipicidad material, que es el criterio en virtud de lo cual el Derecho Penal contrasta la importancia de lo bien en el caso concreto. Si llegamos a la conclusión, mediante el análisis de los principios anteriores, de que el patrimonio, por ejemplo, es un bien importante a punto de ser protegido por el Derecho Penal, que la conducta que lo ataca es lesiva e inadecuada socialmente y, por esas razones, creamos los delitos patrimoniales, debemos, en el caso concreto, hacernos la siguiente indagación: Si es cierto que el patrimonio, abstractamente considerado, ¿es un bien importante a punto de merecer la protección del Derecho Penal, el bien en análisis, esto es, que fuera objeto de la substracción por el agente, goza de ese estatus? ¿Fue pensando en éste bien que el legislador creó la figura del delito contra el patrimonio? Si la respuesta es positiva, concluiremos que la conducta es típica y pasaremos a la averiguación de las otras características de la infracción penal (ilegalidad y culpabilidad). Si la respuesta es negativa, el estudio de la infracción penal estará interrumpido por ausencia de tipicidad material (inserida adentro del contexto de la tipicidad conglobante), acarreándonos, en último plan, a la completa atipicidad del hecho.

El principio de la individualización de la pena está previsto expresamente en el inciso XLVI del art. 5° de la Constitución Federal Brasileña, que dice: La ley regulará la

individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad; b) pérdida de bienes; c) multa; d) prestación social alternativa; e) suspensión o entredicho de derechos. El principio de la individualización de la pena nos obliga a hacer el siguiente raciocinio: El Derecho Penal, con el fin de ejercer su protección, solamente escoge los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Una vez hecha esa selección, se presume, por tanto, que el bien sea de relieve. Sin embargo, todos los bienes seleccionados, ¿aunque relevantes, gozan de la misma importancia, o cada de ellos posee importancia diferente de los demás? Simplificando el raciocinio: ¿la vida vale tanto en cuanto la integridad física, o aquélla tiene un valor superior la ésta? ¿El patrimonio vale tanto en cuanto el honor? En fin, cual si percibe, sin mucho esfuerzo, cada bien escogido por el Derecho Penal tiene una importancia distinta de los demás, surgiendo, de allí, la necesidad de individualizarse la pena, que es justamente el criterio de que se vale el Derecho Penal a fin de atribuir la importancia que cada bien merece.

La pena es el precio de cada infracción penal, que corresponde a la gravedad del hecho cometido, ligada a la importancia de lo bien. La individualización de la pena puede ocurrir en tres fases distintas, a saber: cominación – fase de la individualización que ocurre en el plan abstracto, de capacidad del legislador; aplicación – fase que ocurre en el plan concreto, atribuida al juzgador; ejecución – fase que ocurre durante la ejecución de la pena.

Del principio de la individualización de la pena surge otro, íntimamente encendido a él, que es el principio de la proporcionalidad, cuyos orígenes remontan al período iluminista. Beccaria ya decía que “para que la pena no sea la violencia de un o de muchos contra el ciudadano particular, deberá ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la mínima entre las posibles, en las dadas circunstancias ocurridas, proporcional al delito y dictada por la ley”. (31) La proporción es una exigencia minimalista. La pena deberá ser proporcional al mal practicado por el agente. El raciocinio de la proporcionalidad deberá ser llevado a efecto tanto en el plan abstracto (en la fase de la cominación) como en el plan concreto (cuando de la aplicación de la pena por el juez).

La Constitución Federal Brasileña determina, también de forma, expresa, la adopción

del principio de la responsabilidad personal, también conocido como principio de la personalidad, diciendo, en el inciso XLV de su art. 5º: Ninguna pena pasará de la persona del condenado, pudiendo el deber de reparar el daño y a decretación de perdimiento de bienes ser, de conformidad con la ley, extendidas a los sucesores y en contra de ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido. Tuvimos oportunidad de aclarar anteriormente que, aunque formalmente, como regla, la pena no pueda sobrepasar la persona del condenado, informalmente, sin embargo, llega hasta las personas que le son próximas, demostrando, así, la necesidad de su aplicación solamente a los casos más graves, realmente intolerables socialmente, en virtud de su efecto devastador.

El principio de la limitación de las penas está previsto en el inciso XLVII del art. 5º, de la Constitución Federal Brasileña, que dice: No habrá penas: a) de muerte, salvo en caso de guerra declarada, en los términos del art. 84, XIX; b) de carácter perpetuo; c) de trabajos forzados; d) de expulsión; e) crueles. Asimismo, la Constitución Española cuidando, en la Sección correspondiente a los derechos fundamentales y de las libertades públicas, hizo registrar, a través de su artículo 15 que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Se frise que todas esas prohibiciones atienden al amplio y fluido principio de la dignidad de la persona humana.

Con la naturaleza de principio íntimamente encendido al propio agente, deberá ser obligatoriamente analizado el principio de la culpabilidad. En una concepción minimalista, se vuelve imposible la intervención del Derecho Penal cuando la conducta del agente no sea pasible de censura, vez que, en la situación en la que se encontraba, no podía haber actuado de otro modo.

Finalmente, el principio de la legalidad, entendido como columna de todos los otros principios, deberá ser observado formal y materialmente, o sea, deberá el intérprete no solamente evaluar la legalidad formal, pero, y principalmente, la legalidad material. Deberá no solamente evidenciar si el procedimiento legislativo de creación típica fue debidamente observado, como también investigar si el contenido de la ley penal no

contraria los principios expresos o implícitos contenidos en nuestra Ley Mayor, orientadores de todo el sistema.

De esa forma, al contrario de los movimientos antagónicos anteriores – abolicionista y ley y orden –, el Derecho Penal Mínimo se encuentra en una posición equilibrada, siendo, en nuestra opinión, la única veía de acceso razonable para que el Estado pueda hacer valer su ius puniendi sin actuar como tirano, agravando la dignidad de sus ciudadanos.

En ese sentido, merecen ser registradas las lecciones de Paulo de Souza Queiroz:

Reducir, pues, tanto cuanto sea posible, el marco de intervención del sistema penal, es una exigencia de racionalidad. Pero es también [...] un imperativo de justicia social. Sí, porque un Estado que se define Democrático de Derecho (CF, art. 1o), que declara, como sus fundamentos, la ‘dignidad de la persona humana’, la ‘ciudadanía’, ‘los valores sociales del trabajo’, y proclama, como sus objetivos fundamentales, ‘constituir una sociedad libre, justa, solidaria’, que promete ‘erradicar la pobreza y la marginación, reducir las desigualdades sociales y regionales’, ‘promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras forma de discriminación’ (art. 3o), y asume, así declaradamente, misión superior en que le agigantam las responsabilidades, no puede, ni debe, pretender lanzar sobre sus jurisdicionados, prematuramente, ese sistema institucional de violencia selectiva, que es el sistema penal, máxime cuando es ése Estado, consabidamente, por acción e/ou omisión, en grande parte co-responsable por las grave disfunciones sociales que bajo su cetro vicejam y por los dramáticos conflictos que de allí derivam. (32)

Haremos, por tanto, [el](#) análisis pormenorizado de los principios informadores del llamado Derecho Penal Mínimo, anteriormente mencionados, que tienen por fundamento [sostener](#) un Derecho Penal equilibrado, que mejor atienda a los intereses de la sociedad.

## **CAPÍTULO 3**

# **ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS**

### **3.1. INTRODUCCIÓN**

Aunque no se pueda atribuir una definición única al término criminología, podemos definirla como una ciencia interdisciplinaria que tiene como objeto el estudio del comportamiento delictivo y la reacción social.

Interdisciplinaria porque, aunque sugestivo su título – criminología –, no solamente las ciencias penales se ocupan de su estudio, siendo éste, incluso, más profundizado en otras áreas, a ejemplo de la sociología, de la psicología, de la psiquiatría, de la antropología, de la medicina judicial, entre otras.

En lo que dice respecto a las ciencias penales propiamente dichas, sirve la criminología como más un instrumento de análisis del comportamiento delictivo, de sus orígenes, de los motivos por los cuales se delinque, quien determine lo que se punir, cuando puna, como punir, bien cual si pretende, con ella, buscar soluciones que eviten o mismo apoquen el cometimiento de infracciones penales. El estudio del criminólogo, en verdad, no se limita al comportamiento delictivo en sí, visto que va más lejos, buscando descubrir su génesis, desandando, como un historiador del crimen, en busca de sus posibles causas.

La pesquisa del criminólogo, olvidando momentáneamente el acto criminoso

practicado, bucea en el seno de la familia del delincuente, en su medio social, en las oportunidades sociales que le fueron concedidas, en su carácter; en fin, más de lo que saber si la conducta practicada por el agente era típica, ilícita o culpable buscarse investigar todo su pasado, que forma un eslabón indissociable con su comportamiento tenido como criminoso. Se desanda, en fin, en busca de las posibles causas del crimen. se percibe, por tanto, que el concepto criminológico de comportamiento delictivo es más amplio del que aquél adoptado por el Derecho Penal.

La reacción social también es objeto de estudio del criminólogo. Según Garrido, Stangeland y Redondo, “Su extensión abarca desde La mera desaprobación y el control paterno de algunas conductas infantiles el juveniles inapropiadas (mediante regañinas o pequeños castigos) hasta los sistemas de justicia penal establecidos por la sociedad para los delitos (leyes penales, vigila, tribunales, prisiones, etc.)”. (33)

La reacción social da origen a un control por la propia sociedad, que puede ser entendido como formal o informal. se tiene como formal el control que es ejercido por los medios oficiales de represión, a ejemplo de la Policía, del Ministerio Público, de la Magistratura. Informal es el control ejercido por el propio medio social donde el agente está inserto, a comenzar por su familia, la escuela, los vecinos, los medios de comunicación, etc.

El papel del criminólogo, cual si demostrará, se muestra importante, pudiéndose decir indispensable en la comprensión y en la prevención de la delincuencia.

### **3.2. PRINCIPALES ÁREAS DE ESTUDIO DEL CRIMINÓLOGO**

Siendo electo como objeto de la criminología el análisis del comportamiento delictivo y la reacción social, deberá el criminólogo delimitar su ámbito de estudio, bajo pena de perderse a lo largo de divagaciones extremadamente abstractas que se fugan a su finalidad.

Podemos destacar como sus principales áreas de estudio: a) el delito; b) el delincuente; c) la víctima; y d) el control social.

aun cuando tal raciocinio no si pueda decir absoluto, para efectos de estudios criminológicos, se considera delito aquel definido en la ley como tal, con todos sus elementos integrantes (tipicidad, ilegalidad y culpabilidad).

Aquí, no se podrá desarrollar un estudio completo y general sobre todas las infracciones penales, data la diversidad de sociedades, de costumbres, de bienes considerados como de relieve en algunas y de poca o ninguna importancia en otras. Qué en determinada sociedad puede ser considerado infracción penal, en otra, el comportamiento puede ser lícito y hasta mismo estimulado a ser practicado.

A título de comparación, se imagine la hipótesis, en Brasil, en que nuestra ley penal pune los malos-tratos (34) practicados contra animales, domesticados o no, comparativamente a las corridas españolas, donde el espectáculo es plenamente aceptado por aquella sociedad. se cite, aún, el hecho de que en algunos países de Europa el aborto es tolerado, al contrario, también, del derecho brasileño, en que la ley prevé solamente dos hipótesis en las que él es permitido, o en el derecho español, donde son tres las situaciones que puede ser practicado. (35)

Competirá al criminólogo investigar los mecanismos que hacen con que algunas actividades sean consideradas delitos en determinada sociedad y perfectamente lícitas en otras. La política criminal, o sea, la conclusión entre las corrientes ideológicamente diferentes, hará con que ocurra la selección de los comportamientos que se quiere incriminar.

Existen, como afirman Garrido, Stangeland y Redondo, (36) tres principales categorías de comportamientos delictivos, a saber:

- a) comportamientos penalizados y castigados en casi toda sociedad moderna;
- b) comportamientos penalizados, pero sobre los que la ley se aplica con escasa frecuencia;
- c) comportamientos en vía de penalización o despenalización.

Entonces, aun cuando una de las principales áreas de estudio del criminólogo sea la infracción penal en sí, habrá diferencia entre profesionales de países diferentes. Sin

embargo, eso no impide que haya una zona de acuerdo, o sea, de estudio de infracciones penales, en la cual básicamente en todos los países sean reconocidas como tal, a ejemplo del delito de homicidio.

Hay comportamientos, aún, tipificados por la ley penal, cuya aplicación es poca, o casi ninguna, a ejemplo de lo que ocurría hasta poco tiempo con el delito de adulterio, revocado por la Ley ordinaria Brasileña nº 11.106/05.

Otros comportamientos se encuentran en aquel cursillo de discusión político-criminal, habiendo corrientes que buscan su prohibición por medio del Derecho Penal, y otras que pregonan a ausencia de necesidad de una intervención tan radical por parte del Estado. También existen aquéllos en que las opiniones políticas tienden a la descriminalización de ellos alejando el Derecho Penal, tal como ocurre con el uso de drogas, el aborto eugenésico, etc.

El delincuente, ciertamente, es aquél que recibe las mayores atenciones, una vez que, independientemente de la infracción penal que se quiera apurar, mediante estudios criminológicos, buscarse contrastar por qué el orden jurídico fue por él violado. se investigan su raíz, el génesis del comportamiento delictivo, los motivos que lo llevaron a comportarse diferentemente de los demás.

Las Escuelas Clásica y Positiva tuvieron el mérito de intentar descifrar el enigma de la delincuencia, lanzando sus luces para la moderna criminología, surgida en el inicio del siglo XX.

El estudio de la víctima, vale decir, a vitimología, también interesa al criminólogo bajo diverso aspectos. Podemos contrastar su contribución para el delito, o sea, si su comportamiento de alguna forma estimuló la práctica de la infracción penal, el porqué de su elección, el tratamiento que le es deferido por el Estado, etc.

A vitimología, conforme preleciona Lélío Braga Calhau,

“nació del sufrimiento de los judíos en la Segunda Guerra Mundial, siendo reconocido como su sistematizador, a la época Maestro Emérito de la Universidad Hebraica de Jerusalén, Benjamín Mendelsohn, que como marco histórico proferió una famosa

conferencia, Un horizonte nuevo en la ciencia biopsicosocial: a vitimologia, en la Universidad de Bucarest, el 1947". (37)

El control social es ejercido por medio de dos categorías, como dejamos antever. Existe un control formal, realizado por profesionales encendidos derechamente al Estado, a ejemplo de los policías, promotores de justicia, jueces, etc., y otro, de naturaleza informal, que es procedido por quienquiera que no tenga específicamente esa función, pudiendo ser llevado a efecto por personas próximas al agente, como sus padres, vecinos, colegas de trabajo, maestros, transeúntes, prensa, etc.

También es tarea del criminólogo investigar como son ejercidos tales tipos de control y su influencia en el génesis y en la práctica del delito.

Podemos concluir con Garrido, Stangeland y Redondo que "La delincuencia no tiene ni explicación simple ni remedios fáciles, y los estudios criminológicos deben abarcar temas muy variados para describir y entender los fenómenos delictivos". (38)

### **3.3. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS**

Las teorías criminológicas sugieran a lo largo de los años, con la finalidad de resolver el problema de la criminalidad o, en sentido más amplio, los desvíos.

En que pesen los esfuerzos empleados, ninguna de ellas consiguió resolver de forma absoluta y completa el problema de los comportamientos delincuentes y de la reacción social. Sin embargo, a comenzar por la teoría clásica, pasando por la de acño positivista, hasta llegar a las concepciones más modernas, cada de ellas tuvo una importante contribución para el entendimiento del estudio del crimen y sus consecuencias.

Siguiendo parcialmente la estructura propuesta por Garrido, Stangeland y Redondo, (39) podemos destacar, entre las muchas teorías surgidas desde el siglo XVIII, (40) las siguientes:

- a) teoría del delito como elección;

- b) teoría de las influencias;
- c) teoría de las predisposiciones agresivas;
- d) teoría del aprendizaje de la delincuencia;
- e) teoría del etiquetado (labeling approach).

### **3.3.1. TEORÍA DEL DELITO COMO ELECCIÓN**

Su punto de partida es la Escuela Clásica, pudiéndose destacar Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Cesare Beccaria y Jeremy Bentham como algunos de sus más nombrados autores.

Las ideas postuladas por la Escuela Clásica aún pueden ser consideradas como el fundamento de los modernos sistemas jurídico-penales aplicados en todo el mundo. Con el surgimiento de la Escuela Clásica, en el siglo XVIII, y principalmente por intermedio de las obras de Beccaria (1764 – De los Delitos y de las Penas) y de Bentham (1789 – Introducción a los Principios de la Moral y de la Legislación), muchos principios empezaron a ganar cuerpo, a ejemplo de los principios de la necesidad y de la suficiencia de la pena, proporcionalidad, utilidad, prevención general y especial, in dubio pro reo, publicidad de los juicios, presunción de inocencia, culpabilidad, entre otros, sin hablar, quizá, en la mayor conquista de la historia de la humanidad, que es el principio de la dignidad de la persona humana, haciendo con que la pena dejase de ser aflictiva, teniendo el cuerpo del criminoso como su objeto principal, evolucionando para la privación de la libertad como pena principal.

Según las lecciones de Foucault, “la prisión, pida esencial en el conjunto de los castigos, marca ciertamente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad”. (41)

La Escuela Clásica estaba fundamentada, básicamente, en los siguientes postulados:  
a) libre-arbitrio; b) disuasión y c) prevención.

Por libre-arbitrio se entendía la capacidad que tenía el agente de decidir entre la práctica de un comportamiento lícito o ilícito. En la necesaria lección de Pablos de Molina,

“la determinación siempre justa de la ley, igual para todos y acertada, es infringida por el delincuente en una decisión libre y soberana. Falta en la Escuela Clásica una preocupación inequívocamente etiológica (preocupación en indagar las ‘causas’ del comportamiento criminoso), ya que su premisa iusnaturalista acarrea a atribuir el origen del acto delictivo a una decisión ‘libre’ de su autor, incompatible con la existencia de otros factores o causas que pudiesen influir en su comportamiento”. (42)

Moniz Sodré afirmaba que,

“en la opinión de los criminalistas clásicos, lo libre arbitrio es el apanágio de todos los hombres psíquicamente desarrollados y mentalmente sanos. Y desde que poseen esa facultad, ese poder de elección entre motivos diversos y opuestos, son moralmente responsables de todos sus actos, visto éstos ser hijos exclusivamente de esa voluntad libre y soberana”. (43)

Entre la elección de cometer o no un delito, la pena debía ser utilizada como factor de disuasión en esta elección, o sea, en la comparación entre el mal de la pena y el beneficio a ser alcanzado por la práctica de la infracción penal, aquél tendría de ser un factor desestimulante al agente. Por medio de una especie de balanza, el agente colocaría en sus platos las ventajas de la infracción penal y las desventajas de la pena que sería aplicada, y en esa compensación la pena debía desestimularlo, pues que superior a las ventajas logradas por medio del delito.

La pena, aún según la Escuela Clásica, debía servir a una función preventiva, tanto general cuanto especial. Beccaria ya decía que “el fin de la pena, pues, es apenas lo de impedir que el reo cause nuevos daños a sus conciudadanos y impedir los otros de actuar de ese modo”.<sup>44</sup>

Modernamente, se habla en teoría del delito como elección racional, pudiéndose destacar como algunos de sus formuladores James Q. Wilson y Richard J. Herrnstein, difundida en la obra intitulada Crimen y Naturaleza Humana, bien como Donald V.

Clarke y Derek B. Cornish (1985), que pasaron a entender qué la infracción penal es fruto de una elección racional llevada a efecto por el agente.

Según aún Garrido, Stangeland y Redondo, “La clave explicativa de La conducta delictiva reside en que ciertos sujetos poseen una mentalidad criminal que radica en que consideran que pueden beneficiarse de situaciones ilegales, aunque asuman un cierto riesgo de ser detenidos”. (45)

### **3.3.2. TEORÍAS DE LAS INFLUENCIAS**

Todo el conjunto teórico abarcado por la expresión teorías de las influencias gira en torno de las teorías que realzan la importancia de los factores sociales en la explicación de la delincuencia. Son enfatizadas las influencias que las interacciones sociales negativas o problemáticas ejercen sobre la conducta delictiva, y a partir de allí buscan desarrollar programas de integración social, con el fin de evitar la criminalidad.

Para las teorías de las influencias sociales, la delincuencia sería el resultado de la estructura y del funcionamiento social y, especialmente, de los desequilibrios existentes entre los objetivos sociales y los medios legítimos disponibles para su obtención, generando tensión entre los individuos.

Entre las teorías de las influencias, podemos destacar las siguientes:

1. teoría ecológica;
2. teorías del control social informal;
3. teoría de los vínculos sociales;
4. teoría de la tensión;
5. teoría de las subculturas.

1. La teoría ecológica tuvo su desarrollo por intermedio de la llamada Escuela de Chicago, donde, en el año de 1922, fue creado el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago. Sus principales idealizadores fueron Robert Park, Ernest Burgess, Clifford R. Shaw y Henry MacKay.

Inicialmente, veía analogía, tal como una enfermedad, afirmaban que las personas eran contaminadas por medios sociales en los cuales se encontraban insertas. se contagiaban por medio del contacto con comportamientos criminosos, que pasaban a asimilar con naturalidad.

Mediante pesquisas de campo, sus autores confirmaron a sospecha de que la distribución de la delincuencia seguía una serie de calidades por los diferentes barrios de la ciudad, permitiendo que hiciesen un mapeamiento de la ciudad de Chicago, en áreas concéntricas, desde la zona central, verificándose que la tasa de criminalidad era infinitamente mayor en las áreas más pobres.

En sus estudios, concluyeron que la desorganización social acarrea a la caída en el control social y, consecuentemente, al aumento de la delincuencia y proponían, como solución al problema de la criminalidad la eliminación de los bolsones de miseria, con la apertura de oportunidades de colocación, facilitación de adquisición de viviendas, escolarización, en fin, creación de un modo más digno de vida.

Sin embargo, como aseveran Garrido, Stangeland y Redondo, “resolver el paro, las deficiencias sanitarias o la pobreza son sin duda objetivos saludables de toda sociedad, pero el progreso en estos campos no necesariamente va asociado a una disminución contingente de la delincuencia. En Estados Unidos, por ejemplo, en fuerte incremento del nivel de ingresos medios por habitante que tuvo lugar durante los años sesenta fue también acompañado de un crecimiento espectacular de las tasas de criminalidad. Algo parecido sucedió en España a principios de los ochenta: la bonanza económica y social de esos años en lo si tradujo en una reducción de La delincuencia, sino en un aumento de ésta. Por tanto, las teorías que postulaban que la aplicación de medidas sociales era el principal remedio de la delincuencia en lo se vieran confirmadas”. (46)

2. Las teorías que proponen el llamado control social informal intentan explicar el comportamiento delincuente de acuerdo con las reglas sociales, sin la intervención directa del Estado.

Por la teoría de la contención, propuesta por Reckless, se aduce que existen controles internos y externos que tienen la posibilidad de inhibir la práctica de comportamientos delictuosos, a ejemplo de la capacidad de se autocontrolar o mismo el autoconcepto que el agente hace de sí propio, bien como la reprobación llevada a efecto por aquellas personas que, frecuentando el mismo círculo social del agente, viniesen a tomar conocimiento del delito por él cometido.

Por otro lado, la teoría de la neutralización o de la deriva, propuesta por Sykes y Matza, asevera que mientras los jóvenes se encuentran en la fase de maduración, es cual si fuesen barcos a la deriva, no estando firmes en el propósito se deben o no delinquir. Por el hecho de se encuentren a la deriva, se vinculan o no a la delincuencia según cuenten o no con controles que les alejen de ella.

Esa teoría cuida, aún, de las llamadas técnicas de neutralización, por medio de las cuales el agente busca cauterizar el sentimiento de culpa con relación a lo cometimiento de la infracción penal, justificando su comportamiento con una serie de argumentos, a saber:

- descalificación de la víctima;
- condena de aquéllos que condenan o que hacen las leyes;
- demostración de lealtades superiores;
- negación de la justicia;
- argumento de que “todo el mundo hace la misma cosa”;
- provocación de la víctima en los delitos sexuales etc.

3. La teoría de los vínculos sociales, de autoría de Hirschi, es considerada una de

las más importantes de la moderna criminología, siendo aún una de las que más averiguaciones han producido en las últimas décadas.

Fue formulada por Travis Hirschi, en 1969, en su obra intitulada *Causas de la Delincuencia Juvenil*, teniendo como punto central de la teoría el hecho de que la existencia de vínculos afectivos con personas socialmente integradas constituye el principal elemento que impide los jóvenes de que inicien la práctica de conductas criminosas.

Esa teoría parte de la idea de que el apego y la vinculación del agente con sus padres, con sus amigos, con la escuela, con los trabajos sociales, bien como el temor a Dios impiden el joven de empezar por el camino del crimen.

4. La teoría de la tensión, de Robert Merton, censura al sueño americano la ilusión de que todos pueden, todos tienen las mismas chances de se vuelvan vencedores, provengan ellos de familias ricos o pobres.

En verdad, cuando las personas comprueban la falacia del discurso del vencedor, tiene inicio la llamada tensión. Aunque el Estado afirme que todos tienen capacidad de vencer en la vida, ni todos, obviamente, tienen las mismas chances, las mismas oportunidades o, mismo, los medios necesarios para que se transforme en un vencedor en una sociedad eminentemente capitalista.

Se creaba, por tanto, la tensión, siendo que el individuo a ella puede si adaptar, asumiendo cuatro diferentes posturas:

- a) de conformidad (es el caso de la mayoría de los individuos que se conforma en no conseguir alcanzar los fines de éxito propuestos);
- b) de innovación (el individuo acepta los fines – éxito, estatus, etc –, pero no se conforma con los medios que le son ofrecidos y parte en busca de otros);
- c) ritualista (no acepta los objetivos sociales, pues no tiene como ideal poseer algo más y se satisface en manifestar una conducta *estándar*);

d) de rebelión (no acepta los fines y tampoco las actividades sociales convencionales, a ejemplo del comportamiento asumido por los revolucionarios y toxicómanos).

5. La teoría de las subculturas, que, en verdad, según entendemos, sería mejor denominada de teoría de las contraculturas, analiza la formación de grupos subculturales, que son ajenos a las calidades impuestas por la sociedad, bien como constestadores de los fines por ella propuestos.

Los grupos denominados subculturales crean a sí nuevos fines e ideales, colidentes con aquéllos determinados por la mayoría de la sociedad. Aquí también se trabaja con el concepto de tensión, siendo que los jóvenes pertenecientes a grupos subculturales, a ejemplo de las llamadas a gangs, dadas las discrepancias entre medios y fines que se dan en la colectividad, especialmente entre las clases menos favorecidas, producen estrés e incómodo social, siendo que esas situaciones, consecuentemente, acarrearán a la criminalidad.

### **3.3.3. LAS PREDISPOSICIONES AGRESIVAS**

En el concepto de las predisposiciones agresivas se encuentran aquellas teorías tenidas como biológicas.

Cesare Lombroso, maestro de medicina legal de la Universidad de Turim, es considerado el padre de la criminología moderna. Fue el introductor del positivismo, método científico utilizado en las ciencias naturales, a ejemplo de la física, de la botánica, de la medicina o de la biología.

Para Lombroso, la observación y la medición debían constituir las estrategias habituales del conocimiento criminológico, además de la racionalidad y de la especulación del mundo jurídico. Sus ideas dieron origen a la Escuela Biológica de la Criminología, que también quedó conocida como Escuela Italiana.

Según destacan Newton Fernandes y Valter Fernandes,

Lombroso imaginó haber encontrado, en el criminoso, en sentido natural-científico, una variedad especial de homo sapiens, que sería caracterizada por señales (stigmata) físicos y psíquicas. Tales estigmas físicos del criminoso nato, según Lombroso, constaban de particularidades de la forma de la calota craneana y de la faz, consubstanciadas en la capacidad muy grande o pequeña del cráneo, en el maxilar inferior prociendo, hartas cejas, molares muy salientes, orejas grandes y deformadas, desimetría corporal, grande envergadura de los brazos, manos y pies, etc. Como estigmas o señales psíquicas que caracterizarían el criminoso nato, Lombroso enumeraba: sensibilidad dolorosa apocada (he por qué los criminosos se tatuarían), crueldad, leviandad, aversión al trabajo, inestabilidad, vanidad, inclinación a supersticiones, precocidad sexual.

Lombroso pregonaba que el criminoso nato tenía un regreso atávico, pues que muchas de las características por él apuntadas también eran propias de las formas primigenias de los seres humanos.<sup>47</sup>

Enrico Ferri, jurista, político y sociólogo, adherió a las tesis de Lombroso y a ellas agregó factores sociales, económicos y políticos considerados importantes en el análisis de la delincuencia, apuntando cinco tipos de criminosos:

- a) nato;
- b) loco;
- c) pasional;
- d) ocasional;
- e) habitual.

En el mismo diapasón, Garófalo aducía:

La idea del atavismo fue sostenida por Lombroso, en vista de la semejanza entre los caracteres físicos y morales del delincuente y del salvaje, considerado como representante del hombre primigenio; la confrontación entre algunos caracteres de

cráneos prehistóricos y de cráneos de delincuentes y aún el estudio psicológico de los niños, que representan cursillos atrasados de la evolución humana y en las cuales se encuentran muchos hechos comunes a los salvajes y a los criminosos, refuerzan la opinión del grande escritor. La verdad de estas aproximaciones es indiscutible, independientemente de la hipótesis de que las producen una regresión atávica.<sup>48</sup>

La escuela biológica, en que pesen sus errores iniciales, aportó para muchos estudios comparativos, a ejemplo de la herencia genética, en la cual los estudios de los cromosomas llevaron, en las décadas de 40 50, del siglo pasado, a hallazgos de alteraciones genéticas que, posiblemente, podrían acarrear el individuo a la criminalidad, como en el caso de la llamada síndrome del superhombre, en la cual, en virtud de las mencionadas alteraciones, era posible encontrar, en la cadena genética del agente, la presencia de más un cromosoma Y, que acarrea a la formación XYY. En aquella oportunidad, se intentó afirmar que esos individuos poseían una inclinación a la agresividad, siendo considerados como personas violentas. Hoy día, ya quedó demostrado que esa alteración en nada repercute en la posibilidad de ser cometidas infracciones penales, pudiéndose concluir, por tanto, que la delincuencia no posee naturaleza hereditaria.

### **3.3.4. EL APRENDIZAJE DE LA DELINCUENCIA**

La propuesta básica de la teoría del aprendizaje de la delincuencia consiste en explicar el comportamiento delictivo desde una serie de mecanismos de aprendizaje.

Tal teoría parte del presupuesto de que la delincuencia, como especie de comportamiento humano, se aprende, de la misma forma que los demás comportamientos no criminosos, por medio del asociacionismo, cuyo desarrollo inicial es atribuido a Aristóteles.

Además de la idea asociacionista, el sociólogo francés Gabriel Tarde formuló, en 1890, las llamadas a leyes de la imitación.

Tarde creó tres leyes que fundamentan su tesis, a saber:

- a) las personas imitan las otras proporcionalmente al grado de contacto que tienen con ellas;
- b) los inferiores imitan con frecuencia los superiores;
- c) las nuevas modas desairan las viejas.

También merece destaque la teoría de la asociación diferencial creada por Edwin H. Sutherland durante los años 20 del siglo pasado, cuya propuesta gira en el sentido de que la delincuencia no es el resultado de la inadaptación de los sujetos de clase baja, sino del aprendizaje que individuos de cualquier clase y cultura realizan de conductas y valores criminales.

El principio fundamental de la teoría establece que el motivo por el cual los individuos se convierten en delincuentes es el contacto excesivo con definiciones favorables a la delincuencia, superiores al contacto que tienen con definiciones contrarias a ellas.

### **3.3.5. TEORÍA DEL ETIQUETADO (LABELING APPROACH)**

La llamada teoría del etiquetado, o labeling approach, encuentra sus raíces en la obra de Emile Durkheim, que se referió a los procesos de construcción de la delincuencia y la normalidad de ella.

Los principales autores modernos de la teoría del etiquetado son Erving Goffman, Edwim Lemert y Howard Becker, considerados como autores de la Nueva Escuela de Chicago.

La metodología utilizada por esos autores es, tal como en la anterior Escuela de Chicago, la observación directa y el trabajo de campo.

Dirigen su atención a los procesos de conversión de los individuos en desviados o, lo que es el mismo, los procesos de creación de los desvíos.

En la necesita lección de Pablos de Molina,

“A eso de los años 70 ganó grande vigor una explicación interaccionista del hecho delictivo que parte de los conceptos de conducta desviada y reacción social. Genuinamente norte-americana, surge con la modesta pretensión de ofrecer una explicación científica a los procesos de criminalización, a las carreras criminales y a la llamada desviación secundaria, adquiriendo, sin embargo, con el tiempo, la naturaleza de más un modelo teórico explicativo del comportamiento criminal.

De acuerdo con esa perspectiva interaccionista, no se puede comprender el crimen prescindiendo de la propia reacción social, del proceso de definición de ciertas personas y conductas etiquetadas como delictivas. Delito y reacción social sano expresiones interdependientes, recíprocas e inseparables. A desviación no es una calidad intrínseca de la conducta, sino una calidad que le es atribuida por medio de complejos procesos de interacción social, procesos éstos altamente selectivos y discriminatórios”.(49)

Hassemer y Muñoz Conde, analizando la tesis central de la teoría del etiquetado, afirman:

“La criminalidad no es una cualidad de una determinada conducta, sino el resultado de un proceso a través del cual se atribuye dicha cualidad, es decir, de un proceso de estigmatización.

Según una versión radical de esta teoría, la criminalidad es simplemente una etiqueta que se aplica por los policías, los fiscales y los tribunales penales, es decir, por las instancias formales de control social. Otros representantes de la misma, menos radicales, reconocen, en cambio, que los mecanismos del etiquetamiento no se encuentran solo en el ámbito del control social formal, sino también en el informal, donde se dan procesos de interacción simbólica en los que ya tempranamente la familia define quién es la oveja negra entre los hermanos, o los maestros y los escolares al estudiante difícil o marginal. De este modo, las personas así definidas quedan estigmatizadas con el signo social del fracaso ”. (50)

En el mismo sentido, según Becker, los grupos sociales crean los desvíos al hacer las reglas cuya infracción constituye el desvío y a lo apliquen tales reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. Los procesos de desvíos, así, pueden ser considerados como primarios y secundarios.

El desvío primario corresponde a la primera acción delictiva de un sujeto, que puede tener como finalidad resolver alguna necesidad, por ejemplo, económica, o producirse para acomodar su conducta a las expectativas de determinado grupo subcultural. El desvío secundario se refiere a la repetición de los actos delictivos, especialmente desde la asociación forzada del individuo con otros sujetos delincuentes.

El proceso de etiquetamiento induce que, desde el momento en el que el sujeto delinque, la sociedad ya pasa a estigmatizarlo como delincuente. Aquél que practicó el delito ya empieza a ser reconocido por él propio como marginal.

Una vez adquirido el estatus de desviado o de delincuente, es muy difícil modificarlo, por dos razones:

- a) por la dificultad de la comunidad aceptar nuevamente el individuo etiquetado;
- b) porque la experiencia de ser considerado delincuente, y la publicidad que eso conlleva, culminan en un proceso en el cual el propio sujeto se concibe como tal.

### **3.4. CONCLUSIÓN**

De todo lo que fue expuesto, se percibe que ninguna de esas teorías tiene la posibilidad de, sola, resolver los problemas fundamentales atribuidos al criminólogo, vale decir, el estudio del comportamiento delictivo y la reacción social.

En verdad, cada una de esas teorías posee puntos positivos y negativos, premisas correctas y equivocadas. Mientras, cabrá al criminólogo aprovechar el máximo posible de sus enseñanzas, a fin de buscar aplicarlas en el sentido de intentar resolver uno de los mayores problemas que asuelan la sociedad de hoy – el aumento de la criminalidad.

Cada especie de delincuente merecería, es cierto, su propia teoría criminológica. No estamos nos refiriendo, obviamente, aquella definición propuesta por Lombroso y Ferri, como vemos anteriormente, que subdividían los delincuentes en natos, locos, ocasionales, pasionales y habituales. Una nueva subdivisión debe ser propuesta, a fin de analizar aquéllos que integran grupos de exterminio, traficantes de drogas,

contrabandistas, criminosos de collarín blanco, pequeños hurtadores, estupradores, en fin, en cada una de las infracciones penales determinadas por la ley penal deberá ser observado el agente que posee las características previstas por el tipo.

Al contrario de lo que ocurría con la Escuela Ecológica, que identificaba, en general, un aumento de la tasa de criminalidad cuanto más pobre fuese a zona que se observaba, en la moderna criminalidad, la zona sur, esto es, la región noble de algunas ciudades grandes, abriga los criminosos más peligrosos. Verdaderos genocidas, substraen fortunas incalculables, matando millares de personas con sus rombos en las Bolsas, con sus licitaciones fraudulentas, etc.

El pequeño robar, en los días de hoy, viró bode expiatorio, visto que su conducta es prestada testimonio por todo el sociedad, al contrario de los criminosos de cuello blanco, frequentadores asiduos de las columnas sociales, que son estimados por la población, que se orgulla de, a su lado, tomar fotos promocionales.

El trabajo del criminólogo es arduo. Con las herramientas traídas por las teorías arriba expuestas, podrá el profesional ejecutar un trabajo paciente de averiguación, a fin de apurar por qué los ricos quieren se quedar cada vez más ricos a la cuesta de la vida de los pobres; por qué la mayoría de los pobres y miserables, mismo delante de su situación de penuria, aún se conforma delante de tanta desigualdad social y no se rebela contra el sistema, practicando todo el suerte de crímenes; por qué personas que nacieron y crecieron en lares abastados se vuelven a la práctica de crímenes violentos; por qué los que tienen todo se suicidan...

El criminólogo, concluyendo, debe ser lo más ecléctico posible – psicólogo, psiquiatra, biólogo, sociólogo, jurista, etc. Todos los saberes deben estar reunidos en una sola persona, si es que eso sea posible, a fin de desvendar el enigmático problema del crimen, del delincuente y de la víctima.

## **CAPÍTULO 4**

### **CONCEPTO DE PRINCIPIOS**

Según el diccionario de La Real Academia Española, podemos entender por principio el primer instante del ser de algo. 2. Punto que se considera como primero en una extensión el en una cosa. 3. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. 4. Causa, origen de algo. 5. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde si empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

Partiendo de las definiciones contenidas en los apartados 3 y 5 arriba, los principios son considerados, en la ciencia jurídica, como las normas generales más abstractas, que sirven de norte y de observación obligatoria para la creación del sistema normativo.

La palabra “principio”, de conformidad con el diccionario apuntado, indica el inicio, el origen, el comienzo, la causa primaria.

Con precisión, aduce Ruy Samuel Espíndola:

se puede concluir que la idea de principio o su conceptualización, sea allá cual sea el campo de lo saber que se tenga en mente, designa la estructuración de un sistema de ideas, pensamientos o normas por una idea maestra, por un pensamiento-llave, por una baliza normativa, donde todas las demás ideas, pensamientos o normas derivan, se reconducen

y/o si subordinan. (51)

En esa concepción podemos visualizar y apuntar los principios como orientadores de todo el sistema normativo, sean ellos positivados o no. Dijimos positivados o no porque los principios pueden estar previstos expresamente en textos normativos, a ejemplo de lo que ocurre con el principio de la legalidad, cuya previsión se encuentra en el texto de nuestra Constitución, u otros que, aunque no positivados, son de obediencia obligatoria, razón por la cual son denominados principios generales del Derecho. (52)

Merecen registro las lecciones de Ivo Dantas cuando, buscando conceptualizar los principios, dice:

“Para nosotros, PRINCIPIOS son categoría lógica y, tanto cuanto posible, universal, mucho aunque no podamos olvidar que, antes de todo, cuando incorporados a un sistema jurídico-constitucional-positivo, reflejan la propia estructura ideológica del Estado, como tal, representativa de los valores consagrados por una determinada sociedad”. (53)

Hasta la expresión principios generales del Derecho deberá ser bien entendida. Sabemos que cada rama del orden jurídico tiene sus particularidades y principios que le son propios. El Derecho Civil se orienta por principios que pueden o no coincidir con aquéllos con quienes el Derecho Penal se ocupa.

Merece ser resaltada la advertencia hecha por Manoel Messias Peixinho, cuando dice:

Es problemática la definición de principios generales de derecho, si se quiere alcanzar un enunciado formal e incontrovertido, a la semejanza de otros institutos jurídicos. Del Vecchio entiende ser los principios generales los mismos del Derecho Natural. Gény, por su vez, comprende los principios generales del derecho como los que decurren de la naturaleza de las cosas. Bianchi, Pacchioni y Clóvis Beviláqua los consideran como los principios universales, presentes en la Filosofía y en la Ciencia (Paupério, 1989, P. 309-310).

Citando Mans Puigarnau, Paulo Nader desmiembra los principios generales de derecho, comprendiendo como subconceptos a principialidad, la generalidad y a

juridicidad. Por tanto, se puede así definir:

- a) principios: idea de fundamento, origen, comienzo, razón, condición y causa;
- b) generales: la idea de distinción entre género y la especie y la oposición entre la pluralidad y la singularidad;
- c) derecho: carácter de juridicidad, lo que está conforme a la recta; lo que da a cada un qué le Pertence (Nader, 1993, P. 110). (55)

Y concluye su exposición, diciendo:

Es relevante observar que la dificultad en torno a una definición de los principios generales de derecho está limitada al examen de su propia naturaleza. Por consiguiente, se puede delinear la discusión adentro de dos vertientes ideológicas, en el ámbito de la Filosofía del Derecho. El positivismo, con la Escuela Histórica, comprende los principios generales de derecho como los propios principios del orden jurídico, mientras que, para el jusnaturalismo, los principios generales de derecho son de contenido ultrapositivos, oriundos de principios inmutables, o sea, del Derecho Natural. (56)

Fábio Corrêa Souza de Oliveira, con argucia, observa, aún:

A par de aquéllos considerados válidos para toda forma de conocimiento, cada rama de lo saber puede instituir principios particulares. Tenemos los principios de la Física, de la Psicología, de la Economía, de la Teología, de la Sociología, de la Química, de la Filosofía, del Servicio Social, del Derecho etc. La declaración de los principios no es hecha, en grande parte de los casos, en un clima de pacificidad. Muchas dificultades y controversias existen mismo en las Ciencias Exactas o Biológicas. La evolución del entendimiento y de la tecnología se encarga de derribar principios acreditados como absolutos e imperecederos. En las Ciencias Humanas y Sociales, los desacuerdos y los antagonismos son frecuentes. Es de amplia aceptación la tesis de que los principios se revisten de algún carácter de relatividad, incluso los estimados como universales. Las disputas no se limitan apenas sobre cuales principios son determinados, pero aún sobre la manera de comprenderlos y aplicarlos.<sup>57</sup>

Es nuestra tarea, por tanto, analizar la teoría de los principios bajo el enfoque exigido

por el Derecho, buscando desvendar su aplicación teórica y práctica, razón por la cual haremos, a continuación, el estudio del carácter normativo de los principios, bien como la necesidad de su aplicación considerándose un Derecho Penal del Equilibrio, en el cual a principiología penal, en verdad, ocupa lugar de destaque, reinando sobre el orden jurídico, con reflejos para toda la legislación penal.

#### **4.1. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS**

Sean los principios expresos o implícitos, positivados o no, se entiende, contemporaneamente, su carácter normativo como normas con alto nivel de generalidad e informadoras de todo el orden jurídico, con capacidad, incluso, de verificar la validez de las normas que le deben obediencia.

Ricardo Guastini, con precisión, apunta seis distintas definiciones de principios que se encuentran ligadas a las disposiciones normativas, cuando asevera:

En primer lugar, el vocablo ‘principio’[...] se refiere a normas (o a disposiciones legislativas que expresen normas) provenientes de un alto grado de generalidad.

En segundo lugar [...], los juristas usan el vocablo ‘principio’ para referirse a normas (o a disposiciones que expresen normas) provenientes de un alto grado de indeterminación y que por eso requieren concretización por vía interpretativa, sin a cual no serían quisquillosos de aplicación a los casos concretos.

En tercer lugar [...], los juristas emplean la palabra ‘principio’ para referirse a normas (o disposiciones normativas) de carácter ‘programático’.

En cuarto lugar [...], el uso que los juristas a veces hacen del término ‘principio’ es para referirse a normas (o a dispositivos que expresen normas) cuya posición jerárquica de las fuentes de Derecho es muy elevada.

En quinto lugar [...], los juristas usan el vocablo ‘principio’ para designar normas (o disposiciones normativas) que desempeñan una función ‘importante’ y ‘fundamental’ en el sistema jurídico o político unitariamente considerado, o en un otro subsistema del

sistema jurídico conjunto (el Derecho Civil, el Derecho del Trabajo, el Derecho de las Obligaciones).

En sexto lugar, finalmente [...], los juristas se valen de la expresión ‘principio’ para designar normas (o disposiciones que expresen normas) dirigidas a los órganos de aplicación, cuya específica función es hacer la elección de los dispositivos o de las normas aplicables en los diversos casos.<sup>58</sup>

Ana Paula de Barcellos, a su turno, enumera los siete criterios más utilizados por la doctrina para que se lleve a efecto la distinción entre los principios y las reglas, a saber:

(a) El contenido. Los principios están más próximos de la idea de valor y de derecho. Forman una exigencia de la justicia, de la equidad o de la moralidad, al paso que las reglas tienen un contenido diversificado y no necesariamente moral. Aún en lo que dice respecto al contenido, Rodolfo L. Vigo llega a identificar determinados principios, que denomina de ‘Fortes’, con los derechos humanos.

(b) Origen y validez. La validez de los principios decorre de su propio contenido, al paso que las reglas derivan de otras reglas o de los principios. Así, es posible identificar el momento y la forma como determinada regla se volvió norma jurídica, perquirición ésa que estará por demás en lo que dice respecto a los principios.

(c) Compromiso histórico. Los principios son para muchos (todavía que no todos), en mayor o menor medida, universales, absolutos, objetivos y permanentes, al paso que las reglas se caracterizan de forma bastante evidente por la contingencia y relatividad de sus contenidos, dependiendo del tiempo y lugar.

(d) Función en el orden. Los principios tienen una función explicadora y justificadora con relación a las reglas. Al modo de los axiomas y leyes científicas, los principios sintetizan una grande cantidad de información de un sector o de todo el orden jurídico, conferiéndole unidad y ordenación.

(e) Estructura lingüística. Los principios son más abstractos que las reglas, en general no describen las condiciones necesarias para su aplicación y, por eso mismo, se aplican a un número indeterminado de situaciones. Con relación a la reglas, diferentemente, es

posible identificar, con mayor o menor trabajo, sus hipótesis de aplicación.

(f) Esfuerzo interpretativo exigido. Los principios exigen una actividad argumentativa mucho más intensa, no apenas para precisar su sentido, como también para inferir la solución que él propone para el caso, al paso que las reglas demandan apenas una aplicabilidad, en la expresión de Josef Ése, ‘burocrática y técnica’.

(g) Aplicación. Las reglas tienen estructura biunívoca, aplicándose de acuerdo con el modelo del ‘todo o nada’, popularizado por Ronaldo Dworkin. Esto es, dado su substrato fáctico típico, las reglas solo admiten dos especies de situación: o son válidas y se aplican o no se aplican por inválidas. No son admitidas gradaciones. Como registra Robert Alexy, al contrario de las reglas, los principios determinan que algo sea realizado en la mayor medida posible, admitiendo una aplicación más o menos amplia de acuerdo con las posibilidades físicas y jurídicas existentes.<sup>59</sup>

Marcello Ciotola, apuntando la polémica confusión que se hace entre norma y principio o, aún, entre regla y principio, enseña, citando Robert Alexy:

Robert Alexy observa que, aunque la distinción entre reglas y principios no sea nueva, impera a respeto confusión y polémica. Además de lo más, la contraposición que frecuentemente se hace es entre norma y principio, y no entre regla y principio. Cuestionando esta postura, afirma que reglas y principios son especies del género norma jurídica:

‘Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre los tipos de normas’.<sup>60</sup>

Merece destaque, aún, la evolución relativa a las fases por las cuales pasó a juridicidad de los principios. Inicialmente, los principios poseían carácter jusnaturalista, siguiéndose a ella la fase positivista, para, entonces, modernamente, atribuírseles una visión pós-positivista.

Diserta Paulo Bonavides que, en la fase jusnaturalista,

los principios habitan aún la esfera por entero abstracta y su normatividad, básicamente nula y dudosa, contrasta con el reconocimiento de su dimensión ético-valorativa de idea que inspira los postulados de justiça.<sup>61</sup>

En la segunda fase, considerada positivista, los principios deberían ser extraídos del sistema de normas puesto en determinado orden jurídico, sirviéndole como fuente normativa subsidiaria o, en la expresión de Gordilho Cañas, citado por Paulo Bonavides, como “válvula de seguridad”, que “garantiza el reinado absoluto de la ley”.<sup>62</sup>

En la fase pós-positivista, las Constituciones, siguiendo las lecciones de Paulo Bonavides, “acentúan la hegemonía axiológica de los principios, convertidos en pedestal normativo sobre lo cual asienta todo el edificio jurídico de los nuevos sistemas constitucionales”.<sup>63</sup>

Los principios, por tanto, pasan, en esta última fase, a ejercer la primacía sobre todo el orden jurídico, limitando, por medio de los valores por ellos seleccionados, la actividad legislativa, solamente permitiendo, en el caso específico del Derecho Penal, por ejemplo, la creación normativa que no les sea ofensiva.

En consecuencia de ese raciocinio, entendemos que los principios, dado su carácter de norma superior a las demás existentes en el orden jurídico, sirven de garantía a todos los ciudadanos, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, contra las tentativas del Estado en sí intitular en “señor omnipotente”. Los principios son, por tanto, el escudo protector de todo ciudadano contra los ataques del Estado. Todas las normas le deben obediencia, bajo pena de ser declaradas inválidas. A título de ejemplo, se imagine la hipótesis tan aventada en medios de comunicación de masa a respeto de la implementación de las penas de muerte o de carácter perpetuo para determinadas infracciones penales. Mismo si no hubiese principio específico para lo tema, como acontece, in casu, con el principio de la limitación de las penas, previsto en el art. 5o, XLVII, de la Constitución Federal Brasileña, y el artículo 15, de la Constitución Española, el principio de la dignidad de la persona humana, también previsto en sede constitucional, sería suficiente para impedir la modificación del orden-jurídico penal. Si

el legislador insistiese en desobedecerle, otra alternativa no cabría al Poder Judicial, encargado del control de las leyes, sino de alejar la aplicación de la norma contraria al mencionado principio.

Así, concluyendo, contemporaneamente, los principios, en una escala jerárquica, ocupan el lugar de mayor destaque e importancia, reflejando, obligatoriamente, sobre todo el orden jurídico.

## CAPÍTULO 5

# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO

### 5.1. Principio de la dignidad de la persona humana

Apuntar el origen de la dignidad de la persona humana, como un valor a ser respetado por todos, no es tarea de las más simple. Sin embargo, analizando la historia, podemos decir que una de sus raíces más Fortes se encuentra en el cristianismo. La idea, por ejemplo, de igualdad y respeto entre los hombres, fuesen ellos libres o esclavos, demuestra que el verdadero cristianismo, aquel personificado en la persona de Jesus, puede ser una de las bases diese complejo edificio de la dignidad de la persona humana.

Tuvimos el cuidado de mencionar el cristianismo verdadero por el simple hecho de que los propios hombres, a lo largo de los años, fueron responsables por su modificación, a fin de satisfacer sus deseos egoístas y crueles, a ejemplo de lo que ocurrió durante el período de la llamada “Santa Inquisición”, donde fueron practicadas incontables atrocidades “en nombre de Dios”. Sin embargo, la base del cristianismo, devotado para la persona de Jesus, puede ser nuestro primer hito de estudio para el concepto de dignidad de la persona humana.

Dando un salto en los siglos, llegaremos al período de la ilustración, al siglo de las luces, donde la razón encendió una fogata, colocando luz a la oscuridad existente hasta aquél momento. Los siglos XVII y XVIII fueron de fundamental importancia no solamente al efectivo reconocimiento, como para la consolidación de la dignidad de la persona humana como un valor a ser respetado por todos.

Sin embargo, mismo reconociendo su existencia, conceptuar dignidad de la persona humana continúa a ser un enorme desafío. Esto porque tal concepto se encuentra en el rol de aquéllos considerados como vagos e imprecisos. Es un concepto, en verdad, que, desde su origen, se encuentra en un proceso continuado de construcción. No podemos, de modo alguno, edificar un muro con la finalidad de dar contornos necesarios a él, justamente por ser un concepto abierto.

En muchas situaciones, solamente el análisis del caso concreto es que nos permitirá saber se hubo o no efectiva violación de la dignidad de la persona humana. No se puede desairar, aún, para efectos de reconocimiento de ese concepto, la diversidad histórico-cultural que reina entre los pueblos. Así, aquello que en una determinada cultura puede ser concebido como una violación de los derechos a la dignidad del ser humano, en otra puede ser reconocido como una conducta honrosa. se vea el ejemplo de lo que ocurre con la costumbre practicada en ciertas regiones en África, donde ocurre la llamada excisión, que consiste en la mutilación del clítoris y de los pequeños labios vaginales, o a excisión mínima, utilizada también en la Indonesia, donde se retira el capus del clítoris.<sup>64</sup>

Tenemos, aún, la posibilidad de aplicación de pena de muerte, tal como acontece en la mayoría de los estados norteamericanos, reconocida por la Suprema Corte de aquel país, que solamente discute sobre los medios a través de los cuales esa pena podrá ser aplicada etc. Así, son precisas las lecciones de Ingo Wolfgang Sarlet cuando indaga:

“hasta que punto la dignidad no está arriba de las especificidades culturales, que, muchas veces, justifican actos que, para la mayor parte de la humanidad son considerados atentatorios a la dignidad de la persona humana, pero que, en ciertos cuadrantes, son tenidos por legítimos, encontrándose hondamente enraizados en la práctica social y jurídica de determinadas comunidades. En verdad, todavía que si pudiese tener el concepto de dignidad como universal, esto es, común a todas las personas en todos los lugares, no habría como evitar una disparidad y hasta mismo conflictuosidad siempre que si tuviese de evaluar si una determinada conducta es, o no, ofensiva a la dignidad”. (65)

Sin embargo, aunque de difícil traducción, podemos nos esforzar para intentar

construir un concepto de dignidad de la persona, entendida ésa como una calidad que integra la propia condición humana, siendo, en muchas situaciones, considerado, aún, como irrenunciable e inalienable.

Es algo inherente al ser humano, un valor que no puede ser suprimido, en virtud de su propia naturaleza. Hasta lo más vil, el hombre más detestable, el criminoso más frío y cruel es portador de ese valor. Podemos adoptar el concepto propuesto por Ingo Wolfgang Sarlet, que buscó fundir algunos de los pensamientos más utilizados para definición del concepto de dignidad de la persona humana, diciendo ser:

“la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren la persona tanto contra todo y cualquier acto de acño degradante y inhumano, como vengan a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, allende propiciar y promover su participación activa y co-responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos”. (66)

### **5.1.1. La concepción normativa de la dignidad de la persona humana**

Una vez reconocida la dignidad de la persona como un valor inherente de todo ser humano, fue un paso importante su corporificación normativa. Ya el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, decía:

Los representantes del pueblo francés, reunidos en Asamblea Nacional, teniendo en vista que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos, resolvieron declarar solemnemente los derechos naturales, inalienables y consagrados del hombre, a fin de que esta declaración, siempre presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, pudiendo ser a cualquier momento comparados

con la finalidad de todo el institución política, sean por eso más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, desde ahora fundados en principios simple e incontestables, se dirijan siempre a la conservación de la Constitución y a la dicha general.

El siglo XX, a su turno, principalmente después las atrocidades cometidas por el nazismo, presenció el crecimiento del principio de la dignidad de la persona humana, bien como su formalización en los textos de las constituciones, principalmente las democráticas. Merecen ser registradas las consideraciones que llevaron a la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, *verbis*:

Considerando que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo,

Considerando que el desaire y el desrespeto por los derechos humanos resultan en actos bárbaros que ultrajaron la conciencia de la Humanidad y que el advenimiento de un mundo en el que los hombres gocen de libertad de palabra, de creencia y de la libertad de vivir a salvo del temor y de la necesidad fue proclamado como la más alta aspiración del hombre común,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por el Estado de Derecho, para que el hombre no sea compelido, como último recurso, a la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas reafirmaron, en la Carta, su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de los hombres y de las mujeres, y que decidieron promover el progreso social y mejores condiciones de vida en una libertad más amplia,

Considerando que los Estados-Miembros se comprometieron a promover, en cooperación con las Naciones Unidas, lo respeto universal a los derechos humanos y

libertades fundamentales y la observancia de esos derechos y libertades,

Considerando que una comprensión común de esos derechos y libertades es de la más alta importancia para el pleno cumplimiento de ese compromiso,

La Asamblea General proclama:

La presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como el ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todas las naciones, con el objetivo de que cada individuo y cada órgano de la sociedad, teniendo siempre en mente esta Declaración, se esfuerce, a través de la enseñanza y de la educación, por promover lo respeto a esos derechos y libertades, y, por la adopción de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, por asegurar su reconocimiento y su observancia universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los propios Estados-Miembros, cuanto entre los pueblos de los territorios bajo su jurisdicción.

De esa forma, podemos afirmar que, de todos los principios fundamentales que fueron siendo conquistados a lo largo de los años, sin duda alguna, se destaca, entre ellos, el principio de la dignidad de la persona humana. se trata, mientras, como ya dijimos anteriormente, de un de los principios más fluidos, más amplios, más abiertos, que pueden ser trabajados no solamente por el Derecho Penal, como también por los otros Ramos del orden jurídico.

El principio de la dignidad de la persona humana sirve como principio rector de muchos otros, tal como ocurre con el principio de la individualización de la pena, de la responsabilidad personal, de la culpabilidad, de la proporcionalidad etc, que en él buscan su fundamento de validez.

Las Constituciones modernas, a ejemplo de la brasileña, de 5 de octubre de 1988, y a española, de 27 diciembre 1978, adoptan, expresamente, el principio de la dignidad de la persona humana, según se verifica por la lectura de los artículos. 1º y 10.1, respectivamente, *verbis*:

*Art. 1º. La República Federativa de Brasil, constituida por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y de Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de*

*Derecho y tiene como fundamento:*

*I – la soberanía;*

*II – la ciudadanía;*

*III – la dignidad de la persona humana;*

*IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa;*

*V – el pluralismo político.*

*Artículo 10.*

*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

Se percibe, por tanto, la preocupación del legislador constituyente en conceder un estatus normativo al principio de la dignidad de la persona humana, entendiéndolo como un de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho.

Como principio constitucional, la dignidad de la persona humana deberá ser entendida cómo norma de jerarquía superior, destinada a orientar todo el sistema en lo que dice respeto a la creación legislativa, bien como para contrastar la validez de las normas que le son inferiores. Así, por ejemplo, el legislador infraconstitucional estaría prohibido de crear tipos penales que atentasen contra la dignidad de la persona humana, quedando prohibida a cominación de penas crueles, o de naturaleza aflictiva, a ejemplo de los azotes. Asimismo, estaría prohibida la institución de la tortura, como medio de lograrse la confesión de un reo (por mayor que fuese a gravedad, en tesis, de la infracción penal practicada).

Así, podemos afirmar con Lucrecio Rebollo Delgado que “hemos que tener en

cuenta, que la dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraría también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”, (67) debiendo ser declarada a invalidad de cualquier dispositivo legal que contrarie ese valor básico, inherente a todo ser humano.

Por otro lado, aun cuando la dignidad de la persona humana no hubiese sido elevada al estatus de principio expreso, nadie dudaría de su calidad de principio implícito, consecuente del propio Estado Democrático de Derecho, capaz, aún así, de contrastar la validez de las normas de nivel inferior.

### **5.1.2 La desobediencia al principio de la dignidad de la persona humana por el propio Estado**

Aunque el principio de la dignidad de la persona humana tenga sed constitucional, siendo, por tanto, considerado como un principio expreso, percibimos, en muchas situaciones, su violación por el propio Estado. Así, aquél que sería el mayor responsable por su observancia, acaba se transformando en su mayor infractor.

La Constitución Brasileña, de la misma forma que la Española, reconoce, por ejemplo, el derecho a la salud, educación, vivienda, ocio, alimentación, en fin, derechos mínimos, básicos y necesarios para que el ser humano tenga una condición de vida digna. Sin embargo, en mayor o menor grado, esos derechos son negligenciados por el Estado. Se vea, por ejemplo, lo que ocurre, vía de regla, con el sistema penitenciario brasileño. Individuos que fueron condenados al cumplimiento de una pena privativa de libertad son afectados, diariamente, en su dignidad, enfrentando problemas como los de la superpoblación en carcel, torturas, ausencia de programas de rehabilitación etc. A ressocialización del preso es una tarea casi que imposible, pues que no existen programas gubernamentales para su reinserción social, además del hecho de la sociedad

no perdonar aquél que ya fue condenado por haber practicado una infracción penal.

Con los avances tecnológicos, otro problema está se colocando en los días de hoy, que alcanza derechamente nuestra dignidad, vale decir, la violación de nuestra intimidad. El Estado, como siempre, parece no andar con la velocidad necesaria a fin de protegernos de los ataques producidos a través de los nuevos medios tecnológicos, siendo, por tanto, una vez más, negligente. Y lo que es peor, muchas veces es lo propio Estado quien, a través de sus medios represores de averiguación, viola nuestro derecho a la intimidad, a ejemplo de lo que ocurre con la utilización de escuchas telefónicas ilegales.

### **5.1.3 A relativización del principio de la dignidad de la persona humana**

Según posición doctrinaria ampliamente mayoritaria, la dignidad de la persona humana no posee carácter absoluto. Con eso, estamos queremos afirmar que, en determinadas situaciones, debemos, obligatoriamente, trabajar con otros principios que servirán como herramientas de interpretación, llevándose a efecto la llamada ponderación de bienes o intereses, que resultará en la superioridad de un sobre el otro.

Así, tomemos como ejemplo el hecho de alguien haber practicado un delito de homicidio. El homicida, como es del conocimiento de todos, tiene derecho a la libertad. Sin embargo, en virtud de la gravedad de la infracción penal por él practicada, su derecho a la libertad, derechamente encendido a su dignidad, deberá ceder frente al derecho de protección de los bienes jurídicos pertenecientes a las demás personas, que con él se encuentran en una misma sociedad.

se percibe, así, que la dignidad, como un valor individual de cada ser humano, deberá ser evaluada y ponderada en cada caso concreto. No debemos nos olvidar, sin embargo, de aquello que se denomina como siendo un núcleo esencial de la dignidad de la persona humana, que jamás podrá ser estremecido. Así, una cosa es permitir que alguien, que practicó una infracción penal de naturaleza grave, si vea privado de su

libertad por el propio Estado, encargado de proteger, en última instancia, los bienes jurídicos; otra cosa es permitir que ése mismo condenado a una privación de libertad cumpla su condena en local degradante de su personalidad; que sea torturado por agentes del gobierno con la finalidad de arrancarle alguna confesión; que sus parientes sean impedidos de visitarle; que no tenga una ocupación resocializadora en la cárcel etc. Su dignidad deberá ser preservada, pues que al Estado fue permitido solamente privarle de la libertad, quedando resguardados, mientras, los demás derechos que dicen respeto derechamente a su dignidad como persona.

La dignidad, por otro lado, podrá ser ponderada contra los propios intereses de aquél que la posee, y que piensa en de ella disponer en una determinada situación, pudiendo el Estado actuar, todavía que coactivamente, a fin de preservarla, mismo contra la voluntad expresa de suyo titular. Merece ser registrado el famoso caso decidido por el Consejo de Estado de Francia, que concluyó por correcta la decisión del alcalde de la comuna de Morsang-sur-Orge, que determinó el entredicho de un establecimiento comercial que promovía, contrariamente a la dignidad de la persona humana, el lanzamiento de enanos. En aquella oportunidad, los clientes del mencionado establecimiento pudieron divertirse echando, de un lugar para otro, los enanos que allí trabajaban. En ese caso, fue desconsiderado el interés de los propios enanos, que recibían para ser “echados”.

Sin embargo, no es tarea de las más fáciles si concluye cuando estaremos delante de una agresión a la dignidad de la persona humana, mismo contra la voluntad expresa de aquél a quien se pretende defender, o cuando estaremos, en virtud de esa ponderación de intereses, delante de un derecho legítimo de la persona, aun cuando, según la opinión de terceros, sea ofensivo a su dignidad.

Tomemos como ejemplo el hecho de una pareja colocar escenas de sexo explícito disponibles en un sitio del internet. En ese caso, tendrían ellos derecho a la exposición de su imagen, ¿practicando lo más íntimo de los actos sexuales? ¿Y si tuviesen hijos, la situación se modificaría? Estarían, en ambos los casos, ¿ejerciendo su derecho de libertad a la intimidad, o ese derecho podría ser limitado? Son preguntas que permiten respuestas diferentes, variando de acuerdo con la persona, el tiempo, la cultura, la sociedad etc.

De esa forma, obligatoriamente, delante del caso concreto, tenemos que emitir un juicio de valor, buscando alcanzar la solución que parezca más justa, aunque hasta el propio concepto de justicia sea un concepto relativo, también merecedor de otro juicio de valor.

## 5.2. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

De acuerdo con un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sufragado por la Constitución Federal Brasileña, a cual, en el párrafo único de su art. 1º, dice que todo poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o derechamente, tenemosnos de esta Constitución, y por la Constitución Española que dice en su artículo 1.1 y 2, que *España si constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su orden jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado.* Los principios constitucionales, expresos e implícitos sirven de obstáculo a ser transpuesto por el legislador en el momento de la innovación del orden jurídico, mediante la creación o la revocación de los tipos penales.

Ya dejamos antever los principios que deberán merecer la atención del legislador para que sea efectivamente atendido el llamado Derecho Penal del Equilibrio. Algunos de ellos, a ejemplo del principio de la intervención mínima, ya servirán de norte antes mismo de la creación típica; otros, como el principio de la insignificancia, servirán más como limitador de la interpretación de los tipos penales.

Lo importante es frisar, en esta oportunidad, que la innovación del orden jurídico-penal no debe atender a un único principio, sino al conjunto de ellos. Y, como principio inicial, de análisis obligatorio, tenemos el principio de la intervención mínima, verdadero corazón del Derecho Penal del Equilibrio.

El principio de la intervención mínima debe ser analizado bajo dos enfoques diferentes, a saber:

- a) *ab initio*, debiendo ser entendido como un principio de análisis abstracto, que sirve de orientación al legislador cuando de la creación o de la revocación de las figuras típicas;
- b) evidencia la llamada naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, debiendo ser interpretado como la última *ratio* de intervención del Estado.

En su primera vertiente, para que se pueda entender cómo el principio de la intervención mínima servirá de orientación al legislador, necesitamos descubrir su punto de partida. En verdad, necesitamos evidenciar su finalidad última, que se confunde con la propia finalidad del Derecho Penal. En un enfoque minimalista, característico del principio de la intervención mínima, la finalidad del Derecho Penal es proteger los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Partiendo de esa visión, solamente los bienes de mayor relieve es que merecerán la atención del legislador penal que, a fin de protegerlos, deberá crear los tipos penales, prohibiendo o determinando la práctica de comportamientos, bajo a amenaza de una sanción.

De esa forma, se percibe, con claridad, que la primera vertiente del principio de la intervención mínima gira en torno, específicamente, de la teoría de lo bien jurídico, cuyo análisis será procedida adelante.

Con su segunda vertiente, el principio de la intervención mínima deja entrever la necesidad del Derecho Penal ser aplicado de forma subsidiaria, teniendo en vista a gravedad de su intervención, permitiendo, así, anclado en el principio de la dignidad de la persona humana, que otros Ramos del orden jurídico, con primacía, busquen hacer la protección de los bienes jurídicos, solamente siendo necesaria la interferencia del Derecho Penal cuando esos otros Ramos demuestren que son ineficaces o insuficientes a su protección. El estudio de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, con las importantes implicaciones prácticas, será llevado a efecto después del tópico relativo el análisis de la teoría de lo bien jurídico.

### **5.2.1. TEORÍA DE LO BIEN JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN MÍNIMA**

Si, de acuerdo con una concepción minimalista, la finalidad del Derecho Penal es proteger los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, la primera pesquisa a ser hecha es a de, justamente, identificar el origen de la teoría, bien como concepto de bien jurídico, para, en momento posterior, analicemos sus criterios de selección para fines de protección por el Derecho Penal.

Luiz Régis Prado, buscando plantear una evolución conceptual del bien jurídico, afirma que “la idea de objeto jurídico del delito nace con el movimiento de la ilustración y con el surgimiento del Derecho Penal moderno”. (68)

Roxin, a su turno, poniendo en duda si el origen de la teoría de lo bien jurídico ocurrió, efectivamente, en el Siglo de la Luces, aduce:

“La cuestión de sí el concepto de bien jurídico, cuyo creador se considera a Birnbaum, tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de a Ilustración, que se había esforzado por restringir la punibilidad a los ‘daños sociales’, derivando también de ello ya la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral”. (69)

En que pese la discusión existente, fue desde las ideas ilustradas que la teoría de lo bien jurídico se desarrolló y se proyectó en el Derecho Penal. La transformación de un Estado Absolutista para un Estado Liberal hizo con que la teoría de lo bien jurídico-penal ganase la importancia que merecía, visto ser una garantía del ciudadano aceptar la creación de tipos penales por el Estado solamente cuando uno bien jurídico estuviese siendo por él protegido.

Eso significa que el tipo penal pasaría a ejercer una función selectiva de bienes jurídicos, necesarios a lo mantenimiento del cuerpo social. Sin embargo, como bien alertó Luiz Regis Prado,

a pesar del postulado de que el delito lesa o amenaza de lesión los bienes jurídicos tener la concordancia casi total y pacífica de los doctrinadores, el mismo no se puede decir a respeto del concepto de bien jurídico, donde reina grande controversia. (70)

Günther Jakobs asevera que “un bien es una situación o hecho valorados positivamente”. (71) Para Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée

“los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión”.<sup>72</sup>

Zaffaroni, a su turno, asevera que

“Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas”. (73)

Esperanza Vaello Izquierdo aclara que

“los bienes jurídicos constituyen valores o intereses protegidos por el Derecho en la medida en que son presupuestos necesarios para que las personas desarrollen su vida social, pudiendo ser de naturaleza individual (vida, libertad, honor, etc.) o comunitaria (salud pública, seguridad del Estado, medio ambiente, entre otros)”.<sup>74</sup>

Cierto es que, independientemente del concepto que se adopte de bien jurídico, ora enfatizando uno bien individualmente considerado, ora llevando en consideración uno bien de interés colectivo o social, la elección deberá recaer solamente sobre aquéllos que gocen de la importancia exigida por el Derecho Penal, a fin de que el principio de la intervención mínima sea atendido.

El raciocinio aquí crecido es de tal importancia que Ferrajoli,<sup>75</sup> comparando los crímenes con las contravenciones penales (previstas por el derecho penal brasileño) y a faltas (existentes en el orden jurídico-penal español), aboga la tesis de la completa revocación de estas últimas, una vez que, de acuerdo con la pena conminada en abstracto, que define, en verdad, la gravedad de la infracción penal, si a las contravenciones penales o faltas competen la protección de los bienes que no son tan importantes a punto de ser protegidos por los tipos penales que prevén los delitos, mejor

sería, en atención al principio de la intervención mínima, que todas fuesen abolidas, siendo los bienes en ellas previstos protegidos por otros Ramos del orden jurídico, vale decir, el civil, el administrativo, etc.

También deberá ser considerado el hecho de que cada sociedad posee libertad para valorar sus bienes de acuerdo con su cultura, no se pudiendo generalizarlos o mismo limitarlos. Como veremos más adelante, existe una zona de consenso en la cual determinados bienes poseen el mismo valor en cualquier sociedad. Por otro lado, también existen las zonas de conflicto, o sea, situaciones que son tratadas de una forma por determinada sociedad, pero reciben tratamiento e importancia completamente diferentes de otra. Por ejemplo, la vida es uno bien sobre lo cual existe acuerdo de protección. Sin embargo, hay infracciones penales – que, en tesis, protegen la vida – que son previstas en determinada sociedad y no lo son en otra. se racione con el delito de aborto, punido por la legislación brasileña y española, pero tolerado en otros órdenes.

El criterio de protección de los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, por tanto, no podrá ser absoluto, rígido, determinado para todo y cualquier orden jurídico, pues que el grado de importancia oscilará de cultura para cultura.

#### **5.2.1.1. EL CRITERIO DE SELECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICO-PENALES Y LA CREACIÓN TÍPICA**

Si alguien infringe las reglas sociales reglamentadas, se desconsidera las prohibiciones o imposiciones establecidas por el orden jurídico-penal que, por lo menos en tesis, fueron editadas en beneficio de la sociedad, a fin de preservar una convivencia tranquila y pacífica entre los ciudadanos, la idea de censurar el acto de rebeldía al sistema luego nos viene a la mente.

La censura viene corporificada por medio de la pena. Es ella, incluso, que irá a dictar la gravedad del mal practicado. Pero cómo llegar a ese quantum, cómo decir, ¿por ejemplo, qué aquel comportamiento es más grave del que éste, mereciendo, pues, mayor censura y, consecuentemente, pena mayor? Cómo medir a censura del Estado realizada por medio de la pena, qué deberá, ¿obligatoriamente, ser proporcional al mal practicado

por el agente? Considerando, aún, ¿las funciones que se atribuyen a la pena – reprobación y prevenir los crímenes –, cómo apuntar aquella exacta, que consiga cumplir las referidas funciones?

Tales preguntas, cual si percibe, no son fáciles de contestar.

Otro punto a ser debatido dice respecto, también, a la pena a ser aplicada a cada infracción penal: escoger, entre las penas previstas por la ley penal aquella que más se adapte al hecho delictivo practicado. Desde una pequeña pena de multa, hasta la privación de la libertad, sin contar con la posibilidad, también, aun cuando excepcionalmente, de la aplicación de la pena de muerte, en caso de guerra declarada, tenemos del art. 5o, XLVII, la, de la Constitución Federal Brasileña y artículo 15, de La Constitución Española.

Podemos tomar como referencia de valores superiores aquéllos insertados en la Constitución. Considerando una jerarquía de bienes, necesaria al raciocinio de la proporcionalidad, tendríamos que, obligatoriamente, comenzar por el estudio de aquéllos que, en razón de su importancia, ganaron foros constitucionales. Sin embargo, existen otros artículos de relieve a ser protegidos que no poseen estatus constitucional.

La tarea de seleccionar los bienes parte, primeramente, de su valoración, de acuerdo con una concepción minimalista, en la cual solamente aquéllos realmente importantes podrán merecer la protección del Derecho Penal. Aunque nuestra opción sea por un Derecho Penal Mínimo, sabemos que, ni siempre, la sociedad comparte esa postura ideológica. En verdad, y como regla, la sociedad, cansada de presenciar actos atroces, que le causan repugnancia, busca, cada vez más, a tipificación desde comportamientos hasta entonces considerados indiferentes para el Derecho Penal. Empieza a surgir, por tanto, un terrible proceso de inflación legislativa, que solamente acarrea al descrédito y a la desmoralización del Derecho Penal.

Mismo sabiendo que el “resorte propulsor” de la creación de los tipos penales es la movilización de la llamada opinión pública, la política criminal de cada época es que define la selección de los comportamientos que deben ser punidos, con la consecuente valoración de los bienes jurídicos que deben ser penalmente tutelados. Es una política criminal de tensión, haya vista que movimientos antagónicos – minimalistas y

maximalistas – si digladiam en busca de la victoria de sus ideales. Los minimalistas afirman que la creación desorbitada de tipos penales hará con que el Derecho Penal se ocupe de proteger bienes que no tienen la importancia necesaria por él exigida, nivelándolo a los otros Ramos del orden jurídico, mismo siendo sus penalidades las más estigmatizantes; ya los adeptos de las tesis maximalistas aducen que la sociedad debe valerse de ese medio fuerte de imposición de terror, que es el Derecho Penal, a fin de intentar evitar la práctica de comportamientos en tesis a ella dañosos o peligrosos, no importando el estatus que goce el bien que con él se quiere proteger. Para los maximalistas, el Derecho Penal tendría un papel educador, esto es, mediante la imposición de sus graves sanciones, inhibiría aquél que no suele atender a las normas de convivencia social a practicar actos socialmente intolerables, aun cuando de poca o ninguna importancia.

La selección de los bienes jurídicos varía de sociedad para sociedad. El criterio de selección será valorativo-cultural, de acuerdo con la necesidad de cada época, de cada sociedad. Existe una zona de acuerdo, común a toda y cualquier sociedad, en el sentido de la protección de determinados bienes, con la creación de ciertas figuras típicas, como es el caso del delito de homicidio, robo, etc. Sin embargo, existen zonas de conflicto, en las cuales conductas que son incriminadas en determinada sociedad ya no lo son en otras, a ejemplo de lo que ocurre con el castigo por el aborto y por el homosexualismo.

Según aclaran Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade,

Hay crímenes – y no cabrá aquí enumerarlos – que expresan un inequívoco acuerdo de todo el colectividad y que despiertan en ella sentimientos de cohesión y solidaridad. se trata, además, de crímenes comunes a la generalidad de las sociedades y tendencialmente constantes a lo largo de la historia. No faltan, sin embargo, crímenes ‘creados’ para prestar eficacia a una particular moralidad o a un determinado arquetipo de organización económica, social o política. Tales crímenes constituyen siempre, de forma más o menos inmediata, afloramientos de una determinada conflitualidad, una vez que a criminalização en esta área presupone el ejercicio del poder en el interés de unos, pero imponiéndose a todos.

Como fácilmente se intuye, es aquí que el problema de la definición del crimen se

convierte en un problema eminentemente político.<sup>76</sup>

En nuestra opción minimalista, sea partiendo de la busca de valores constitucionales, sea seleccionando otros que no tienen previsión constitucional, lo que importa, en la protección y selección de estos bienes por el Derecho Penal, es, efectivamente, que ellos posean la importancia exigida por esa rama del orden jurídico, considerado lo más grave y radical de todos.

Luiz Flávio Gomes, disertando sobre los papeles ejercidos por lo bien jurídico en la selección de los comportamientos que se quiere prohibir o imponer bajo a amenaza de una sanción penal, dice:

(a) el primero es de naturaleza indicativa, es decir, en consecuencia del principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos, hoy se reconoce (indicativamente) que solamente los bienes existenciales (individuales o supra-individuales) más importantes para el ser humano, es decir, los que son indispensables para el desarrollo de su personalidad, merecen ser contemplados en una norma como objeto de protección (y, por consiguiente, del agravio) penal;

(b) según es de carácter negativo, en el sentido de que estamos en condiciones de afirmar, con buen margen de seguridad, al menos cuales bienes no pueden ser convertidos en objeto de la tutela (y del agravio) penal: la moral, la ética, la religión, la ideología, los valores culturales como tales etc.<sup>77</sup>

En la tarea de protección de los bienes vitales y necesarios a la convivencia en sociedad, el legislador, encargado de la selección de estos bienes, debe considerar como principios norteadores de su actividad la llamada intervención mínima del Derecho Penal, resaltándose su naturaleza subsidiaria, bien como la lesividad/ofensividad y la inadecuación social del comportamiento que se quiere prohibir o imponer bajo a amenaza de una sanción.

Aunque el bien haya sido políticamente considerado como relevante, si otros Ramos del orden jurídico pueden, con eficiencia, hacer su protección, no habrá necesidad de la intervención radical del Derecho Penal, vale decir, si el derecho administrativo, por ejemplo, sea capaz de inhibir comportamientos que agraven bienes de relieve, en virtud

del carácter subsidiario del Derecho Penal, aquél tendrá preferencia en la defensa de lo bien que se quiere proteger con la prohibición de la conducta. No bastase, aún deberá el legislador llevar a efecto el raciocinio de la ofensividad del comportamiento, esto es, solamente podrá prohibir conductas que sobrepasen la persona del agente y que vengan a alcanzar bienes pertenecientes a terceros. De acuerdo con ese raciocinio, no puede haber prohibiciones de pensamientos, de formas particulares de ser (modo de vestirse, opción sexual, educación, etc.), debiendo el Derecho Penal ser tolerante con las diferencias existentes entre los seres humanos. Aún, el comportamiento prohibido deberá merecer la reprobación de la sociedad, pues que si la conducta que se quiere prohibir o imponer ya se encuentra asimilada por medio social, querer criminalizarla sería, en verdad, fomentar la práctica de infracciones penales, pues que la sociedad, ya acostumbrada con la práctica de determinado comportamiento, no se dejaría influenciar por la prohibición.

En fin, sobrepasados todos los principios informadores de la creación de los tipos penales, se abre la oportunidad del Derecho Penal colocar su manto protector sobre determinado bien.

Como bien resaltó Luiz Flávio Gomes,

“es presupuesto lógico de todo discurso garantista suponer que el legislador, a pesar del margen de libertad (con que cuenta) en el ejercicio de su atribución de seleccionar los bienes jurídicos, margen ésa que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...], está vinculado a la Constitución y a los principios político-criminales que emanan dela”. (78)

El problema mayor reside en la siguiente indagación: ¿Lo qué es uno bien importante, necesario y vital a la convivencia en sociedad? Sabemos que el concepto de importancia es fluido, pulverizado de acuerdo con las opciones políticas adoptadas en cada período de nuestra historia, pues, según asevera Francisco Bueno Arús, “ningún criterio científico es apto para señalar qué debe castigarse, con qué debe castigarse y entre qué límites temporales hay de ser determinado el castigo”. (79) Aquello que era importante para el régimen nacional-socialista de Hitler fue visto como una atrocidad a los derechos humanos. En fin, en la selección de los bienes jurídicos encontramos un

otro problema, vale decir, el de la afirmación de la propia importancia, que depende del período histórico por qué pasa la sociedad.

El punto de partida de nuestro raciocinio puede ser dirigido a lo análisis de los bienes apuntados en nuestra Constitución, que, por lo menos en tesis, gozan de prominencia sobre todos los demás, en vista de su enorme importancia. Aún en la lecciones de Luiz Flávio Gomes,

“no es correcto decir que exclusivamente los derechos fundamentales son los merecedores de la tutela penal. Otros bienes o intereses, particulares o hasta mismo colectivos, todavía que no estén contemplados en el texto constitucional, pueden ser objeto de la protección penal, siempre que sean socialmente relevantes y compatibles con el cuadro axiológico-constitucional”.

Esa observación merece ser analizada de forma más profundizada, haya vista la existencia de teorías constitucionalistas que autorizan, tan sólo, la creación de tipos penales, caso exista abrigo constitucional para el bien a ser jurídicamente pupilo por el Derecho Penal. Entienden, en verdad, la Constitución como un límite positivo al Derecho Penal, pudiéndose destacar, conforme las lecciones de Janaína Conceição Paschoal, (80) dos vertientes de ese pensamiento: a) el Derecho Penal como potencial espejo de la Constitución y b) el Derecho Penal como instrumento de tutela a derechos fundamentales.

Por intermedio de la primera vertiente, vale decir, la del Derecho Penal como potencial espejo de la Constitución, solamente podría haber la protección de bienes jurídicos que tuviesen previsión expresa en la Constitución. La Ley Mayor sería el límite positivo del legislador, en el sentido de solamente permitir, por medio del Derecho Penal, la protección de los bienes constitucionalmente previstos, estén ellos encendidos o no a los derechos tenidos como fundamentales. La segunda vertiente, más radical del que la primera, solamente permitiría la protección penal de bienes jurídicos constitucionalmente previstos desde que hiciesen parte del rol de los llamados a derechos fundamentales, alejándose la posibilidad de tutela penal sobre los demás, aun cuando si encontrasen sobre el abrigo constitucional.

Sin embargo, ya lo dijimos, otros bienes existen que pueden no haber sido

contemplados en sed constitucional, pero que también gozan de la importancia exigida por el Derecho Penal. La sociedad es mutante. Valores hasta entonces desconocidos se vuelven fundamentales. Puede acontecer – lo que no es infrecuente – de, en determinado momento histórico en que fue editada la Constitución, no haber habido la contemplación de uno bien que, tiempos después, se verificó ser de la mayor importancia.

Según afirman Paulo César Busato y Sandro Montes Huapaya,

[...] el criterio de selección o hierarquización de los valores e intereses que el Derecho Penal es llamado a proteger, de lesiones o colocaciones en peligro, no tiene una regla general inmutable, y sí depende de la estructura social determinada en un momento histórico. La decisión entre una e otra postura no depende de las bases valorativas que el propio Derecho Penal elaboró. La Constitución solo constituye una fuente de referencia, pero tampoco establece los límites a la selectividad o hierarquización, ya que la sociedad evoluciona de manera vertiginosa. Con eso, la presencia de nuevos riesgos y sus valoraciones jurídicas y apreciaciones de índole ideológicas, éticas o políticas determinan cambios en el campo jurídico-penal que no van, necesariamente, decorrer de alteraciones valorativas del campo constitucional. (81)

En algunas situaciones, la propia Constitución, a ejemplo de lo que ocurre con la brasileña, es que indica la incriminación de comportamientos atentatorios, por ejemplo, a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la propiedad, según dispone el *caput* del art. 5o, bien como su inciso XLI, cuando dice que la ley punirá cualquier discriminación atentatoria de los derechos y libertades fundamentales, o, supuestamente, cuando determina la incriminación de comportamientos, por entenderlos altamente lesivos a bienes jurídicos de relieve, a ejemplo de lo que ocurre con la previsión contenida en el inciso XLII del art. 5º de nuestra Ley Mayor, que dice que la práctica de racismo constituye crimen inafiançable e imprescriptible, sujeto a la pena de reclusión, conforme las disposiciones de la ley; en el inciso XLIII, diciendo que la ley considerará crímenes inafiançables e insucetibles de gracia o amnistía la práctica de tortura, el tráfico ilícito de entorpecentes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como crímenes hediondos, por ellos respondiendo los mandantes, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, si omiten; y, aún, en el inciso XLIV, cuando asevera que constituye

crimen inafianzable e imprescriptible a acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado democrático.

Janaína Conceição Paschoal aduce:

La doctrina ha interpretado, de forma diversa, las indicaciones de criminalización y las determinaciones expresas de criminalización. Defiende que, con relación a las primeras, lo constituyente hace un análisis de la dignidad penal de los bienes que reconoce como importantes para una dada sociedad, dejando la evaluación de la necesidad para el legislador ordinario, mientras, en la segunda (determinación expresa de criminalización), el constituyente ya habrá hecho la evaluación de la dignidad y de la necesidad de la tutela, no sobrando al legislador cualquier libertad para ponderar concretamente la necesidad de ese tipo de protección. (82)

Con acierto, rebatiendo el raciocinio tradicional, a ilustre autora asevera:

Asumir que el constituyente ya evalúa el merecimiento y la necesidad de la tutela penal, estando, por tanto, el legislador obligado a criminalizar, significa volver la espalda al necesario carácter material de la ley y de la propia Constitución, importando aún la desconsideración de los principios informadores del Derecho Penal Mínimo, que, en última instancia, pautase en la necesidad efectiva y no meramente formal de la tutela penal.<sup>83</sup>

En sentido contrario, actuando como límite negativo al Derecho Penal, en vez de apuntar cuales los bienes merecen la tutela del Derecho Penal, puede la Constitución prohibir la incriminación de determinadas conductas. Sirve, por tanto, como límite al *ius puniendi* del Estado. Es una barrera intransponible al legislador, cabiendo al Poder Judicial el control de diplomas legales que agraven las prohibiciones de incriminación contenidas en el texto de nuestra norma fundamental. Puede, aún, aunque permitiendo la prohibición de ciertos comportamientos, impedir a cominación de penas que afecten la dignidad de la persona humana, tal como acontece art. 5º, inciso XLVII, de la Constitución brasileña que dice que no habrá pena de muerte, salvo en el caso de guerra declarada, conforme el art. 84, XIX; de carácter perpetuo; de trabajos forzados; de expulsión (banimiento) y crueles, y el artículo 15 de La Constitución Española que determina que todos tienen derecho a la vida y a La integridad física y moral, sin que,

en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra.

Conforme lecciones de Alice Bianchini,

“un Estado del tipo democrático y de derecho debe proteger, con exclusividad, los bienes considerados esenciales a la existencia del individuo en sociedad. La dificultad se encuentra, exactamente, en la identificación de esta clase de bienes. La determinación de lo que sería digno de tutela penal representa una decisión política del Estado, que, mientras, no es arbitraria, pero condicionada a su propia estructura. En un Estado social y democrático de derecho, la elección de los bienes jurídicos habrá de ser realizada llevando en consideración los individuos y sus necesidades en el interior de la sociedad en la que vivem. (84)

En verdad, la elección de lo bien a ser protegido por el Derecho Penal y, consecuentemente, la creación de la figura típica, como ya dejamos antever, deberán obedecer a los principios penales fundamentales (intervención mínima, ofensividad, adecuación social, fragmentariedad, etc.), que servirán de norte al legislador, a fin de depurar su elección, no permitiendo, por ejemplo, que, con la disculpa de protegerse cierto bien, prohíba comportamientos plenamente tolerados por la sociedad, que no causan daños a terceros etc.

Existe, por tanto, libertad política en la elección de los bienes que merecerán la tutela del Derecho Penal. Sin embargo, tal libertad de elección se encuentra limitada por la obligatoria observancia de los principios penales fundamentales.

### **5.2.2. LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL DERECHO PENAL**

La segunda vertiente del principio de la intervención mínima evidencia la llamada naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, haciendo con que él sea entendido como la última *ratio* de intervención del Estado.

Tal raciocinio se hace necesario en una visión minimalista del Derecho Penal, haya

vista que si los otros Ramos del orden jurídico demuestran que son Fortes el suficiente en la protección de determinados bienes, es preferible que tal protección sea por ellos llevada a efecto, en el lugar de la drástica intervención del Derecho Penal, con todas sus consecuencias malélicas, a ejemplo del efecto estigmatizante de la pena, de los reflejos que una condena trae sobre la familia del condenado, etc.

De acuerdo con las necesarias lecciones de Enrique Cury Urzúa,

“El derecho penal es secundario o subsidiario, porque la pena solo debe emplearse cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de *ultima ratio*. Lo mismo debe decirse de las medidas de seguridad y corrección. Este carácter secundario o subsidiario del derecho penal es una consecuencia de las tendencias político-criminales del presente, inspiradas en el *principio de humanidad*”. (85)

En el mismo sentido, afirma Roxin que el Derecho Penal es tan sólo

“La última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc - . Por ello se denomina a la pena como la ‘*ultima ratio* de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”. (86)

En muchas situaciones el Derecho Administrativo demostrará, incluso, fuerza superior al propio Derecho Penal, data su lista eficacia. El poder de policía, que es inherente al Estado, hace con que el Derecho Administrativo resuelva situaciones conflictuosas con mucho más rapidez del que el Derecho Penal.

La creación de la figura típica se encuentra limitada por el principio de la intervención mínima, considerado un de los principios fundamentales del Derecho Penal del Equilibrio. Por intermedio de la vertiente que apunta la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, el legislador, en el momento de la elección de lo bien, allende tener de contrastar su importancia, tanto en nivel individual como colectivo o social, vendrá a

observar, obligatoriamente, si los otros Ramos del orden jurídico se muestran suficientemente eficaces en la protección de aquél bien que, de antemano, ya afuera entendido como importante, para, solamente después, caso esa protección sea entendida cómo ineficaz o insuficiente, permitir la intervención drástica del Derecho Penal.

Concluyendo, la vertiente correspondiente a la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal hace con que, primeramente, sean verificadas las demás hipótesis de intervención (administrativa, civil, etc.), para solamente después, contrastada su insuficiencia, permitir la protección de los bienes jurídicos por medio del Derecho Penal.

### **5.3. PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD (LESIVIDAD)**

Efectivamente, el siglo XVIII fue marcante para las principales modificaciones sufridas por el Derecho Penal. Nuevos principios fueron creados bajo el fundamento de la dignidad de la persona humana.

El preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, traduce, con énfasis, las nuevas preocupaciones con el ser humano:

Los representantes del pueblo francés, reunidos en Asamblea Nacional, teniendo en vista que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos, resolvieron declarar solemnemente los derechos naturales, inalienables y consagrados del hombre, a fin de que esta declaración, siempre presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, pudiendo ser a cualquier momento comparados con la finalidad de toda el institución política, sean por eso más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, doravante fundadas en principios simple e incontestables, se dirijan siempre a la conservación de la Constitución y a la dicha general.

Todos nosotros estudiamos, espantados, las terribles historias de la Inquisición. Personas eran investigadas, acusadas, condenadas y ejecutadas simplemente porque

pensaban de forma diferente de la Iglesia de la época, siendo consideradas, por ejemplo, como herejes.

Champlin y Bentes recuerdan que,

“en 1163, en el concilio de Tours, en Francia, el papa Alexandre III ordenó el clero buscara los herejes con base en expedientes, con a ayuda de testigos juramentados. Durante un período de cerca de cincuenta años (de 1163 a 1215), hubo procesos inquisitoriales en tramitación. En el siglo XIII, la inquisición actuaba en todo el Europa, exceptuándose en la Escandinavía y en Inglaterra. Diferentemente de los casos tratados en los tribunales civiles, los acusados nunca eran enterados quien eran sus acusantes. Si los agravios fuesen consideradas ligeros, penalidades bastantes insignificantes eran bajadas, generalmente envolviendo formas de penitencia. Pero los alegados crímenes, que comúnmente nada más envolvían sino diferencias de opinión doctrinaria, eran pesadamente punidos, con encarcelación, banimiento y hasta la muerte, para no decir sobre indescriptibles torturas sufridas por las víctimas. Lo más increíble es que, en 1253, el Papa Inocente IV autorizó oficialmente el uso de torturas, en el proceso de los interrogatorios. Por tanto, el supuesto vicario o sustituto del humilde Jesus Cristo, que prohibía toda suerte de violencia, se volvió pesadamente culpable de ese crimen de torturar hasta mismo miembros de su propia Iglesia.<sup>87</sup>

para que se tenga idea de la gravedad del período que antecedió la adopción del principio de ofensividad, las Ordenaciones Filipinas, las últimas que fueron aplicadas antes de la edición de nuestro primer Código Criminal, publicado en 1830, prevenían el castigo de los herejes, de los apóstatas, de los brujos, de los que renegaban o blasfemaban contra Dios o contra los Santos de la Iglesia Católica, de los que bendecían perros o bichos sin la autorización de las autoridades y de los que hacían vigiliass en Iglesias.

El período de la ilustración vino a romper con la llamada secularización, o sea, hubo la separación entre el derecho y la moral. Ni todo, desde aquel movimiento, que fuese considerado inmoral podría ser considerado también como contrario y prohibido por el Derecho. La religión también fue separada. El Estado no podía más confundir derecho con fe.

Ferrajoli, en ese sentido, aclara:

“Lo según fundamento, bien más importante en el plan ético-político, traído por el Iluminismo penal al requisito de la materialidad de la acción criminal es el principio axiológico de separación entre derecho y moral. Ya se habló de las tesis de Hobbes, Pufendorf, Bentham y de todo el pensamiento laico y liberal sobre los límites del derecho en lo que concierne a la moral, por fuerza de los cuales ni todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del derecho sancionar o imponer la moral. Esa tesis encuentra, en los principios de exteriorización de los actos pasibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral, sus dos corolarios más relevantes política y éticamente”. (88)

Una de las principales conquistas de ese período fue, efectivamente, el principio de la lesividad, también reconocido como principio de la ofensividad, que, según Nilo Batista,

“transporta para el terreno penal la cuestión general de la exterioridad y alteridad (o bilateralidad) del derecho: al contrario de la moral – y sin embargo de la relevancia jurídica que puedan tener las actitudes interiores, asociadas, como motivo o fin de actuar, a un éxito externo –, el derecho ‘coloca pese la faz, por lo menos, dos sujetos’.<sup>89</sup>

El principio de lesividad, el principio de la intervención mínima y el principio de la adecuación social servirán de norte al legislador cuando de la creación, y de la necesidad de revocación de la figura típica. El primer raciocinio a ser producido cuando el legislador quiera crear una figura típica será lo de, efectivamente, contrastar la importancia de lo bien jurídico que irá a merecer la atención del Derecho Penal. Si el bien goza de ese estatus, o sea, si es importante a punto de merecer la protección del Derecho Penal, vencido el primer principio, ingresamos en lo según, de averiguación obligatoria, que es justamente el principio de la lesividad.

De acuerdo con el enfoque del principio de la lesividad, podemos trabajar con las cuatro vertientes propuestas por Nilo Batista, (90) a saber:

a) prohibición de incriminaciones que digan respeto a una actitud interna del agente;

- b) prohibición de incriminaciones de comportamientos que no excedan al ámbito del propio autor;
- c) prohibición de incriminaciones de simple estados o condiciones existenciales;
- d) prohibición de incriminaciones de conductas desviadas que no afecten cualquiera bien jurídico.

En verdad, podemos condensar todas las vertientes anunciadas por Nilo Batista en un único raciocinio: el Derecho Penal solo puede, de acuerdo con el principio de la lesividad, prohibir comportamientos que extrapolen el ámbito del propio agente, que vengan a alcanzar bienes de terceros, atendiéndose, pues, al brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*.

Luiz Flávio Gomes, analizando el principio de ofensividad, afirma:

“Una vez que se concibe que la ofensividad es condición necesaria, todavía que no suficiente, de la intervención penal y que el delito es expresión de una infracción al Derecho (lesión o peligro concreto de lesión a lo bien jurídico protegido), tiene relevancia impar exigir del legislador la descripción del hecho típico como un agravio a un determinado y específico bien jurídico” .(91)

Como bien resaltado por Luiz Flávio Gomes, el principio de la lesividad es un principio, y no el principio necesario para la creación de los tipos penales. La creación de los tipos penales se quedará subordinada, aún, a la constatación de la importancia de lo bien que se quiere proteger (principio de la intervención mínima), bien como de la inadecuación social del comportamiento que se quiere prohibir o imponer bajo a amenaza de una sanción (principio de la adecuación social).

Tomemos, ahora, el lugar del legislador y, hipotéticamente, vamos a dar inicio a la construcción de los tipos penales. De acuerdo con el criterio de selección de los bienes jurídicos, escogemos la vida, a fin de que el Derecho Penal haga recaer sobre ella su protección. Será qué, en el caso en examen, ¿podría el legislador, a fin de proteger el bien vida, punir la conducta de aquél qué, desesperado, busca acabar con su propia, intentando, por tanto, sin éxito obviamente, practicar el suicidio? La primera barrera

impuesta a la creación típica ya habrá sido sobrepasada, cuando afirmamos que la vida era uno bien importante a punto de merecer la protección del Derecho Penal. Sin embargo, la creación típica estaría inviabilizada con lo según raciocinio, o sea, la segunda barrera principiología se volvió intransponible, una vez que la conducta de aquél que atenta contra la propia vida no es lesiva, pues que no alcanza bien jurídico de terceros.

Es, por tanto, en razón del principio de la lesividad, de observancia obligatoria, que el Derecho Penal está impedido de prohibir, por ejemplo, a auto-mutilación, pues la conducta de aquél que se quiere mutilar no sobrepasa la persona del agente y no alcanza, consecuentemente, bienes de terceros.

Varias infracciones penales han sido cuestionadas, negándose, incluso, su validez, cuando sometidas a la “prueba de la lesividad”. Según Luiz Flávio Gomes, (92) todos los tipos penales que prevén delitos de peligro abstracto no se sostendrían. En el mismo sentido, advierte Mariano Silvestroni que “los delitos de peligro abstracto no pueden ser admitidos en un derecho penal basado en el principio de lesividad. La mera presunción de que ciertas conductas pueden afectar a terceros no basta para legitimar la injerencia punitiva si esa afectación no si produce realmente en el caso concreto”. (93)

Del mismo modo, Emiliano Borja Jiménez fundamenta a no incriminación del uso de drogas, diciendo:

“el consumidor de cualquiera de las sustâncias calificadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, está actuando una faceta de su libertad con relación a La disposición de su salud de forma autónoma, aun cuando ésta sufra menoscabos por el placer del consumo de narcóticos. Atendiendo a esta perspectiva individual, la creación de barreras punitivas por parte del Estado, que determinen una obstaculización a ese derecho al consumo, si presenta como una intolerable injerencia que se concretaría en una vulneración de uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: el derecho al libre desarrollo de La personalidad, concreción de la dignidad humana que viene constitucionalmente protegida en el art. 10.1. del Texto Fundamental español”.<sup>94</sup>

La parte general del Código Penal brasileño, en obediencia al principio de lesividad, en lo que dice respeto a la tentativa, exige el inicio de la ejecución, no siendo punidos,

por tanto, la simple cogitación (*cogitationis poenam nemo patitur*) y los actos considerados como preparatorios, determinándose en el inciso II del art. 14 el siguiente:

*Art. 14. Se dice el crimen:*

*I – [...];*

*II – [...] intentado, cuando, iniciada la ejecución, no si consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.*

El artículo 16.1. Del Código Penal español, de forma más explícita aún, dice que:

*Artículo 16.*

*1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a La ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no si produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

Concluyendo, el principio de la lesividad servirá de norte al legislador, a fin de que solamente aquellas conductas que extrapolen la persona del agente y que vengán a alcanzar bienes de relieve puedan venir a ser prohibidas por el Estado por intermedio del Derecho Penal.

#### **5.4. PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL**

Tal como los principios estudiados anteriormente – intervención mínima y lesividad –, el principio de la adecuación social, cuya formulación inicial se atribuye al maestro alemán Hans Welzel, sirve tanto como principio orientador del legislador cuando de la creación o de la revocación de las figuras típicas, bien como instrumento de interpretación de los tipos penales constantes de nuestro Código Penal.

Como explica Gonzalo Fernández, “Welzel incurrió ciertamente en variaciones sistemáticas respecto de la ubicación de La adecuación social dentro del sistema del ilícito, que le han sido estrictamente cuestionadas. Primero, la consideró, correctamente,

en el ámbito de la tipicidad, pero más tarde le concedió naturaleza jurídica de una causa de justificación de carácter consuetudinario, fusta que, por último, retornó a su pensamiento originario, tratando La adecuación social de nuevo como una cuestión de tipicidad”. (95)

De acuerdo con las propia palabras de su creador, Welzel afirmaba que

“En la función de los tipos de presentar el ‘modelo’ de la conducta prohibida ei pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos si hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de La doctrina de la acción causal eran demasiado restringidas, en cuanto se veía la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos. (96)

De esta forma, se encuentra el legislador, en la calidad de pesquisidor y seleccionador de las conductas ofensivas a los bienes jurídicos más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, impedido de crear tipos penales que prohíban conductas que ya estén perfectamente aceptadas y toleradas por esa misma sociedad, pues, caso contrario, estaría, en verdad, compeliendo la población a cometer crímenes, una vez que, estando la sociedad acostumbrada a practicar determinados comportamientos, no alteraría su normal manera de ser por el simple hecho del surgimiento de una ley penal que no tuvo la sensibilidad suficiente para discernir conductas inadecuadas socialmente de aquéllas otras que no son toleradas por la sociedad.

Se imagine, hoy, v.g., que el legislador, a título de evitar el aumento del número de caso de alcoholismo, crease un tipo penal con la siguiente redacción: “Ingerir bebidas alcohólicas después las 22 horas en locales públicos, abiertos o expuestos al público”. A la primera vista, parecería una actitud laudable del legislador, que demostró estar preocupado con la población. Sin embargo, tal creación típica se mostraría completamente inviable, haya vista que, por más que la sociedad comprendiese los

males causados por la ingestión descomedida de bebidas alcohólicas, también ya está acostumbrada a su uso regular, razón por la cual tal prohibición solamente estimularía el uso clandestino, pues que la ley estaría yendo de encuentro a las costumbres ya afirmadas.

Merece destaque, aún, el hecho de que al principio de la adecuación social se atribuye, también, una función interpretadora de los tipos penales. Las costumbres, íntimamente ligados al principio en estudio, que traducen el comportamiento de la sociedad en determinada época, servirán de norte, también, para el exegeta cuando de la interpretación típica, a fin de que los modelos de conducta aparentemente prohibidas o impuestas por la ley penal estén en perfecta sintonía con el sentimiento social.

En fin, el principio de la adecuación social será de grande valía para que no sean prohibidas, impuestas o mismo mantenidas conductas que ya estén perfectamente asimiladas por la sociedad.

Por otro lado, se percibe que la adopción del principio de la adecuación social, como principio de interpretación, nos acarreará al alejamiento de la tipicidad del hecho. En ese sentido son las lecciones de Assis Toledo, cuando dice:

“La acción socialmente adecuada está desde el inicio excluida del tipo, porque se realiza dentro del ámbito de normalidad social, al paso que la acción amparada por una causa de justificación solo no es crimen, a pesar de socialmente inadecuada, en razón de una autorización especial para la realización de la acción típica”.(97)

Corroborando el raciocinio desposado arriba, Juarez Cirino dos Santos aclara:

“La opinión dominante comprende la adecuación social como hipótesis de exclusión de la tipicidad, pero existen sectores que la consideran como justificante, como causa de exculpación, o como principio general de interpretación de la ley penal. No hay duda que la adecuación social es un principio general que orienta la creación y la interpretación de la ley penal, pero su atribución a la antijuridicidad presupone a sobrepasada concepción del tipo libre-de-valor, y su comprensión como exculpante presupone una inaceptable identificación entre la adecuación social de determinadas acciones y la naturaleza prohibida del injusto. (98)

Mediante posiciones anteriores, se concluye, por tanto, que la adopción del principio de la adecuación social hace con que el intérprete no consiga sobrepasar la barrera de la tipicidad, a fin de verificar la ilegalidad o mismo la culpabilidad.

De esa forma, el principio de la adecuación social, conjugado con los principios de la intervención mínima y de la lesividad, abre la posibilidad al legislador de la creación de la figura típica, del mismo modo que también, como el revés de una misma moneda, el alerta para la necesidad de revocación de los tipos penales que no más prevén comportamientos inadecuados socialmente, sirviendo, aún, como importante instrumento de análisis e interpretación de las figuras típicas.

## **5.5. PRINCIPIO DE INSIGNIFICÂNCIA**

Una vez sobrepasadas las barreras correspondientes a los principios de la intervención mínima, lesividad y adecuación social, se abre la oportunidad al legislador para la creación de los tipos penales. Bajo el enfoque minimalista, en una visión equilibrada del Derecho Penal, solamente aquellos bienes más importantes, que sufren los ataques más lesivos e inadecuados socialmente, es que pueden merecer la atención y la protección del Derecho Penal, pues, caso contrario, estaríamos aceptando la tesis, ya debatida en tópico propio, del Derecho Penal Máximo.

La tarea de legislar no es fácil. Identificar, con precisión, las conductas que se quiere prohibir o imponer, bajo a amenaza de una sanción de naturaleza penal, a fin de proteger uno bien considerado de vital importancia para el mantenimiento de la sociedad, requiere del legislador, primeramente, una visión político-criminal correcta, allende una apurada técnica de redacción legislativa.

Identificado el bien a ser protegido por el tipo penal, no pudiendo el legislador bajar a minucias, debe el intérprete, al analizar la infracción penal creada, ajustarla al raciocinio minimalista, pugnando, pues, por un Derecho Penal del Equilibrio. Traduciendo mejor la idea, raciocinemos con la siguiente hipótesis: el legislador, en un análisis antecedente a la creación típica, llegó a la conclusión de que el patrimonio era uno bien importante a punto de merecer la protección del Derecho Penal, y que, cuando

el agente no destruía su propio patrimonio, su conducta era lesiva e inadecuada socialmente. Pues bien, el raciocinio anterior comprueba la adopción de los principios que sirven de orientación al legislador en la creación de los delitos contra el patrimonio.

Sin embargo, una vez creadas las figuras típicas correspondientes a los delitos contra el patrimonio, la pregunta a ser hecha a continuación, que dice respeto derechamente al principio de insignificancia, es la siguiente: Aunque el patrimonio haya sido considerado abstractamente por el legislador cómo uno bien importante, a punto de merecer la protección del Derecho Penal, ¿todo y cualquier patrimonio, en el caso concreto, independientemente de su valor, posee ese estatus? Obviamente, la respuesta, aquí, solo puede ser negativa.

Si la finalidad del Derecho Penal, en el plan abstracto, es la protección de los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, no podemos hacer un raciocinio paradójico a ése justamente cuando estemos delante de la concreción de un comportamiento que, a la primera vista, es ofensivo a uno bien jurídicamente protegido por el tipo penal. Sería un raciocinio absurdo concluir que en el art. 155 del Código Penal, por ejemplo, todos los patrimonios posibles e imaginables estarían protegidos, v.g, en virtud de la creación del delito de hurto.

De allí, por tanto, la necesidad inafastable de la adopción del principio de insignificancia, en la calidad de principio que traduce el raciocinio minimalista, equilibrado, visando interpretar correctamente los textos legales.

### **5.5.1. ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA**

En que pese haber divergencia doctrinaria en cuanto a los orígenes del principio de insignificancia, pues que Diomar Akel Filho aduce que “el principio ya vigoraba en el Derecho romano, donde el pretor no cuidaba, de modo general, de causas o delitos de bagatela, consonante la máxima contenida en el brocardo *minima non curat pretor*,<sup>(99)</sup>”

según aclara Maurício Antônio Ribeiro Lopes, “el principio de insignificancia, o, como prefieren los alemanes, la ‘criminalidad de bagatela’ – Bagatelledelikte, surge en Europa como problema de índole general y progresivamente creciente desde la primera guerra mundial. Al terminar ésta, y en mayor medida al final de la según confrontación bélica mundial, se produjo, en virtud de circunstancias socioeconómicas sobejamente conocidas, un notable aumento de delitos de carácter patrimonial y económico y, fácilmente demostrable por la propia devastación sufrida por el continente, casi todos ellos marcados por la característica singular de que consistan en subtracciones de pequeña relevancia, de allí la primera nomenclatura doctrinaria de ‘criminalidad de bagatela’”.<sup>100</sup>

El desarrollo del principio de insignificancia mucho se debe al maestro alemán Claus Roxin. Francisco de Assis Toledo, discutiendo sobre lo tema, advierte:

“Welzel considera que el principio de la adecuación social bastaría para excluir ciertas lesiones insignificantes. Es discutible que así sea. Por eso, Claus Roxin propuso la introducción, en el sistema penal, de otro principio general para la determinación del injusto, lo cual actuaría igualmente como regla auxiliar de interpretación. se trata del principio de insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos, excluir daños de poca importancia”.<sup>(101)</sup>

De acuerdo con las lecciones proferidas, se percibe que el principio de insignificancia:

- a) es entendido como un principio auxiliar de interpretación;
- b) puede ser aplicado en grande parte de los tipos;
- c) tiene por finalidad alejar del tipo penal los daños de poca o ninguna importancia.

Realmente, como ya dejamos antever, el principio de insignificancia sirve como instrumento de interpretación, a fin de que el exegeta lleve a efecto una correcta ilación del tipo penal, de él retirando, de acuerdo con la visión minimalista, bienes que, analizados en el plan concreto, son considerados de importancia inferior aquélla exigida por el tipo penal cuando de su protección en abstracto.

Sin embargo, aunque de utilización obligatoria en muchos casos, ni todos los tipos penales permiten el raciocinio de la bagatela. Así, por ejemplo, no se discute que en el hipótesis de homicidio no se aplica el principio. Por más que, según la argumentación del autor del hecho, la víctima no “valiese nada”, tal conclusión no permite la aplicación del principio. En otros hechos que, aparentemente se amoldarían a la ley penal, el principio es de aplicación obligatoria, a ejemplo de lo que ocurre con los delitos de hurto, daño, peculado, lesiones corporales, consumo de drogas etc.

Así, interpretando restrictivamente el tipo penal, el principio de insignificancia evidencia su naturaleza de principio que acarrea a la atipicidad del hecho. Tal situación, sin embargo, merece análisis más profundizada, teniendo como telón nuestra estructura jurídica del crimen.

En una concepción analítica tripartita, el crimen es entendido como una acción típica, ilícita y culpable. El hecho típico, primera característica a ser analizada en la estructura jurídica del crimen, es compuesto por los siguientes elementos:

- a) conducta dolosa o culposa, comissiva u omissiva;
- b) resultado;
- c) nexos de causalidad;
- d) tipicidad penal.

Por tipicidad penal se entiende, modernamente, la conjugación de la tipicidad formal con a tipicidad conglobante. La tipicidad llamada conglobante o conglobada exige, para su configuración, que en el caso concreto el intérprete concluya por la tipicidate material, en la cual será realizada el análisis y la aplicación del principio de insignificancia, bien como por la antinormatividad del comportamiento llevado a efecto por el agente.

Zaffaroni, con el brillantez que le es peculiar, afirma:

“El tipo penal se compone del tipo legal (adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con

su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo), y del tipo conglobante (que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra).

Será función de éste segundo paso de la tipicidad penal, operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente, porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad".(102)

Nos interesa, en esta oportunidad, el estudio tan sólo de la tipicidad conglobante, en su característica correspondiente a la tipicidad material. Por tipicidad material se debe entender el criterio por medio de lo cual el Derecho Penal contrasta la importancia de lo bien en el caso concreto. En verdad, el estudio de la teoría de la tipicidad penal tiene inicio con la aferición de la llamada tipicidad formal o legal. Quiere eso decir que, si el hecho es formalmente típico, o sea, si ha una adecuación del comportamiento practicado por el agente al modelo abstracto previsto en la ley penal, que es nuestro tipo, se debe ingresar en el estudio de la característica siguiente, aún dentro de la tipicidad penal.

Concluyéndose, por lo menos en tesis, por la tipicidad formal del hecho, el estudio de la tipicidad conglobante funcionará, como afirmó Zaffaroni, como un correctivo a la tipicidad, ajustándola efectivamente a los raciocinios minimalistas, como ocurre con relación a la tipicidad material.

De esta forma, por todo que hasta ahora fue expuesto, podemos concluir que el principio de la bagatela posee la naturaleza de causa que excluye a tipicidad del hecho. Mientras, aunque mayoritaria tal posición, otros autores la visualizan como un principio de justificación, eliminando a ilicitud del hecho o, aún, como un principio eximente de la culpabilidad.

El estudio de la teoría del delito no puede ser realizado por saltos, o sea, cada una de sus características sirve como una barrera a ser sobrepasada a fin de que sea posible el análisis de la característica siguiente. Siendo así, sería imposible llegar al estudio de la

antijuridicidad o mismo de la culpabilidad, una vez que el principio de insignificancia tendría el condón de, *ab initio*, eliminar a tipicidad en razón de la ausencia de tipicidad material.

El principio de insignificancia, por tanto, en que pesen las posiciones en contrario, *permissa venia*, tiene por finalidad alejar a tipicidad del hecho, no permitiendo que el intérprete ingrese en el estudio de las características siguientes que integran la infracción penal, vale decir, la antijuridicidad y la culpabilidad.

De esta forma, podemos afirmar la impropiedad de la expresión crimen de bagatela, según a cual la doctrina identifica el principio de insignificancia. La expresión es equivocada, en razón de no observar la naturaleza jurídica del principio de insignificancia. Aclarando mejor lo tema, si con el raciocinio de la bagatela el intérprete llega a la conclusión de que el hecho practicado por el agente es atípico, por ausencia de tipicidad material, ¿como puede llamar un hecho atípico, indiferente para el Derecho Penal, de crimen de bagatela?. En verdad, si no hay crimen, no puedo identificar aquel hecho como crimen de bagatela, sino como un hecho de bagatela, que no merece la atención del Derecho Penal.

El principio de insignificancia, por tanto, servirá de instrumento de utilización obligatoria en las manos del intérprete, a fin de realizar la perfecta adaptación del comportamiento del agente al modelo abstracto previsto en la ley penal, con su atención devotada para la importancia de lo bien agraviado, raciocinio que es llevado a efecto considerándose la llamada tipicidad material.

No se puede olvidar, aún, que además de esa característica de ser analizado dentro de la tipicidad material, existen otras posiciones que lo justifican afuera mismo de la teoría del delito. Según aclara Gonzalo D. Fernández:

“muchos autores renuncian a la punibilidad del hecho insignificante por puras razones político-criminales de *merecimiento de pena*, dado que, en tales casos, la sanción penal violentaría la proporcionalidad ante una afectación ínfima del bien jurídico. A su vez, otras posturas doctrinales si apoyan en argumentos de índole procesal, vinculados a la necesidad de eliminar la sobrecarga que padece la Administración de Justicia y lograr, a través de ello, una mayor eficacia en los sistemas

de enjuiciamiento”. (105)

## **5.6. PRINCIPIO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA**

Una vez sobrepasadas las barreras de los principios de la intervención mínima, de la lesividad y de la adecuación social, concluimos, con la seguridad necesaria, ser el Derecho Penal fragmentario. Eso porque, como analizado anteriormente, al Derecho Penal del Equilibrio no cabe la protección de todos los bienes existentes en nuestra sociedad, pero tan sólo de aquéllos que gocen de prominencia individual o colectiva, vale decir, solamente aquéllos más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Además de la fundamental importancia de lo bien, debemos también verificar, de acuerdo aún con el principio de la mínima intervención, si otros Ramos del orden jurídico sano capaces de, por sí solas, cumplir a la altura esa misión protectora, sin el auxilio del Derecho Penal.

Una vez contrastada la importancia de lo bien, llegándose, aún, a la conclusión de que los demás Ramos del orden no son capaces el suficiente de protegerlo, podemos, en éste primer momento, convocar el Derecho Penal. Sin embargo, el principio de la intervención mínima no es el principio, sino un principio de análisis obligatorio para la creación del tipo penal. Luego enseguida, deberá el legislador investigar si la conducta que alcanza aquél bien, ya considerado importante, es lesiva, ofensiva, o sea, si el comportamiento extrapola la persona del agente, venido a alcanzar bienes de terceros, conforme racionio exteriorizado en el capítulo propio.

Por último, se verifica si la conducta que agravia aquél bien de relieve es inadecuada socialmente, pues, caso contrario, no podrá el Estado prohibir comportamientos que ya están plenamente aceptados por la sociedad, bajo pena de transformarse en el mayor estimulador de infracciones penales.

Sobrepasados a todos esos principios, se abre la oportunidad para la creación típica. La primera fase fue vencida. Tales principios – intervención mínima, lesividad y adecuación social – sirven de orientación al legislador para la creación del precepto primario del tipo penal. Mientras, la norma penal en sentido estricto exige, para su

configuración, la creación de un precepto secundario, en el cual deberá ser apuntada la pena conminada para el caso de incumplimiento del precepto primario.

La Constitución Federal Brasileña asevera, en su art. 5o, inciso XXXIX: No hay crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal.

La redacción existente en la Ley Mayor en mucho se asemeja aquélla contenida en el art. 1o del Código Penal, que así dispone: No hay crimen sin ley anterior que lo defina. No hay pena sin previa conminación legal.

Asimismo, el Código Penal Español, en sus artículos 1.1 y 2.1, dicen, respectivamente, que no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración; No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración.

Se percibe, con claridad, que la preocupación no se limita a la narración del comportamiento prohibido o impuesto por la ley penal, como también a la previa determinación de una sanción.

Compete al principio de la individualización de la pena, como raciocinio consecuente a la adopción de los principios anteriormente expuestos, en el enfoque propongo por el Derecho Penal del Equilibrio, determinar la sanción correspondiente a cada infracción penal.

El principio de la individualización de la pena fue consignado expresamente en el texto de la Constitución Federal Brasileña, según se verifica en el inciso XLVI del art. 5º, así redactado:

la ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes:

- a) privación o restricción de la libertad;
- b) pérdida de bienes;
- c) multa;
- d) prestación social alternativa;

e) suspensión o interdicción de derechos.

El principio de la individualización de la pena ocurre en tres fases distintas, a saber: a) fase de la conminación; b) fase de la aplicación; c) fase de la ejecución.

Conceptualmente, la fase de la conminación de las penas es aquélla que ocurre en el plan abstracto, siendo de responsabilidad del legislador. Dijimos que es la fase que ocurre en el plan abstracto en virtud del hecho de que, inicialmente, antes mismo de la creación típica, el legislador deberá llevar a efecto un raciocinio de valoración de los bienes, con el objetivo de determinar la importancia que cada uno merece.

Es efectivamente por medio de la fase de la conminación que el legislador, después de la elección de los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad, da inicio a un trabajo de individualización, llevando a efecto un raciocinio de comparación, en el sentido de llegarse, lo más próximo posible, al valor atribuido a lo bien por la sociedad.

A título de ejemplo, se imaginen las hipótesis de selección de los bienes vida e integridad física. La primera pregunta que debemos hacernos, a fin de permitir la protección de estos dos bienes por el Derecho Penal, es si ellos, efectivamente, gozan de la importancia exigida por esa rama del orden jurídico. Enseguida, la pregunta correspondiente al principio de la individualización de las penas sería la siguiente: La vida y la integridad física, aunque bienes de relieve, ¿gozan de la misma importancia, o poseen valores diferentes? Obviamente que, en el caso en cuestión, el bien vida es de valor superior a lo bien integridad física, razón por la cual en los crímenes contra la vida, la pena, individualmente considerada, debe ser superior aquélla destinada a la protección de la integridad física por el tipo penal.

Es por medio de la fase de la conminación, por tanto, que el legislador determina la importancia de cada bien. La pena sería, en grosero modo, el precio correspondiente a cada infracción penal que tiene por finalidad proteger determinados bienes.

Sabemos lo difícil que es la determinación de una pena cuyo objetivo es valorar un bien jurídico. El legislador debe apuntar las penas mínima y máxima correspondientes a cada infracción penal, buscando, con eso, proteger el bien jurídico previsto por el tipo

penal. Deberá, obligatoriamente, en ese estudio comparativo, trabajar con el principio de la proporcionalidad, íntimamente relacionado al de la individualización de la pena.

Luigi Ferrajoli, con precisión, aclara:

La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales, escribió Rudolf Jhering, de suerte que el sistema de pena fija la escala de valores históricamente determinada de una dada sociedad, allende su grado de autoritarismo, tolerancia y humanidad. Todavía que sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, sin embargo, afirmar, conforme el principio de proporcionalidad, que del punto de vista interno si dos delitos son punidos con la misma pena, es porque el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras si la pena prevista para un delito es más severa del que la prevista para el otro, el primer delito es considerado más grave del que el segundo.<sup>106</sup>

La segunda fase de la individualización corresponde a la aplicación de la pena, siendo ésta, ahora, de responsabilidad del juzgador.

En un primer plan, el legislador, mismo con dificultades, busca dar la importancia que cada bien merece, valiéndose del instrumento de la individualización de las penas relativas a cada infracción penal. En un segundo momento, una vez practicada la infracción penal, el juez vendrá a individualizar, por una vez más, la pena, para fines de su efectiva aplicación al agente.

Merece ser frisado que, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, quien dicha la importancia de lo bien a ser protegido por el Derecho Penal no es el juez, sino el legislador. La ley, en verdad, es que se encarga de dar la importancia que cada bien merece. El juez, en el caso concreto, considerando la importancia de lo bien ya dictada anteriormente por la ley, deberá, mediante un trabajo consciente y fundamentado de individualización, encontrar la pena justa para el caso concreto, no pudiendo, sin embargo, jamás dejar de obedecer a las orientaciones legales a que está sometido.

Luigi Ferrajoli, disertando sobre lo tema, afirma:

Fue precisamente la polémica contra el despotismo de los jueces, [...] lo que constituyó lo principal motivo inspirador de la batalla en la ilustración por la reforma penal. ‘Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador’, escribió Beccaria. De eso se sigue que ‘ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia infligir penas contra otro individuo de la misma sociedad’ y que constituye ‘oficio’ de los jueces ‘apenas examinar si tal hombre practicó, o no, una acción contraria a las leyes establecidas por un ‘código fijo’, que deben ‘observar a la letra’. De otro lado, en el furor polémico contra el arbitrio judicial, la cultura penal de la ilustración cultivó un equívoco: la idea, ligada al mito del juez como ‘boca de la ley’, de la necesidad de una absoluta predeterminación legal de la pena y del desglose de cualquier discrecionalidad judicial en la valoración de la gravedad del delito y, por consiguiente, en la medida de la pena correspondiente.<sup>107</sup>

Una vez condenado el autor de la infracción penal, aplicada la pena entendida cómo necesaria y suficiente a la reprobación y a la prevención del crimen, se inicia la última fase de la individualización de las penas, que ocurre durante su ejecución.

## **5.7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La discusión a respecto de la idea de pena proporcional no es nueva. A partir, principalmente, del siglo XVIII, con destaque también para la obra de Beccaria, las discusiones sobre las penas proporcionales vienen siendo trabadas con progresos y retrocesos.

Podemos indicar, aún, el Código de Hamurabi como aquél que, técnicamente, primero nos suministró una noción inaugural de proporcionalidad, aun cuando no si pudiese afirmar, con certeza absoluta, que el “ojo por ojo y el diente por diente” cumplía rigurosamente esa función.

El cierto es que penas desproporcionadas nos traen la sensación de injusticia. Desde niño, raciocinamos con la idea de castigo proporcional a nuestra desobediencia. La idea de proporción es innata al ser humano. Cuando nuestros padres desorbitaban en la corrección, el sentimiento de sedición tomaba cuenta de nuestros pensamientos. No era

justo. Era mucho pequeña la desobediencia, decíamos, para que esta corrección nos fuese aplicada.

Sin embargo, un de los mayores problemas que el Derecho Penal enfrenta es, justamente, lo de encontrar la pena proporcional, principalmente cuando se tiene en mira el hallazgo de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, penas intermedias que buscan dar la respuesta al “mal” practicado por el agente, pero con los ojos fijos en el principio de la dignidad de la persona humana.

No es fácil, por tanto, la elaboración del raciocinio perfecto que tenga en cuenta que la severidad de la pena deba ser proporcional a la gravedad del delito, mismo porque, considerándose el nivel actual de inflación legislativa, el número excesivo de tipos penales torna cada vez más difícil el raciocinio de la proporcionalidad, una vez que cada tipo merecerá su comparación en el orden jurídico-penal.

Según destacaron Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar,

“ya que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben, por lo menos, demostrar que el coste en derechos de la suspensión del conflicto mantiene una proporcionalidad mínima como el grado de la lesión que haya provocado. Tenemos ahí el principio de la proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con ese principio no se legitima la pena como retribución, pues continúa siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo y, por consiguiente, conserva intacta su irracionalidad. Simplemente se afirma que el Derecho Penal debe escoger entre irracionalidades, dejando pasar las de menor contenido; qué él no puede es admitir que la esa naturaleza irracional del ejercicio del poder punitivo se agregue un dato de máxima irracionalidad, por medio de lo cual sean afectados bienes jurídicos de una persona en desproporción grosera con la lesión que ella causou.<sup>108</sup>

Podemos destacar dos momentos de observancia obligatoria de la proporcionalidad de las penas. Inicialmente, el primer raciocinio sería llevado a efecto considerando las penas conminadas en abstracto. Como principio implícito, podemos extraer el principio de la proporcionalidad del principio de la individualización de las penas.<sup>109</sup> Cuando el legislador creaba el tipo penal, prohibiendo o imponiendo determinado comportamiento

bajo a amenaza de una sanción de naturaleza penal, esta sanción deberá ser proporcional a la gravedad del mal producido por el agente con la práctica de la infracción penal.

Esperanza Vaello Esquerdo, bajo el enfoque de la Constitución Española, aclara que:

“Aunque no está consagrado explícitamente en La Constitución, de varios de sus artículos cabe colegir su vigencia. Así, el Tribunal Constitucional sugiere el artículo 1 como posible apoyo del mismo, al entender la ‘justicia’ como valor supremo del ordenamiento, y el artículo 10 por considerar a ‘dignidad’ de la persona y sus derechos como fundamento del orden político y la paz social. Una pena desproporcionada sería, desde luego, injusta y contraria a la dignidad, aparte de que también resultaría inhumana, contradiciendo así lo prescrito en *el artículo 15 del texto constitucional*”.

(110)

Sabemos que el raciocinio de la proporcionalidad no es de los más fáciles, pues que no podemos medir, exactamente, cuanto vale la vida, la integridad física, el honor, la libertad sexual, etc. Sin embargo, se hace mister que tal protección ocurra mediante una pena entendida cómo la más proporcional posible, considerándose el bien alcanzado por el delito.

Luigi Ferrajoli preleciona:

“El hecho de que entre la pena y delito no exista ninguna relación natural no exime la primera de ser adecuada a lo según en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una sea realizada por el legislador y por el juez con relación a la naturaleza y a la gravedad del otro”. (111)

*Prima facie*, deberá el legislador ponderar la importancia de lo bien jurídico atacado por el comportamiento del agente para, en un raciocinio siguiente, intentar encontrar la cuíta que posea efecto disuasório, esto es, que sea capaz de inhibir la práctica de aquella conducta ofensiva. Después el raciocinio correspondiente a la importancia de lo bien jurídico-penal, que deberá merecer la protección por medio de una pena que, mismo imperfecta, sea a más proporcional posible, en el sentido de disuadir aquéllos que pretenden violar el orden jurídico con ataques a los bienes por él protegidos, el

legislador deberá proceder a un estudio comparativo entre las figuras típicas, para que, una vez más, sea realizado el raciocinio de la proporcionalidad bajo un enfoque de comparación entre los diversos tipos que protegen bienes jurídicos diferentes.

Si el legislador es el primero responsable por el raciocinio de la proporcionalidad, considerándose abstractamente la infracción penal por él creada, lo según responsable será el juez, ahora cuando del cometimiento de la infracción penal prevista en algún diploma represivo, pues que, como bien observado por Esperanza Vaello Esquerdo, se trata

“de un principio que tiene un doble destinatario, pues va dirigido tanto al legislador como al juez. Al primero en el sentido de exigirle que, al elaborar las leyes, establezca penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito, y al segundo para que en el momento de aplicarlas imponga sanciones acomodadas a la concreta gravedad del delito ejecutado, haciendo uso del margen de discrecionalidad de que disfruta, que en ocasiones le permitirá incluso suspender la ejecución de la pena o pedir un indulto, por ejemplo, como se prevé en el *artículo 4 Del CP*”. (112)

Si el bien jurídico posee, en tesis, determinado valor, y si ese valor es, por intermedio del Derecho Penal, medido por una sanción previamente conminada en la ley penal, en el caso concreto, deberá el juzgador, de acuerdo con un proceso de individualización de la pena, encontrar aquella proporcional al mal practicado específicamente por determinada persona, autora del delito.

Son, por tanto, dos los momentos de aferición de la proporcionalidad: el primero, por medio de las penas conminadas en abstracto y lo según, de las penas aplicadas al caso concreto.

### **5.7.1. LA PENA NECESARIA**

Bajo el enfoque del principio de la intervención mínima, se ha entendido que la finalidad del Derecho Penal es la protección de los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Se extrae de allí su naturaleza subsidiaria, o sea, en virtud

de la gravedad de sus penas, el Derecho Penal solamente podrá intervenir cuando se verifique que los otros Ramos del orden jurídico no son Fortes el suficiente en la protección de determinado bien. El Derecho Penal debe ser encarado como ultima, y no como *prima ratio*.

A gravedad de la pena nos obliga a concluir que la primacía en la protección de los bienes debe ser concedida a los otros Ramos del orden jurídico, a ejemplo del Derecho Civil, del Derecho Administrativo, del Derecho Tributario, etc. Solamente cuando se verifique la insuficiencia de esa protección es que surge el Derecho Penal, como lo más fuerte de todo el Ramos del orden jurídico, visando dar la protección que el bien merece, debido a que su importancia.

El principio de la culpabilidad, mediante el juicio de censura que se producen en el plan concreto, deberá servir de norte al juzgador, para ayudarlo a encontrar la pena que sea necesaria a la prevención y a la reprobación del crimen.

El inciso I del art. 59 del Código Penal Brasileño dice que el juez deberá establecer las penas aplicables entre las conminadas, vale decir, la privativa de libertad, la restrictiva de derecho o la multa. Asimismo, el artículo 32 del Código Penal Español dice que las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

Las funciones de reprobación y prevenir la práctica de futuras infracciones penales es que dictan la necesidad de la pena.

Si, en el caso concreto, el juzgador entender que la pena privativa de libertad no es necesaria, en razón de la culpabilidad del agente, podrá, si el precepto secundario del tipo penal lo permite, o mismo si sea posible la sustitución de acuerdo con las reglas de la parte general del Código Penal, determinar otra, de naturaleza diversa.

El principio de la necesidad de la pena solamente dice respeto, aún, a los agentes tenidos como censurables. A los agentes inimputables no cabe la aplicación de la pena, por la absoluta falta de necesidad de reprobación y prevenir la práctica de infracciones penales, pues que no son pasibles de reprobación, sino de auxilio. No son aún objeto de

prevención, pero de tratamiento, a fin de que no vengan a practicar, en el porvenir, otros comportamientos prohibidos por la ley penal. No podrá ser entendida por ineficaz la vertiente de la prevención general, pues todos aquéllos que tomaron conocimiento de la práctica de la acción típica e antijurídica llevada a efecto por el inimputable reconocerán la necesidad de tratamiento, que también corresponde a una de las formas de respuesta penal, con la efectiva aplicación de medida de seguridad, a cual, en muchos casos, se vuelve hasta más radical que la propia aplicación de la pena.

El artículo 20.1 del Código Penal Español dice que están exentos de responsabilidad criminal el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Con relación a lo principio de la necesidad de aplicación de la pena, con el enfoque de las funciones de reprobación y prevención, vale transcribir la crítica producida por Córdoba Rueda, al decir que,

“En primer lugar, debemos observar que la presunción conforme a la cual para todo sujeto normal que comete un hecho previsto como delito, resulta la pena necesaria por las razones de prevención general el especial, expresa un juicio que guarda una gran discrepancia en relación a lo que sucede en la vida real. Recuérdese, a este respecto, que, según es perfectamente sabido, la aplicación de la pena puede ser absolutamente innecesaria, cuando no perjudicial por los nefastos efectos que la privación de la libertad comporta, para una gran proporción de los sujetos ‘normales’. La no ejecución de la pena en tales casos no tiene, por lo demás, por qué mermar la pretendida eficacia de prevención general, ya que las legítimas exigencias resultantes de ésta pueden quedar satisfechas por la condena penal del sujeto. El oponerse en tales casos a la inejecución de la pena, en atención a la ‘relajación’ que ello supondría, comporta, a nuestro juicio, un intorelable tributo en favor de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, y por lo que a los inimputables se refiere, no creemos que quepa afirmar en los términos absolutos en los que lo hay sido, que para todo sujeto inimputable, sea la pena innecesaria”. (113)

Con ésta su última afirmación quiere el autor decir que ni siempre será necesaria la aplicación de la pena, mismo teniendo el agente practicado, en tesis, un hecho tenido como criminoso. Segundo su raciocinio, si en el caso concreto no se conseguir identificar que la aplicación de una pena alcanzará sus funciones de prevención – general y especial –, deberá el agente ser absuelto.

Informa, aún, el autor que, incluso, los adeptos de la teoría absoluta, que predicán la función de reprobación de la pena, ya se han rendido a los argumentos de la ausencia de necesidad de aplicación de la pena, en razón de los conocidos maleficios que su ejecución traduce.

Segundo, aún, Córdoba Rueda,

“Pretender que las penas privativas de libertad sean cumplidas en *todos* los casos en los que se estime cometido un delito, sin admitir la posibilidad de que se prescinda de la imposición de ellas o se rebaje la duración en atención a su ineficacia, cuando no a sus nefastos efectos, conlleva el intorelable perjuicio de la imposición de un castigo, o inútil, o causante, incluso, de irreparables males”. (114)

Merece destaque el alerta de Michel Foucault cuando afirmaba que la prisión, “en vez de devolver a la libertad individuos corregidos, esparce en la población delincuentes peligrosos”.(115)

Roxin ejemplifica con un caso concreto, en que miembros de un movimiento pacifista, con la finalidad de protestar contra el rearme, invadieron un terreno militar americano separado por un alambrado, colocaron a pastar algunas ovejas y plantaron un árbol. Ésa acción conmovedora era, lamentablemente, una violación de domicilio punible, y por esa violación y por el daño al alambrado los pacifistas fueron punidos. Según Roxin, podríase haber excluido la responsabilidad de aquel grupo, pues, mismo siendo considerados culpabais perante la ley penal, también se movían en el ámbito constitucional de protección de la libertad de opinión y reunión, y, no habiendo ocasionado un daño considerable, se podía concederles a benevolencia. (116)

Quizá el raciocinio del alejamiento completo de la aplicación de la pena aún sea por demás vanguardista, de allí la necesidad de su conjugación con otro principio, el de la

suficiencia, que tendrá la finalidad de medirla, partiendo del presupuesto de ser ella necesaria, a fin de que al agente sea aplicada pena suficiente para la reprobación y prevención del crimen.

Tales principios deberán ser conjugados, aún, con el principio de la humanidad o de la dignidad de la persona humana, que prohíbe penas innecesarias y contrarias a su fin utilitario. Las penas deben ser, por tanto, cualitativa y cuantitativamente, necesarias y suficientes a la reprobación y prevención de los crímenes.

Podemos decir que la calidad está para el principio de la necesidad, así como la cantidad ésta para el principio de la suficiencia de la pena, que será analizado a continuación.

### **5.7.2. LA PENA SUFICIENTE**

La pena, como dice el dictado popular, es un mal necesario, aun cuando tal raciocinio sea dirigido a un número limitado de infracciones penales. Sin embargo, para que sea tenida como justa, y no como un acto de puro arbitrio, o, en el sentido contrario, de proteccionismo, no podrá ir además o aquende de su necesidad, debiendo, pues, ser aquella suficiente para la reprobación y la prevención del crimen.

Pena suficiente es aquélla que no es excesiva. En la necesita lección de Carrara, “no debe sobrepasar la proporción con el mal del delito. Todo sufrimiento irrogado al culpable además del principio de la pena, que lo de dar al precepto una sanción proporcionada a su importancia jurídica, y además de la necesidad de la defensa, que es a de elidir la fuerza moral objetiva del delito, es un abuso de fuerza, es ilegítima crueldad. (117)

De acuerdo con las lecciones del maestro italiano, el principio de la suficiencia de la pena deberá estar íntimamente encendido al principio de la proporcionalidad. Suficiente es la pena proporcional al mal practicado por el agente.

No podrá el juez, por tanto, aplicar una pena evidentemente rigurosa, si el caso

concreto está a exigir un castigo más blando, pues que suficiente a la reprobación y prevención del crimen.

Juarez Tavares asevera:

“Concebida como expresión de poder, la pena, sin embargo, debe guardar una relación proporcional con el daño social producido por el delito. desde que no exista esa relación o se presente ella de modo absolutamente inexpressiva, se puede cuestionar la validez de la norma que instituyó el castigo, en faz de haber el legislador actuado arbitrariamente en su confección”. (118)

También preconizaba Beccaria:

“para que la pena no sea la violencia de un o de muchos contra el ciudadano particular, deberá ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la mínima entre las posibles, en las dadas circunstancias ocurridas, proporcional al delito y dictada por la lei”. (119)

Pena suficiente, por tanto, será aquélla que, cuantitativamente, mejor representar las funciones de reprobación y prevenir los crímenes, no pudiendo, otrosí, quedarse además, o mismo aquende, de las exigencias del hecho practicado por el agente.

Ferrajoli, demostrando su preocupación con la cantidad máxima de pena a ser aplicada, diserta:

“Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a diez años y, a medio plazo, a un tiempo aún menor; y que una norma constitucional debía sancionar un límite máximo, digamos, de diez años. Una reducción de este género supondría una atenuación no solo cuantitativa, sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de regresar a la libertad después de un breve y no después un largo o uno quizá interminable período tornaría sin duda más tolerable y menos alienante a reclusión. (120)

Podemos concluir aclarando ser la pena necesaria aquélla que, cualitativamente, más atiende a las funciones de reprobación y prevenir el crimen, al paso que pena suficiente estaría íntimamente ligada a la cantidad de la sanción aplicada al agente que practicó la infracción penal.

## 5.8. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

Anclado en el principio de la dignidad de la persona humana, el principio de la responsabilidad personal, conocido también como principio de la personalidad o de la intrascendencia de la pena, determina que ninguna pena podrá sobrepasar la persona del condenado.

Aduce Luiz Luisi:

“Es principio pacífico del Derecho Penal de las naciones civilizadas que la pena puede alcanzar apenas el condenado. Prácticamente en todas nuestras Constituciones está dispuesto que ninguna pena pasará de la persona del delincuente. La vigente Carta Magna contiene esa norma en el inciso XLV del artículo 5º.: ‘Ninguna pena pasará de la persona del condenado [...]’. Al contrario del ocurrido en el derecho pre-beccariano la pena no puede se extender a personas extrañas al delito, todavía que vinculadas al condenado por lazos de parentesco o sangre” .(121)

La historia del Derecho Penal demuestra que, en pasado no muy distante, las penas no solamente alcanzaban el autor de la infracción penal, como también su familia, su clan, el grupo social en que estaba inserto; en fin, todos eran responsabilizados por el comportamiento de aquél que la había practicado.

Ejemplo clásico de esa afirmación fue la decisión, el 18/4/1792, proferida contra Tiradentes (Joaquim José Da Silva Xavier), un mártir de la inconfidencia brasileña, que pretendía el establecimiento de un gobierno independiente de Portugal, conforme trecho extraído del la sentencia, *verbis*:

Por tanto, condemnam el Reo Joaquim José Da Silva Xavier por alcunha Tiradentes Alférez que fue de la tropa paga de la Capitanía de Minas a que con brazo y pregón sea acarreado por las calles públicas al lugar de la horca y nella mora muerte natural para siempre, y que después de muerto le sea cortada la cabeza y llevada a Villa Rica adonde en el lugar más publico della será predicada, en un poste alto hasta que el tiempo a consuma, y su cuerpo será dividido en cuatro cuartos, y predicados en postes, por el

camino de Minas en el sitio de la Varginha y de las Sebolas adonde el Reo tuvo sus infames practicas, y los más en los sitios de los sitios (sic) de mayores poblados hasta que el tiempo también les consuma; declaran el reo infame, y sus hijos y nietos teniéndolos, y sus bienes applicam para el Fisco y Cámara Real, y la casa en la que vivía en Villa Rica será arrasada y salada, para que nunca más en el suelo se edifique, y no siendo propia será evaluada y paga a su dueño por los bienes comisados, y en el mismo suelo se levantará una calidad, por el cual se conserve en la memoria la infamia de este abominable Reo”. (122)

Según se percibe por la redacción del la sentencia, no solamente el reo Tiradentes fue declarado infame, como también sus hijos y nietos, habiendo, pues, formalmente, sobrepasado su persona, venido a alcanzar la persona de terceros.

Tal principio, de foro constitucional, impide, a la primera vista, que la pena sea aplicada o cumplida por quien no practicó la infracción penal.

Zaffaroni, disertando sobre el principio en cuestión, afirma:

“Nunca puede interpretarse una ley penal en el sentido de que la pena trasciende de la persona que es autora o participe del delito. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, como que es una injerencia resocializadora sobre el penado”. (123)

La Constitución Federal Brasileña, abrigando expresamente el principio de la responsabilidad personal, asevera en el inciso XLV de su art. 5º:

“ninguna pena pasará de la persona del condenado, pudiendo la obligación de reparar el daño y la decretación del perdimiento de bienes ser, de conformidad con la ley, extendidas a los sucesores y en contra de ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido.

Aunque a Constitución Española no tenga regla expresa en ese sentido, podemos extraer esa conclusión del principio de la dignidad de la persona humana, previsto en su artículo 10. 1.

En que pese la fuerza de la determinación constitucional, podemos analizar el

principio bajo dos enfoques diferentes. Inicialmente, bajo el aspecto informal, el principio pierde su naturaleza absoluta, pues sabemos que cuando alguien es condenado, segregado temporariamente de la convivencia familiar, la pena extiende su rayo de acción aquéllas personas que, aunque no hubiesen practicado el delito, sienten la fuerza de la sanción penal en razón de la separación de aquél que, por ejemplo, mantenía la subsistencia de la familia. No solamente el lado financiero de una segregación parcial de la libertad de alguien afecta sus familiares. Los parientes, de forma general, mismo sin cualquier relación de dependencia financiera con aquél que practicó la infracción penal, sufren emocionalmente con su prisión, y pasan también a ser estigmatizados por una condena que no fue a de ellos. Normalmente, las esposas de condenados que cumplen penas son tratadas como meretrices, etc. En fin, la pena sobrepasa, en mucho, la persona del condenado cuando analizada informalmente.

Lo según enfoque del principio evidencia su naturaleza formal, o sea, podemos nos hacer la siguiente indagación: ¿Bajo el aspecto formal, la pena podrá sobrepasar la persona del condenado?

Para que la respuesta a esa indagación sea a más necesita posible, debemos desdoblarla para que analicemos de acuerdo con las penas conminadas en la ley penal, a saber: privativas de libertad, restrictivas de derecho y multa.

Por razones obvias, en cuanto a las penas privativas de libertad, la respuesta solo puede ser negativa, o sea, nadie podrá cumplir una pena privativa de libertad en el lugar de aquél que practicó la infracción penal. El mismo raciocinio se aplica a las penas privativas de otros derechos, a excepción de aquéllas de naturaleza pecuniaria, pues, como advierte Ferrajoli, (124) el principio pierde su naturaleza absoluta cuando él está delante de sanciones que importen en pecunia.

Criticando la adopción de la pena pecuniaria, Luigi Ferrajoli advierte:

“La pena pecuniaria es una pena aberrante bajo varios puntos de vista. Sobretudo porque es una pena impersonal, que cualquiera un puede saldar, de forma que resulta doblemente injusta: con relación al reo, que no la finiquita y se subtrae, así, a la pena; con relación al tercero, pariente o amigo, que paga y se queda así sometido a una pena por un hecho ajeno”. (125)

En ese sentido, también son las lecciones de José Antonio Paganella Boschi:

“A despecho del principio, es innegable que los efectos de la condena se proyectan reflejamente sobre terceros inocentes, muchas veces irreversiblemente. Es qué pasa, por ejemplo, cuando los padres efectúan el pago de las multas impuestas a los hijos [...] o entonces cuando la empresa – y sus socios – recogen las sanciones impuestas a sus directores, gerentes o administradores, por condenas en crímenes económicos”. (126)

Concluyendo, se observada informalmente, la pena trasciende, sobrepasa la persona del condenado, venido a alcanzar aquellas personas que le son próximas – amigos, parientes etc. –, que sufren moral, emocional y económicamente con su condena. Bajo el aspecto formal, entendido aquí en el sentido de efectivo cumplimiento de la pena, la regla de la intranscendencia no es absoluta, pues que, cuando estemos delante de penas pecuniarias – multas o prestaciones pecuniarias –, nada garantiza que su inflicción desfalque el patrimonio del condenado, pudiendo otras personas lleven a efecto el pago.

## **5.9. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE LAS PENAS**

Al empezar el análisis del principio de la limitación de la penas, merece ser recordada la lección de Ferrajoli que, con precisión, afirma:

“la historia de las penas es, sin duda, más horrenda e infamante para la humanidad de lo que la propia historia de los delitos: porque más crueles y quizá más numerosas del que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque, mientras el delito suele ser la violencia ocasional y a veces impulsiva y necesaria, la violencia impuesta por medio de la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”. (127)

A lo estudiemos el tópico referente al criterio de selección de los bienes jurídico-penales y la creación típica, dijimos que la Constitución funciona como límite negativo o como límite positivo del Derecho Penal.

Teniendo en vista que nuestro tópico dice respeto al principio de la limitación de las penas, analizaremos, en este momento, solamente la vertiente relativa a la Constitución

como límite negativo del Derecho Penal. Para tanto, merece ser registrada la lección de Janaína Conceição Paschoal:

Una de las posibles formas de relacionar el Derecho Penal y la Constitución es tomando ésta como límite negativo de aquél. Importa decir que toda criminalización que no desrespete frontalmente el texto constitucional será admitida, todavía que el valor (o bien) pupilo no esté albergado en la Constitución, significando que, en esa concepción, no se exige para a criminalización que la Constitución haya reconocido la dignidad de lo bien a ser protegido por el Derecho Penal.

O sea, para los partidarios de la limitación negativa, el Estado puede tipificar conductas que atenten a valores que no hayan sido reconocidos por la Constitución, desde que tal incriminación no hiera a los valores constitucionales.

Tomándose como base la legislación brasileña, se tiene que, bajo esa perspectiva de límite negativo, el legislador ordinario no podría (como no puede) criminalizar la conducta de asociarse para fines lícitos, bajo pena de incurrir el inconstitucionalidad. (128)

La Constitución Federal Brasileña (inciso XLVII del art. 5º), de la misma forma que la Constitución Española (artículos 15 y 25.2), funcionando, efectivamente, como limitadoras negativas, con fundamento en el principio de la dignidad de la persona humana, en el, dicen, respectivamente:

*No habrá penas:*

*a) de muerte, salvo en caso de guerra declarada, conforme el art. 84, XIX;*

*b) de carácter perpetuo;*

*c) de trabajos forzados;*

*d) de banimiento;*

*e) crueles.*

*Artículo 15.*

*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

*Artículo 25.2.*

*1...*

*2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados [...].*

Se percibe que la Constitución funciona no solamente como límite negativo en lo que dice respecto a la tipificación de comportamientos, esto es, en cuanto a la prohibición de conductas que sean permitidas por la Ley Mayor, como también en lo que dice respecto a la conminación de las penas.

Todas las prohibiciones para fines de conminación de penas administren en torno al principio de la dignidad de la persona humana, fundamento, como dice a Constitución Española, del orden político y de la paz social.

Según preconiza Nilo Batista,

“la pena ni ‘visa a sufrir el condenado’, como observó Fragoso, ni puede desconocer el reo mientras persona humana, como fija Zaffaroni, y ése es el fundamento del principio de la humanidad. No por acaso, los documentos internacionales consideran inhumanas las penas como aquélla ejecutada en Damians. El principio pertenece a la política criminal, sin embargo es proclamado por varios órdenes jurídicos positivos. Entre nosotros, está el principio de la humanidad reconocido explícitamente por la Constitución, en los incisos III (prohibición de tortura y tratamiento cruel o degradante), XLVI (individualización – o sea, ‘proporcionalidad’ – de la pena) y XLVII (prohibición de penas de muerte, crueles o perpetuas) del art. 5º CR”. (129)

Cobo Del Rosal y Vives Antón, disertando sobre el principio de la humanidad de las penas, mencionando decisión del Tribunal Constitucional Español, aclaran:

“Respecto a la supuesta infracción del art. 15 de la Constitución, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, basta señalar que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”. (130)

En el mismo sentido, aduce Ferrajoli:

“Arriba de cualquiera argumento utilitario, el valor de la persona humana impone una limitación fundamental con relación a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre lo cual se fundamenta, irredutiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infames y, por otro lado, de la prisión perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente extensas. Debo añadir que éste argumento tiene un carácter político, allende moral: sirve para fundar la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los demás derechos fundamentales; de suerte que, a partir de allí, un Estado que mata, que tortura, que degrada un ciudadano no solo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, colocándose en el nivel de los mismos delincuentes”. (131)

Por tanto, entendida la norma constitucional en estudio como límite negativo al Derecho Penal, bien como considerando que tal límite negativo es derivado del principio de la dignidad de la persona humana, analizaremos, rápidamente, cada una de esas prohibiciones, en especie.

### **5.9.1. LA PENA DE MUERTE**

El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Asunción, en Paraguay, el 8 de junio de

1990, condensa, en su preámbulo, los motivos por los cuales se debe abolir, por completo, la pena de muerte, considerando:

Que el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida y restringe la aplicación de la pena de muerte;

Que toda persona tiene el derecho inalienable de que se respete su vida, no pudiendo este derecho ser suspendido por motivo alguno;

Que la tendencia de los Estados americanos es favorable a la abolición de la pena de muerte;

Que la aplicación de la pena de muerte producen consecuencias irreparables que impiden sanar el error judicial y eliminan cualquier posibilidad de enmienda y de rehabilitación del procesado;

Que la abolición de la pena de muerte contribuye para asegurar protección más efectiva del derecho a la vida;

Que es necesario llegar a acuerdo internacional que represente un desarrollo progresivo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Que Estados-partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresaron su propósito de comprometerse mediante acuerdo internacional a fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte en el continente americano [...].

De todas esas consideraciones, merece destaque aquélla que dice que la pena de muerte producen consecuencias irreparables que impiden sanar el error judicial y eliminan cualquier posibilidad de enmienda y de rehabilitación, haya vista que, en esta última parte, la pena de muerte, allende contrastar con el principio de la dignidad de la persona humana, contraria las funciones preventivas atribuidas a la pena, principalmente en lo que dice respeto a la resocialización del condenado.

Garrido, Stangeland y Redondo colocan a descubierto la falacia del discurso de la pena de muerte, suministrando datos importantes a ése respecto, teniendo como paradigma Estados Unidos de América del Norte:

“En Estados Unidos, en algunos de cuyos estados se aplica la pena de muerte, si han efectuado diverso estudios en torno a la efectividad disuasoria de esta pena. Para ello, los investigadores han comparado estados que aplican la pena de muerte con otros que no la contemplan, con la finalidad de evaluar si la delincuencia violenta en los primeros es menos grave que en los segundos. Otra metodología utilizada en Norteamérica ha sido la de comparar la tasa de asesinatos antes y después de la abolición de la pena de muerte en aquellos estados que la han suplido. Los resultados de estas investigaciones norteamericanas no han confirmado la predicción teórica de la disuasión: que exista o no pena de muerte no parece tener efecto alguno sobre las tasas de homicidios (...).

En España, aunque no existe ninguna investigación específica sobre los efectos disuasorios de la pena de muerte – abolida en 1978 – podemos obtener conclusiones semejantes a las norteamericanas, a partir de la comparación entre la situación previa y posterior a su abolición. Cuando estaba vigente la pena capital, durante la dictadura franquista, la tasa de homicidios no era sustancialmente inferior a la existente en la actualidad”. (132)

### **5.9.2. LA PENA DE CARÁCTER PERPETUO**

La libertad es un derecho innato al ser humano. El hombre nació para ser libre, para se quedar libre. La pena privativa de libertad, por cuestiones de necesidad, por ausencia de alternativas para el caso concreto, limita un derecho del ser humano previsto constitucionalmente.

Si, en muchas ocasiones, la pena privativa de libertad es un mal necesario, hasta mismo esa necesidad debe encontrar límites. Si la pena pretende alcanzar sus objetivos, o sea, ser necesaria y suficiente para la reprobación y prevención del crimen, debe no solamente retribuir el mal practicado por el agente que cometió el delito, pero volverse al porvenir, con el fin de hacer con que sea nuevamente inserto en el convivio en sociedad.

José Antonio Paganella Boschi, sobre lo tema, afirma:

“La prohibición de imposición de penas de carácter perpetuo, hasta el fin de los días, guarda correspondencia con la idea de que la pena, además de la función retributiva, debe ser instrumento de reconstrucción moral del individuo, de modo a despertar el deseo de reinserción en la sociedad libre”. (133)

El Estado debe proporcionar al condenado la esperanza del retorno a su familia, a sus amigos, a su trabajo en fin, hacer con que, efectivamente, traiga consigo la esperanza por días mejores, fuera de la cárcel.

No solamente las penas de carácter perpetuo sano ofensivas al principio de la dignidad de la persona humana, como también aquéllas de larga duración.

Ferrajoli, discurriendo sobre el límite máximo de las penas privativas de libertad, cuestiona:

“Cuál podría ser, en una perspectiva de minimización de la pena, ¿la duración máxima de la pena de prisión? ‘Ninguna pena privativa de libertad’, escribió Vittorio Foa, en 1949, pocos años después de su larga permanencia en las prisiones fascistas, ‘debía superar los tres o, en el máximo,os cinco años’; y, poco antes, en la Asamblea Constituyente, Umberto Tarracini, que también había pasado en la prisión los veinte años de fascismo, tenía propongo que la duración de la reclusión no superase el límite de quince años.

Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a diez años y, a medio plazo, a un tiempo aún menor; y que una norma constitucional debía sancionar un límite máximo, digamos, de diez años. Una reducción de este género supondría una atenuación no solo cuantitativa, sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de regresar a la libertad después de un breve y no después un largo o uno quizá interminable período tornaría sin duda más torerable y menos alienante la reclusión.<sup>134</sup>

Aunque ésa sea la tendencia de aquéllos que buscan observar a todo coste el principio de la dignidad de la persona humana, nuestros legisladores, generalmente adeptos del movimiento de ley y orden, buscan trillar camino completamente opuesto, pugnando por el aumento del tiempo máximo permitido para el efectivo cumplimiento

de la pena.

De esta forma, no solamente las penas de carácter perpetuo repugnan el pensamiento humanitario, como también aquellas excesivamente largas, conforme bien destacó Ferrajoli.

### **5.9.3. LA PENA DE TRABAJOS FORZADOS**

Cuando la Constitución prohíbe las llamadas a “penas de trabajos forzados”, no quiere decir, con esa expresión, que el preso no está obligado al trabajo. Apenas, de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana, veda a conminación y la aplicación de penas que agridan la persona del condenado, como forzarlo a trabajar con bolas de hierro presas a los pies, recibiendo azotes caso no cumpla el servicio a contento, etc.

La Convención N. 29, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 28 de junio de 1930, aclara el sentido de la expresión trabajo forzado, diciendo, en su art. 2o:

Art. 2o. Para fines de la presente Convención el término ‘trabajo forzado u obligatorio’ designará todo el trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de cualquier castigo y para lo cual el dicho individuo no si haya ofrecido de libre voluntad.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, adoptadas por el 1o Congreso en las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento de Delincuentes, realizado en Ginebra, en 1955, en los apartados 71.1 y 71.2, determinan el siguiente:

1. El trabajo en la prisión no debe ser penoso.
2. Todos los presos condenados vendrán a trabajar, en conformidad con sus aptitudes física y mental, de acuerdo con la determinación del médico.

Mirabete, comentando sobre trabajo penitenciario, afirma:

“La concepción del trabajo penitenciario siguió históricamente la evolución

experimentada en la conceptualización de la pena privativa de libertad. Inicialmente, estaba él vinculado a la idea de venganza y castigo y mantuvo esas características como forma más grave y aflictiva de cumplir la pena en la prisión. Mismo después, encontrándose en la actividad laborativa del preso una fuente de producción para el Estado, el trabajo fue utilizado en ese sentido, adentro de las tendencias utilitarias de los sistemas penales y penitenciarios. Hoy, sin embargo, están totalmente superadas las fases en las que se utilizaba la pena de las galés, de los trabajos forzados, como el shot-drill (transporte de bolas de hierro, piedras y arena), el tread-mill (molino de rueda), el crank (vueltas de manivela), etc. En la moderna concepción penitenciaria, el momento de la ejecución de la pena contiene una finalidad rehabilitadora o de reinserción social, fijándose el sentido pedagógico del trabajo. Se entiende hoy por trabajo penitenciario la actividad de los presos e internados, en el establecimiento penal o fuera de él, con remuneración equitativa y equiparado al de las personas libres en el concerniente a la seguridad, higiene y derechos de la seguridad social”. (135)

#### **5.9.4. LA PENA DE BANIMENTO**

La pena de banimento era una forma simple y cómoda de librarse de aquéllos que pensaban de manera diferente, que buscaban discutir sus ideas, tenidas como revolucionarias.

Yendo un poco más a la pasado, la familia imperial brasileña, después del advenimiento de la República, en 1889, también fue víctima del banimiento, habiendo sido expulsada del territorio nacional.

Según nos aclara José Antonio Paganella Boschi,

“la pena de banimento fue largamente aplicada en Portugal, conocida por el nombre de deportación, degredo o destierro, implicando despacho del condenado para Brasil o para las Colonias de África.

El Código Criminal de 1830 disponía sobre esa especie de pena en el art. 50; en el art. 51, sobre a de degredo; y, en el art. 52, sobre a de destierro, habiendo sido solo la primera reiterada por el Código de 1890 (art. 46), hasta ser abolida, después de, por la Constitución de 1891 (art. 72, § 20).

Esas penas tenían en común la fuerza de producir el compulsorio alejamiento del condenado del lugar donde vivía, afectando, pues, el derecho de ir, venir y quedar, que tiene hoy en el *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII), como acción constitucional de libertad, suyo más eficaz instrumento de protección”. (136)

Con la prohibición del banimiento, la Constitución Federal Brasileña preserva el derecho a la diferencia, garantiza la libertad de manifestación del pensamiento y de crítica, mantiene inviolable la libertad de conciencia y de creencia, impide que uno sea privado de sus derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, asegura la libertad de expresión en las actividades intelectuales, artísticas, científicas, de comunicación en fin, resguarda, por una vez más, la dignidad de la persona humana.

#### 5.9.5. LAS PENAS CRUELES

La historia de las penas es, verdaderamente, una historia de horrores. Parece que el hombre sienta placer en ver el sufrimiento de su semejante. En un pasado no muy distante, las ejecuciones eran espectáculos a que las multitudes asistían y deliraban con los gritos del condenado y con la habilidad del verdugo en hacerlo sufrir el máximo posible.

Disertando sobre el suplicio, decía Michel Foucault:

“¿Qué es un suplicio?

Pena corporal, dolorosa, más o menos atroz (decía Jaucourt); y añadía: ‘es un fenómeno inexplicable la extensión de la imaginación de los hombres para la barbarie y la crueldad’.

[...].

La muerte-suplicio es el arte de retener la vida en el sufrimiento, subdividida en ‘mil muertes’, y logrando, antes de cesar la existencia, *the most exquisite agonies*. El suplicio reposa en el arte cuantitativo del sufrimiento. Pero no es solo: esta producción es

regulada. El suplicio hace correlacionar el tipo de herida física, la calidad, la intensidad, el tiempo de los sufrimientos con la gravedad del crimen, la persona del criminoso, el nivel social de sus víctimas. Hay un código jurídico del dolor; la pena, cuando el suplicante, no se abate sobre el cuerpo a lo acaso o en bloque; es calculada de acuerdo con reglas detalladas: número de golpes de azote, localización del ferrete en ascua, tiempo de agonía en la hoguera o en la rueda (el tribunal decide si es el caso de estrangular el paciente inmediatamente, en vez de dejarlo morir, y al fin de cuanto tiempo ese ademán de piedad debe intervenir), tipo de mutilación a imponer (mano decepada, labios o lengua perforados).<sup>137</sup>

Durante el período de la ilustración, voces abalizadas se levantaron contra la crueldad de las penas, ecoando por todas las naciones civilizadas. Beccaria, con precisión increíble, criticando la crueldad de las penas y su ineficacia en el combate a las infracciones penales, decía:

Un de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, pero su infalibilidad y, como consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable que, para ser una virtud útil, debe ser acompañada de una legislación blanda. La certeza de un castigo, mismo comedido, siempre causará más intensa conmoción del que el temor de otro más severo, unido a la esperanza de la impunidad, pues, los males, mismo los menores, cuando ciertos, siempre sorprenden los espíritus humanos, mientras la esperanza, don celestial que frecuentemente todo suple en nosotros, aleja la idea de males peores, principalmente cuando la impunidad, otorgada muchas veces por la avaricia y por la cobardía, le fortalece la fuerza. La propia atrocidad de la pena hace con que intentemos evitarla con audacia tanto mayor cuanto mayor es el mal y lleva a cometer más delitos para escapar a la pena de un solo". (138)

Si las penas mencionadas anteriormente – muerte, prisión perpetua, banimiento y trabajos forzados – son ofensivas al principio de la dignidad humana, que dirá una pena cruel que traiga un sufrimiento insoportable al condenado.

Políticos de ocasión, que suelen manejar la población con el discurso del Derecho Penal, a todo instante pregonan la necesidad de penas más graves, a ejemplo de la castración para estupradores, cual si eso fuese posible, llevando en consideración

nuestra Constitución Federal, que prohíbe, mediante una cláusula pétrea, la implementación de penas crueles.

Sin embargo, aunque formalmente no si pueda conminar penas de esa naturaleza, informalmente sabemos que la pena privativa de libertad, en muchas situaciones, debe ser considerada como cruel, pues que los condenados, jugados en una celda fétida, sin luz, sin las mínimas condiciones de higiene, sin privacidad, durmiendo en pie por faltarles espacio, son tratados como verdaderos animales, siendo que el Estado, aún así, nutre esperanzas en la recuperación de ellos.

En fin, las penas crueles, que buscan traer sufrimientos excesivos al condenado, ofenden el principio de la dignidad de la persona humana, razón por la cual no pueden ser toleradas en nuestro sistema penal.

## **5.10. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

Antes de que analicemos específicamente el principio de culpabilidad, con sus tres vertientes fundamentales, es necesario aclarar que la culpabilidad es comumente conceptuada como el juicio de censura que recae sobre la conducta típica e antijurídica practicada por el agente. Sin embargo, lo que viene a ser ese llamado juicio de censura, ¿qué corresponde al concepto de culpabilidad?

Podemos raciocinar con dos enfoques diferentes sobre ese juicio de censura. Primeramente, un enfoque de naturaleza interna, realizado por el propio agente que practicó la infracción penal; según, bajo un enfoque externo, a ser llevado a efecto por el aplicador de la ley.

Bajo el enfoque del agente, ese juicio de censura sería aquella situación en la que el propio agente tendría el sentimiento de reprochabilidad del comportamiento por él practicado. Podemos decir que el agente estaría tomado de un sentimiento de culpa, de

reprobación interna, por haber practicado la infracción penal.

Sin embargo, sabemos que en muchas ocasiones, al revés de ese sentimiento de culpa, el agente pasa a creer que su comportamiento criminoso es completamente normal, siendo, incluso, en muchas situaciones, hasta mismo laudable.

se piense, como ejemplo, en los llamados a justicieros, o sea, aquellas personas contratadas por determinada comunidad que, en faz de la ausencia del Estado, les paga para que tengan alguna protección, evitando la práctica de crímenes. Cuando alguna infracción penal es cometida, el justiciero investiga, procesa y condena el agente a muerte. La ejecución del supuesto delincuente es entendida con un sentimiento de deber cumplido. Su conciencia no lo reprueba por haber sacado la vida de un semejante, pues, en verdad, entiende qué la sociedad debe agradecerle por haber eliminado un sujeto que nada añadía, sino que atormentaba el convívio social.

Tales sentimientos son tratados por la criminología por medio de las llamadas técnicas de neutralización, de autoría de Sykes y Matza. Disertando sobre las técnicas de neutralización, Garrido, Stangeland y Redondo esclarecen:

“dado que la mayoría de los jóvenes no rechazan frontalmente las normas sociales convencionales, cuando las transgreden pueden recurrir a una serie de mecanismos de neutralización o exculpación. Estas estrategias las utilizamos todos para justificar nuestra conducta y para permitirnos que, en ciertas circunstancias, conducta y normas vayan por caminos diferentes”. (139)

Las técnicas de neutralización más comunes citadas por los nombrados criminólogos son las siguientes:

- negación de la responsabilidad;
- negación del delito;
- negación de la víctima, o sea, su descalificación;
- condena de aquéllos que condenan la acción;

- apelación a lealtades debidas;
- defensa de la necesidad de la conducta;
- defensa de un valor;
- negación de la justicia o de la necesidad de la ley;
- argumento de que “todo el mundo lo hace”;
- argumento de que “tendría derecho en hacerlo”.

A vengar el concepto de juicio de censura como aquél emitido por el propio agente practicante del injusto, el Derecho Penal viviría el caos, pues que, no raras veces, como dicho arriba, infracciones graves se pondrían impunes delante de esa ausencia de censura personal.

Si no hay como contrastar el juicio de censura por medio del óptico del propio agente, o sea, mediante su propio sentimiento de reprochabilidad del comportamiento por él practicado, tal censura deberá ser realizada externamente por alguien que tenga la posibilidad de verificar si la conducta típica e antijurídica llevada a efecto es pasible de censura, siendo, pues, el juez el responsable de esa constatación.

Siguiendo las lecciones de Cezar Roberto Bitencourt,

“la expresión juicio de censura criada con el significado de censura, o entonces juicio de culpabilidad utilizado como sinónimo de culpabilidad, ha acarreado a equívocos [...] Es necesario destacar, con efecto, que censurable es la conducta del agente, y significa característica negativa de la acción del agente perante el orden jurídico. Y juicio de censura – estrictamente hablando – es la evaluación que se hace de la conducta del agente, concibiéndola como censurable o incensurable. Esa evaluación sí – juicio de censura – es hecha por el aplicador de la ley, por el juzgador de la acción; por esa razón se dice que está en la cabeza del juez”. (140)

Podemos concluir, con Carlos Creus, que “La dimensión subjetiva del ataque antijurídico punible (culpabilidad) tiene que estar reconocida objetivamente (fuera de la

internidad del sujeto aunque versando sobre su contenido) mediante el juicio de un tercero (el juez)". (141)

Una vez entendido el juicio de censura, inherente al concepto de culpabilidad, es lícito afirmar que el principio de la culpabilidad ejerce papel de fundamental importancia en una concepción minimalista del Derecho Penal. Solamente los hechos censurables, altamente reprobables, es que deberán merecer la atención del Derecho Penal.

El principio del *nullum crimen, nulla poena sine culpa* impone sea la culpabilidad analizada mediante tres enfoques distintos y, al mismo tiempo, interligados, a saber: a) culpabilidad como elemento integrante del concepto analítico de crimen; b) como principio medidor de la aplicación de la pena; y c) como principio que impide la llamada responsabilidad penal objetiva (sin culpa o por el resultado).

En lo que dice respeto a la primera vertiente del principio, vale decir, la culpabilidad analizada como elemento indispensable al reconocimiento de la infracción penal, Roxin, acertadamente, afirma:

“El injusto penal, quiere decir, una conducta típica y antijurídica, no es en sí punible. La calificación como injusto expresa tan sólo que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el derecho, pero no lo autoriza a concluir que aquél deba responder personalmente por eso, pues que esta cuestión debe ser decidida en un tercer nivel de valoración: el de la culpabilidad”. (142)

También en ese sentido concluía Mezger, diciendo:

“Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Las características ‘acción’, ‘antijuridicidad’ y ‘culpabilidad’ se conciben aquí, ante todo, como determinadas situaciones de hecho *sobre las* que recae el juicio del Juez y que por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena”. (143)

Una vez adoptada la concepción tripartita del concepto analítico de crimen, solamente concluimos por la existencia de una infracción penal cuando estén presentes sus tres características o elementos indispensables, vale decir, a tipicidad, la

antijuricidad y la culpabilidad. Cada una de esas características deberá ser analizada en ese orden, de modo que cada de ellas sea considerada como elemento necesario, lógico y antecedente al estudio del elemento siguiente. Cuando el intérprete agote el estudio de esas tres características, consecuentemente, tendrá también concluido por la existencia de una infracción penal.

Encontrándose el juez delante de un caso concreto, una vez contrastada a tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad del agente, y concluyendo por la existencia de la infracción penal, deberá dar inicio al próximo paso. La conclusión por la práctica de la infracción penal lo llevará a condenar el agente; enseguida, dará inicio al procedimiento de aplicación de la pena.

Aquí, por una vez más, deberá el juzgador considerar la culpabilidad del agente. En el primer momento, o sea, cuando concluyó por la existencia de la infracción penal, la culpabilidad fue evaluada en un plan abstracto, se es que podemos así referirnos, con la única finalidad de poderse concluir si el injusto penal practicado era pasible de censura, permitiendo la constatación de la existencia de una infracción penal.

Maurach y Zipf afirman, con precisión:

“En su manifestación de justicia material, el principio del Estado de derecho exige una adecuada relación entre delito y pena. Con la pena (...) se reprocha al autor una transgresión al derecho; ello presupone La reprochabilidad, es decir, culpabilidad. Una pena sin culpabilidad sería así ‘una represalia incompatible con el Estado de derecho para un hecho por el cual no tiene por qué responder’”. (144)

Ahora, una vez constatada la infracción penal, ya estando el agente condenado por el delito por él seleccionado y practicado, deberá el juez, por una vez más, hacer valer su juicio de censura. En ese momento, esto es, cuando de la aplicación de la pena, el Estado podrá valorar el grado de reprochabilidad del comportamiento criminoso, teniendo como “termómetro” la culpabilidad del agente.

Se, en aquél primer momento, afirmamos que la culpabilidad estaba siendo analizada en un plan abstracto, en éste segundo momento, cuando de la aplicación de la pena, es que podremos, realmente, valorar el juicio de reprobación, mediante la pena aplicada

aquél que cometió la infracción penal.

En éste segundo momento, el juicio de culpabilidad será utilizado como medidor de la aplicación de la pena. Las conductas más reprobables merecerán la aplicación de una penalidad mayor; las menos censurables, a su turno, recibirán pena menor.

Francesco Palazzo, analizando el principio de la culpabilidad como limitador de la pena, advierte:

“Acoger el principio de la culpabilidad exclusivamente como límite de la pena es propio de un sistema en el cual la sanción encuentra su justificación en la finalidad de prevención del crimen, respondiendo la culpabilidad a la exigencia de evitar que el Estado, en la persecución de la finalidad preventiva, abuse de su poder punitivo, llegando, hasta, a ‘herir’ lo respeto a lo cual no se pone ninguna exigencia de irrogar a pena”. (145)

En ese sentido, aduce Juan Córdoba Roda:

“Una segunda exigencia que del principio de culpabilidad se ha derivado, es la correspondiente al *criterio regulador de la pena*, conforme al juicio de que la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta”. (146)

La última de las tres vertientes correspondientes al principio de la culpabilidad impide el reconocimiento de la llamada responsabilidad penal sin culpa, también conocida como responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado.

Un Derecho Penal moderno, de acuño eminentemente subjetivista, no puede aceptar que la responsabilidad penal por determinado hecho sea censurada a alguien que no actuó con dolo o culpa. La simple producción de un resultado no tiene la fuerza de hacer con que el agente responda por él.

Zaffaroni y Pierangeli aclaran que,

“todo Derecho Penal primitivo se caracteriza por responsabilizar fundamentalmente en razón de la producción de un resultado y raramente por dar importancia al aspecto subjetivo de la conducta.

La censura de la producción de un resultado, fundada en la causación de él, es lo que se llama a responsabilidad objetiva. La ‘responsabilidad objetiva’ es la forma de violar el principio de que no hay delito sin culpa, esto es, dice respeto a una tercera forma de tipicidad, que se configuraría con la prohibición de una conducta por la mera causación de un resultado, sin exigirse que esta causación haya ocurrido dolosa o culposamente”.(147)

Como bien observado por Paulo César Busato y Sandro Montes Huapaya,

“[...] por culpabilidad se puede entender la fijación de la necesaria comprobación de la presencia de dolo o culpa para la admisión de la responsabilidad penal, en oposición a la responsabilidad objetiva. Tradicionalmente la doctrina identificó este último sentido como principio de la culpabilidad. se trata, con efecto, del establecimiento de una garantía contra los excesos de la responsabilidad objetiva, pero también una exigencia que se suma a la relación de causalidad para reconocer la posibilidad de imponer pena. Pero, en la medida en la que el dolo y a culpa forman parte de los elementos subjetivos del tipo (tipicidad subjetiva), este concepto de culpabilidad solo se quedó como principio”. (148)

Concluyendo, el principio del *nullum crimen, nulla poena sine culpa* exige que la culpabilidad, en el sentido de juicio de censurabilidad, sea entendida cómo elemento integrante e indispensable del concepto analítico del crimen, que sea contrastada en el momento de la aplicación de la pena, en la calidad de principio que tendrá por misión concretar tal juicio de censura mediante la aplicación de la pena más adecuada al condenado, bien como en la calidad de principio que no tolera la censura de hechos que no puedan ser atribuidos al agente a título de dolo o culpa.

## **5.11. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

En un análisis comparativo, podemos afirmar, después los estudios de los principios citados anteriormente, que el principio de legalidad ocupa lugar de destaque en una concepción minimalista, vuelta a un Derecho Penal del Equilibrio, encontrando abrigo expresado en la Constitución Federal Brasileña – art. 5º, XXXIX (no hay crimen sin ley

anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal), bien como en la Constitución Española – Artículo 9.3 (La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

Jiménez de Asúa condensa, con maestría, el principio de la legalidad, diciendo: “todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe”. (149)

Muchos autores apuntan el origen del principio de legalidad a la llamada Magna Carta Inglesa, cuya edición vino a superficie en 1215, al tiempo del rey João Sin Tierra, siendo que su art. 39 poseía la siguiente redacción:

“Ningún hombre libre será arrestado, ni preso, ni despojado de su propiedad, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni exilado, ni perturbado de manera alguna; y, no podremos, ni haremos poner la mano sobre él, sino en virtud de un juicio legal de sus pares y según las leyes del País.

Cobo Del Rosal y Vives Antón, discordando de esa posición, dicen:

“Los Orígenes Del principio de legalidad se remontan, según algunos, a La Magna Carta, pero sería engañoso situar en este texto su primera formulación. Y ello, no tanto por las razones deducidas de la naturaleza feudal de dicho documento, sino porque históricamente, el principio de legalidad, tal y como es entendido en el Derecho Penal continental, no deriva de él. En La Magna Carta puede hallarse el origen de la llamada ‘*rule of law*’ propia del Derecho anglosajón que, sí tiene cierto paralelo con el principio de legalidad, no deja de presentar importantes rasgos diferenciales. En efecto, mientras el principio de legalidad, traduce el predominio de la Ley sobre los jueces, la ‘*rule of law*’ representa, fundamentalmente, una garantía jurisdiccional. Dicha peculiaridad deriva de las características del desarrollo histórico del Derecho anglosajón (perpetuadas en el sistema norteamericano), en el que la ‘*ley de La tierra*’, fundada en el Derecho natural y aplicada por los jueces ordinarios, llega a estar por encima del Derecho

estatutario, creado por el Parlamento. Puede, pues, afirmarse que el principio de legalidad es una creación del pensamiento ilustrado, cuyas primeras manifestaciones positivas aparecen ulteriormente, con la Revolución francesa”. (150)

Incontestable la conquista lograda por medio de la exigencia de legalidad. Sin embargo, hoy día, no se sostiene un concepto de legalidad de acuño meramente formal, siendo necesario, otrosí, investigar con respecto a su compatibilidad material con el texto que le es superior, vale decir, la Constitución. No basta que el legislador ordinario haya tomado las cautelas necesarias en el sentido de observar el procedimiento legislativo correcto, a fin de permitir la vigencia del diploma legal por él editado. Deberá, otrosí, verificar si el contenido, la materia objeto de la legislación penal, no contradice los principios expresos o implícitos constantes de nuestra Ley Mayor.

Ferrajoli, con autoridad, afirma:

“En el Estado de derecho el principio de la sujeción no solo formal como también material de la ley (ordinaria) a la ley (constitucional) posee un valor teórico general, de lo cual resulta la diferente estructura lógica de las implicaciones mediante las cuales formulamos el principio de mera y lo de estricta legalidad. Esta sujeción substancial se concreta en las diferentes técnicas garantistas por medio de las cuales el legislador y los demás poderes públicos son colocados a servicio, por medio de prohibiciones u obligaciones impuestas bajo pena de invalidad, de la tutela o satisfacción de los diferentes derechos de la persona”. (151)

Según aclara Nilo Batista, la fórmula latina del principio de la legalidad

“fue cuñada e introducida en el lenguaje jurídico por el maestro alemán Paulo João Anselmo Feuerbach (1775-1833), especialmente en su Tratado, que vino a lume en 1801. Al contrario de lo que se difunde frecuentemente, de las obras de Feuerbach no consta la fórmula amplia *nullum crimen nulla poena sine lege*; en ellas se encuentra, sí, una articulación de las fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* y *nulla poena (legalis) sine crimine*”.<sup>152</sup>

De acuerdo con la concepción material del principio de legalidad, preconizada por Ferrajoli y chancelada por Nilo Batista, el *nullum crimen nulla poena sine lege* deberá

observar cuatro vertientes que le son inherentes, a saber:

- a) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia;*
- b) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta;*
- c) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta;*
- d) *nullum crimen nulla poena sine lege certa.*

Dada la importancia de la tema, cada una de esas vertientes merecerá análisis en tópicos distintos, conforme el orden arriba propuesto.

#### **5.11.1. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIA**

Una de las primeras conquistas referentes al principio de la legalidad es a de, justamente, prohibir la llamada *lex post factum*. Nadie puede ser sorprendido por el Derecho Penal siendo punido por la práctica de un comportamiento que, al tiempo de la acción o de la omisión, era penalmente indiferente. La propia Constitución Federal Brasileña, impidiendo la retroactividad de ley que, de alguna forma, perjudique el agente, determina, en su art. 5º, inciso LX: La ley penal no retrotraerá, salvo para beneficiar el reo. Asimismo, a Constitución Española, en su artículo 9.3., garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La ley penal debe ser previa, esto es, anterior al hecho cometido por el agente. ¿Pero lo qué significa esa anterioridad? Para responder a esa indagación, debemos formular otra, a saber: ¿La ley penal podrá tener aplicación desde su publicación o de su vigencia? La respuesta correcta la esa indagación es: Depende. Depende, en verdad, de que la ley penal venga a perjudicar o beneficiar el agente.

Cuando la ley penal, de alguna forma, perjudica el agente (creando nuevos tipos penales, aumentando plazos prescripcionales, enrollando nuevas circunstancias agravantes etc), su término inicial absoluto es la vigencia, pues es justamente ésa la

ilación que se debe extraer del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Sin embargo, ni siempre la ley penal perjudica. Puede, y es muy común que eso acontezca, de alguna forma beneficiar al agente (disminuyendo penas, creando nuevas circunstancias atenuantes, disminuyendo plazos prescripcionales, condicionando a acción penal a la representación del agraviado, etc). En esa hipótesis, o sea, de creación normativa benéfica (*novatio legis in melius*), ¿desde cuándo la ley penal podrá tener aplicación?

Aquí, se formaron dos corrientes. La primera de ellas, considerando la expectativa de vigencia de la *novatio legis*, entiende que la ley deberá ser aplicada desde su publicación.

La segunda corriente afirma, por cuestión de seguridad jurídica, que la ley penal, mismo beneficiando, solamente podrá ser aplicada después su entrada en vigor.

Concluyendo, a *lex praevia* puede ser entendida en dos situaciones distintas: perjudicando o beneficiando al agente. Si perjudica, el término inicial de aplicación será, siempre, el de la data de su vigencia; si beneficia, podemos trabajar con dos corrientes doctrinarias – la primera entendiendo por su aplicación, por criterios de economía, desde su publicación, y la segunda, bajo lo argumento de la seguridad, después su entrada en vigor.

### **5.11.2. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA**

En virtud de esa vertiente del brocardo del *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verifica que el principio de la legalidad prohíbe la creación de tipos penales por medio de las costumbres.

Según asevera Nilo Batista, “solo la ley escrita, esto es, promulgada de acuerdo con las previsiones constitucionales, puede crear crímenes y penas: no la costumbre”. (153)

Sin embargo, no podemos confundir creación típica por intermedio de las costumbres, con su utilización como herramienta de interpretación de los tipos penales.

En verdad, sin el conocimiento de las costumbres sería imposible la real comprensión de muchas infracciones penales.

Merece destaque la lección de Hungría, cuando, disertando sobre las costumbres, con la precisión que le era peculiar, afirmaba:

Tanto en cuanto la analogía, la costumbre no es fuente generadora del derecho represivo. No puede suplir, ab-rogar o rectificar la ley penal. Cumple, sin embargo, distinguir entre costumbre contra, extra o ultra legem y costumbre integrativa, subsidiario o elucidativo de la norma penal (costumbre *intra lege*). En ese último caso, la costumbre interviene *ex vi legis*, sin afectar, por tanto, el dogma de que la única fuente del Derecho Penal es la ley. Así, por ejemplo, al incriminar el ‘ultraje público al pudor’, la ley penal se reporta a una costumbre social, esto es, a la moralidad colectiva en torno de los hechos de la vida sexual, quedándose subordinada, para su entendimiento y aplicación, a la variabilidad, en el tiempo y en el espacio, de esa costumbre. No hay caso alguno en que la costumbre contra o extra legem pueda tener el efecto, ya no decimos de crear crímenes o penas, pero de eliminar la criminalidad legal de un hecho. (154)

De la misma forma que no se atribuye poder creador normativo a las costumbres, también debe ser a él negado el efecto ab-rogante, o sea, la posibilidad de las costumbres revoquen la ley penal en vigor. En ese sentido, afirmaba Bobbio que “en los órdenes en los que la costumbre es inferior a la Ley, no vale la costumbre ab-rogativa; la Ley no puede ser revocada por una costumbre contraria”. (155)

Concluyendo, el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* prohíbe la creación típica por medio de las costumbres, siendo que el revés de esa misma moneda impide, también por el mismo argumento consuetudinario, la revocación de los tipos penales existentes.

### **5.11.3. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE STRICTA**

El principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen nulla poena sine lege*

*stricta*, también prohíbe la adopción de la llamada analogía *in malam partem*, pues, caso contrario, de nada valdría la existencia de una ley anterior al hecho si el intérprete pudiese extenderla a un número de casos no previstos expresamente por el tipo penal.

Sin embargo, la cuestión debe ser mejor analizada. En verdad, aunque tengamos la convicción absoluta de la prohibición de la analogía *in malam partem*, ¿sería de todo desechado el uso de la analogía en Derecho Penal?

La respuesta, aquí, merece ser observada bajo dos enfoques distintos. El primero, ya apuntado anteriormente, dice respeto a la analogía *in malam partem*; lo según, bajo el óptico de la analogía *in bonam partem*.

¿Inicialmente, lo qué podemos entender por analogía? ¿Cuándo será posible su recurso? La analogía es considerada una forma de interpretación y de auto-integración de la ley (en nuestro caso, la penal), por intermedio de la cual se busca mantener el equilibrio del orden jurídico, una vez que tiene por finalidad preservar el principio de la isonomía, según lo cual los hechos análogos deben recibir el mismo tratamiento. De esa forma, solamente será posible cogitar de analogía cuando el intérprete concluya por la laguna legal, que acarreará a su preenchimiento por medio de ese recurso.

Bobbio conceptuaba la analogía como “el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no-reglamentado la misma disciplina que la un caso reglamentado semejante”.<sup>156</sup>

Y proseguía en su raciocinio, afirmando:

Para hacer la atribución al caso no-reglamentado de las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso reglamentado semejante, es preciso que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, pero una semejanza relevante; es necesario ascender de los dos casos una calidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso reglamentado fueron atribuidas aquéllas y no otras consecuencias.<sup>157</sup>

La primera hipótesis, la de la analogía *in malam partem*, se encuentra completamente prohibida en materia penal, siendo lícito hacer o dejar de hacer aquello que no esté expresamente prohibido o impuesto por el tipo penal, no pudiendo el agente, incluso, ser dañado con la aplicación de agravantes o causas de aumento de pena que no abriguen,

exactamente, su situación o el hecho por él cometido.

Ferrajoli recuerda que, aún en el siglo pasado, en los países que adoptaban un régimen totalitario, lo empleo de la analogía *in malam partem* era común:

“En Alemania nazi una ley de 28 de junio de 1935 sustituyó el viejo art. 2o del Código Penal de 1871, que enunciaba el principio de legalidad penal, por la siguiente norma: ‘será punido quien practique un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo, según el concepto fundamental de una ley penal y según lo son sentimiento del pueblo. Si, oponiéndose al hecho, no haya cualquier ley penal de inmediata aplicabilidad, el hecho punirsela sobre la base de aquella ley cuyo concepto fundamental mejor si ajuste a el”. (158)

En materia penal se admite, sin embargo, el recurso a la llamada analogía *in bonam partem*, desde que el exegeta llegue a la conclusión de que no fue intención de la ley arrumbar determinada hipótesis, siendo el caso, por tanto, de laguna.

Merece, en este punto, ser llevada a efecto la distinción entre laguna voluntaria y laguna involuntaria. Para tanto, traemos a la colación las necesarias lecciones de Antônio José Fabrício Leiria, cuando hace su aclaraciones, inicialmente, sobre las lagunas voluntarias, diciendo que esas lagunas

“están representadas por la inexistencia de una voluntad en el contenido de la norma jurídica. Con efecto, podrá el legislador entender qué, frente a una realidad social vivida, un determinado hecho, por su escasa relevancia jurídica, no se presente suficientemente maduro y con relevante carga axiológica para ser normatizado. Asimismo, todavía que previsto por el legislador, éste lo deja fuera de la ley. se puede mismo decir que, en tales casos, hay un querer negativo, pues la laguna propositada de la ley no escapa a la previsión del legislador. Se insiere en el contenido de la norma como voluntad negativa de esta. Cual si constata, la laguna voluntaria escapa de la previsión de la ley, pero se insiere en su contenido, bajo forma negativa de voluntad de la norma jurídica.

Aquí el legislador prevé la hipótesis no contemplada por la norma, pero, propositadamente, deja fuera de su ámbito de incidencia, por motivo de orden jurídico,

política, económica, social, religiosa u otros. Delante de la realidad de un problema de lagunas de la ley, el juez desarrolla un trabajo que sobrepasa la simple interpretación, visto que va a envolver con problemas de integración del derecho”. (159)

Y prosigue con sus lecciones, dilucidando el concepto de lagunas involuntarias:

“se configura la llamada laguna involuntaria, cuando el hecho, puesto que revestido de todos los caracteres necesarios para ser regulado, se sitúa fuera del campo de la incidencia de la ley, por no haber sido previsto por el legislador. En esta hipótesis, innexiste valoración jurídica, y el espacio huero escapa a la voluntad de la norma, por falta de previsión del legislador. Es el inverso de lo que se verifica en las lagunas voluntarias.

Comparada el orden jurídico con una atmósfera que circunda y envuelve la vida social, consonante nos habla Ferrara, podremos decir que las lagunas de la ley se presentan como vacuos de esa misma atmósfera. Son huecos del orden jurídico.<sup>160</sup>

De esa forma, en materia penal, se permite el recurso a la analogía *in bonam partem*, desde que el exegeta llegue a la conclusión de que el hecho se amolda al concepto de laguna involuntaria, pues, caso contrario, ese recurso estará también prohibido, aun cuando considerado benéfico al agente.

#### **5.11.4. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE CERTA**

No basta que la ley penal esté en vigor anteriormente a la practica del hecho practicado por el agente para que pueda ser efectivamente aplicada. Todos deben, aún, tener la posibilidad de comprender exactamente el contenido de la prohibición para que puedan comportarse de acuerdo con la norma. Por tanto, para que no sea ofensiva al principio de la legalidad, la ley penal debe ser cierta, clara, necesita, a más simple posible, permitiendo suya más necesita y exacta comprensión.

En 1764, Beccaria ya decía a respeto de la obscuridad de las leyes:

“Si la interpretación de las leyes es un mal, claro que la obscuridad, que la

interpretación necesariamente acarrea, es también un mal, y este mal será grande si las leyes son escritas en idioma extraño al pueblo, que lo ponga de la dependencia de unos pocos, sin que pueda juzgar por sí mismo cual sería el éxito de su libertad, o de sus miembros, en idioma que transformase un libro, grave y público, en otro como que privado y de casa ”. (161)

Manuel Caballero de Ferreira, discurrendo sobre la necesidad de la certeza de la ley, aduce:

“La norma legal incriminadora tiene de ser cierta, esto es, tiene de determinar con suficiente precisión el hecho criminoso. A acción u omisión en la que el hecho consiste no puede ser inferido de la ley; tiene de ser definido por la ley. No es norma incriminadora constitucionalmente válida aquella cuyo tenor se apaga en una cláusula general que remeta su preenchimiento para el arbitrio del juzgador. La ley penal incierta es por sí inconstitucional, esto es, el principio se impone al legislador como al juez, que la no debe aplicar”. (162)

Por intermedio de la vertiente del *nullum crimen nulla poena sine lege certa* se extrae la conclusión de que la ley penal debe ser taxativa.

Cláudio del Prado Amaral, disertando sobre los fundamentos de la taxatividad de la ley penal, afirma:

“se exige que la ley penal sea cierta, esto es, que los tipos penales sean elaborados legislativamente de forma clara y determinada, a fin de que las conductas incriminadas sean pasibles de identificación, sin que se necesite recurrir a extremados ejercicios de interpretación o integración de la norma. se quiere a clareza denotativa de los tipos penales, lo que torna la norma legal prontamente inteligible a sus destinatarios en tenemos cognitivos: todos los ciudadanos. Si la norma penal incriminadora tiene como un de sus objetivos intimidar para la no realización de la conducta prohibida, es preciso que sea clara a todos, a fin de que sepan y conozcan sin cualesquiera dudas el contenido de la norma legal.

El fundamento del principio de taxatividad se asienta en dupla base, pues: a) la norma penal incriminadora contiene un orden de abstención de conducta o de realización de

conducta; luego, el destinatario de la norma penal necesita comprender exactamente su contenido, para poder acatar el orden; bajo ese ángulo, el principio de la taxatividad encuentra razón de ser en la propia exigencia de observancia de la norma penal; b) bajo otro fundamento, el principio de la taxatividad se encuentra en la función intimidadora de la norma penal; así, para que la intimidación ocurra, es preciso que su contenido sea claro y necesario, a fin de que todos puedan atenderlo – sin comprensión de la norma, no habrá intimidación”. (163)

Es muy común, en los países que adoptan régimen totalitario, sea de izquierda o de derecha, que el dictador si valga del escudo del Derecho Penal a fin de dar apariencia de legalidad a sus actos arbitrarios y, en verdad, ilegales.

La vertiente del *nullum crimen nulla poena sine lege certa* nos obliga a raciocinar con la diferencia existente entre la legalidad formal y la legalidad material. Puede el proyecto de ley haber obedecido a todos los procedimientos previstos en la Constitución. Para su aprobación, logró el quórum de votación necesario. En fin, todo el formalismo fue cumplido. Sin embargo, la norma penal será tenida por inválida si su materia no compatibilizar con el texto de nuestra Ley Mayor, con los principios expresos e implícitos en ella contenidos, destacándose, entre ellos, el principio de legalidad.

La creación de los tipos penales dirigidos a todos nosotros debe ser a más necesita posible, alejándose toda incertidumbre y duda en cuanto a su interpretación. Tipos penales que contienen los llamados a conceptos vagos o imprecisos agravan el ditame de la legalidad material, solamente sirviendo de justificativa para abusos, arbitrariedades de los detentadores del poder.

El ejemplo del Código Penal alemán, citado por Ferrajoli, a la época del período nazista demuestra claramente el peligro de una norma creada con ese estilo vago, amplio, incierto, inseguro.

“se lea nuevamente el artículo de la Ley de 28 de junio de 1935 que sustituyó el art. 2º del Código Penal Alemán de 1871, que decía:

“Será punido quien practique un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor

de castigo, según el concepto fundamental de una ley penal y según lo son sentimiento del pueblo. Si, oponiéndose al hecho, no haya cualquier ley penal de inmediata aplicabilidad, el hecho punirsela sobre la base de aquella ley cuyo concepto fundamental mejor si ajuste a él”.

¿Lo qué significaba lo son sentimiento del pueblo alemán? Obviamente que sería merecedor de cuita todo aquél que practicase cualquier comportamiento que, aunque no prohibido por la ley penal, incomodase el dictador, como aconteció con el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), cuando aproximadamente 6 millones de vidas fueron eliminadas.

Entendemos todavía que la utilización exagerada de elementos normativos en el tipo puede acarrear también a lo afectación del principio de la legalidad, en la vertiente de la legue cierta. Siendo los elementos normativos aquéllos que, para su comprensión exigen del intérprete la emisión de un juicio de valor, sabemos que esa valoración es personal, pudiendo, en muchas situaciones, acarrear a injusticias gritantes. Un mismo hecho, valorado diferentemente por dos juzgadores, puede acarrear a conclusiones diferentes.

René Ariel Dotti, construyendo una visión crítica a respecto de la utilización de los elementos normativos, aclara:

“Los elementos normativos se clasifican en jurídicos y culturales. Elementos normativos jurídicos son los que traen conceptos propios del Derecho (‘cosa ajena’, ‘documento’, ..., etc). Elementos normativos culturales son los que envuelven conceptos propios de otras disciplinas del conocimiento, científicas, artísticas, literarias o técnicas. Son múltiples los ejemplos de esa categoría: ‘acto obsceno’, ‘pudor’, ‘mujer honesta’, ‘acto libidinoso’, ‘arte’, ‘culto religioso’, ‘esterilización quirúrgica’, ‘fauna silvestre’, etc.

Hay una preocupación muy viva entre los estudiosos con el grande aumento del número de elementos normativos, principalmente en la legislación especial, gravemente comprometida por la inflación. Así como ocurre con los llamados a tipos penales abiertos pueden si abrir grandes márgenes de inseguridad en función de una interpretación que comprometa el principio de la taxatividad de la ley penal. Pero es imposible suprimirlos del orden positivo una vez que los tipos legales de ilegalidad

reflejan la naturaleza y el valor de la realidad humana y de la circunstancia que la envuelve”. (164)

Concluyendo, el principio de la legalidad, analizado bajo el enfoque de la *lex certa*, prohíbe que la ley penal sirva de instrumento para abusos, buscando alejar las posibles redacciones imprecisas que traerían a la población el sentimiento de completa inseguridad, vez que jamás tendría la certeza de que sus acciones estarían o no abarcadas por determinado tipo penal, mereciendo ser resalvado, aún, el hecho de que los llamados a elementos normativos del tipo solamente deben ser utilizados en los casos en los que no haya otra alternativa, haya vista que, por requerir un juicio de valoración por parte del intérprete, la duplicidad de interpretaciones sobre el mismo hecho también fomentaría la sensación de inestabilidad del derecho.

## CAPÍTULO 6

### LA SELECTIVIDAD DEL DERECHO PENAL

La selectividad del Derecho Penal puede ser verificada mediante dos momentos distintos, denominados criminalización primaria y criminalización secundaria.

Por intermedio del proceso de criminalización primaria, el Estado selecciona determinados comportamientos existentes en nuestro medio social, en tesis ofensivos a bienes jurídicos, prohibiéndolos o imponiéndolos bajo a amenaza de una sanción de naturaleza penal, mediante una ley por él formalmente editada.

Una vez en vigor la ley penal, cuando incumplida, surge la posibilidad de llevar a efecto la llamada criminalización secundaria, oportunidad en la cual el Estado hará valer su *jus puniendi*, investigando, procesando y, por fin, condenando al cumplimiento de una pena el transgresor de la ley penal editada anteriormente al comportamiento delictivo.

El proceso de selección surge desde el instante en que la ley penal es editada. Valores de determinados grupos sociales, tenidos como dominantes, prevalecen en detrimento de la clase domeñada. Enseguida, ya cuando vigente la ley penal, surge nuevo proceso de selección. ¿Quién deberá ser punido? La respuesta a esa indagación debía ser simple, o sea, todos aquéllos que incumplieren la ley penal, afrentando la autoridad del Estado/Administración. Sin embargo, sabemos que eso no acontece. El Derecho Penal tiene olor, color, raza, clase social; en fin, hay un grupo de escogidos, sobre quiénes habrá la manifestación de la fuerza del Estado.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar, con la precisión que les es peculiar, aducen:

La inevitable selectividad operacional de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos groseros y hasta insignificantes) provocan una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza apenas aquéllos que tienen bajas defensas perante el poder punitivo, aquéllos que se vuelven más vulnerables a la criminalización secundaria porque: a) sus características personales se encuadran en los estereotipos criminales; b) su educación solo les permite realizar acciones ilícitas toscas y, por consiguiente, de fácil detección y c) porque el etiquetamiento suscita a Asunción del papel correspondiente al estereotipo, con lo cual su comportamiento acaba correspondiendo al mismo (la profecía que se auto-realiza). En desaparezca, las agencias acaban seleccionando aquéllos que circulan por los espacios públicos con el figurín social de los delincuentes, prestándose a la criminalización – mediante sus obras toscas – como su inagotable combustible.<sup>165</sup>

Foucault, apuntando la selectividad del Derecho Penal, o sea, el hecho de que esa rama del orden jurídico escoge, efectivamente, sobre quien deberá recaer su fuerza, quien deberá ser contenido a fin de que sea mantenida la llamada “paz social”, aduce:

sería hipocresía o ingenuidad creer que la ley es hecha para todo el mundo en nombre de todo el mundo; que es más prudente reconocer que ella es hecha para algunos y se aplica a otros; que en principio ella obliga a todos los ciudadanos, pero se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos aclaradas; que, al contrario de lo que acontece con las leyes políticas o civiles, su aplicación no se refiere a todos de la misma forma, que en los tribunales no es la sociedad entera que juzga un de sus miembros, pero una categoría social encargada del orden sanciona otra destinada a la desorden.<sup>166</sup>

Leonardo Sica también advierte y aclara:

La selectividad es una marca histórica e indisociable del sistema penal. El *ius puniendi*, lejos de su conformación contractual, ha sido ejercido en función de los intereses de grupos dominantes o de Estado (si es que ambos están distantes).

Dados del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria apuntan que: 2/3 de la población carceraria son negros y mulatos; 76% son analfabetos o semi-alfabetizados; 95% son absolutamente pobres; 98% no tienen condiciones de contratar un abogado y

72% de los procesos criminales son por robo y furto.<sup>167</sup>

Maria Lúcia Karan, de forma clara, directa y objetiva, afirma, con seguridad:

“El sistema penal no se destina a punir todas las personas que cometen crímenes. No pasando la imposición de la pena de pura manifestación de poder, destinada a mantener y reproducir los valores e intereses dominantes en una dada sociedad, y encontrando esta reacción punitiva su soporte y su fuerza ideológica en la necesidad del deseo de creación de bodes expiatorios, no sería funcional hacerla recaer sobre todos los responsables de conductas criminalizadas, siendo, al contrario, imperativa la individualización de apenas algunos de ellos, para que, ejemplarmente identificados como criminosos, presten su imagen a la personificación de la figura del malo, del enemigo, del peligroso, posibilitando la simultánea y conveniente ocultación de los peligros y de los males que sostienen la estructura de dominación y poder”. (168)

Solamente por hipótesis, supongamos que el Estado, arrumbando la selectividad, esto es, en vez de escoger quien y lo que punir, pasase, desde ahora, a punir todos los hechos incriminados por la ley penal, bien como todas las personas que les cometieron. ¿Sería posible tal elección política? Tendría el Estado, incluso, ¿condiciones de llevar a efecto tal opción? Habría, en el sistema penitenciario, ¿lugares suficientes para prender todas las personas que hubiesen cometido cualquiera una de las infracciones penales integrantes de nuestro Derecho Penal objetivo? O, lo que es peor, ¿será que alguno de los encargados de aplicar la ley penal estaría libre para poder llevar a efecto el juicio o, mismo, de procesar la ejecución de la pena?

En verdad, todos somos criminosos, aun cuando en mayor o menor grado. Quien nunca practicó un crimen contra el honor de su semejante, no compró un producto de algún buhonero, de origen dudoso, no perturbó el sosiego ajeno; en fin, todos nosotros, mismo sin esa noción, practicamos crímenes casi que diariamente. Si fuésemos a llevar a hierro y fuego la aplicación de todos los tipos penales, no habría nadie disponible para apurar el hecho criminoso, tampoco juzgar el autor del delito, pues todos estaríamos presos.

El Estado aún no acordó para el hecho de que al Derecho Penal solamente debe importar las conductas que ataquen los bienes más importantes y necesarios a la

convivencia en sociedad. Mientras el Derecho Penal sea máximo, mientras haya la llamada inflación legislativa, el Derecho Penal continuará a ser selectivo y cruel, escogiendo, efectivamente, quien deberá ser punido, elección ésta que, con certeza, recaerá sobre la clase más pobre, abandonada y vulnerable de la sociedad.

Se hace mister resaltar que la selectividad no solamente ocurre cuando de la creación y de la aplicación de la figura típica criminosa. Esa elección, lamentablemente, también recae en el momento de la ejecución de la decisión condenatoria del Estado, haya vista que, efectivamente, ni todos los condenados cumplen sus penas.

Concluyendo, el Derecho Penal es selectivo en el momento en el que escoge los comportamientos que deberán ser prohibidos o impuestos (criminalización primaria), quien deba responder por las acciones criminosas practicadas (criminalización secundaria) y, aún, quien deberá cumplir la pena aplicada por el Estado, razón por la cual debemos reducir al máximo el número de infracciones penales, a fin de tornarlo lo más justo posible.

## **CAPÍTULO 7**

# **IMPLEMENTACIÓN DE LAS FINALIDADES SOCIALES DEL ESTADO COMO FACTOR INIBIDOR DE LA PRÁCTICA DE INFRACCIONES PENALES**

Después todo lo que fue dicho líneas atrás, podemos concluir que la transformación del Estado Social en Estado Penal fue el resorte propulsor del proceso de inflación legislativa que nos aflige actualmente. El Derecho Penal simbólico se transformó en la herramienta preferida de nuestros gobernantes, siendo utilizado con la finalidad de dar una satisfacción a la sociedad, en virtud del aumento de la criminalidad.

Eric Hobsbawm, con argucia, destacó:

“Todo observador realista y la mayoría de los gobiernos sabían que no se apocaba ni aun se controlaba el crimen ejecutándose los criminosos o por la disuasión de largas sentencias penales, pero todo político conocía la fuerza enorme y emocionalmente cargada, racional o no, de la exigencia en masa de los ciudadanos comunes para que se puniese el anti-social”. (169)

Formalmente, vivimos en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde nuestras constituciones (Brasileña y Española) preconizan ser derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, a moradia, el ocio, la seguridad, la prevención social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, etc

Sin embargo, como bien observado por Dulce Llaves Pandolfi,

“en Brasil, pasados casi 15 años del fin de la dictadura militar, muchas sano las dificultades para la consolidación de una sociedad democrática. Si en el campo político los avances fueron grandes, en otras áreas los cambios fueron bien menos significativas. El nuevo régimen no consiguió revertir la acentuada desigualdad económica y el fenómeno de la exclusión social se expandió por todo el país. A despecho de la implantación de un Estado de derecho, los derechos humanos aún son violados y las políticas públicas devotadas para el control social permanecen precarias. Si, formalmente, por la Constitución de 1988, la ciudadanía está asegurada a todos los brasileños, en la práctica, ella solo funciona para algunos. Sin duda, existe aquí un déficit de ciudadanía, esto es, una situación de desequilibrio entre los principios de justicia y solidaridad”. (170)

Una familia en la cual su mantenedor no tiene empleo, no posee casa propia o, mismo, una dirección fija, en que sus miembros, cuando adolecen, son abandonados a la propia suerte por el Estado, los hijos no pueden ser educados en escuelas dignas, los niños son desamparadas, usadas como herramientas en el oficio de la mendicancia; en fin, mientras haya tantas desigualdades sociales, la inclinación será el crecimiento de la criminalidad aparente, o sea, aquella criminalidad del que cuidan los noticieros, la criminalidad violenta, urbana, que hace con que sea derramada sangre cuando de sus acciones.

Otávio Cruz Neto, Marcelo Desgarra Moreira y Luiz Fernando Mazzei Sucena, en profundizado estudio sobre la juventud y el tráfico de drogas en la ciudad de Rio de Janeiro, evidenciaron, acertadamente:

“Vivimos en una sociedad permeada por contradicciones socioeconómico-políticas que delinean, en la entrada del hito histórico-temporal de este inicio de siglo, un movimiento crítico y tenso, de grave potencialización de conflictos. Entre atónitos y preocupados, deparamonos con un mundo globalizado y hegemónico, capaz de desarrollar procesos socializadores distintos y determinados, que propician, al mismo tiempo, la satisfacción de algunos con su avance tecnológico y seductores bienes de mercado y la frustración de muchos, excluidos incluso del acceso a sus derechos vitales.

Inmersas en ese escenario, se perfilan situaciones complejas e inconclusas que se contraponen a las iniciativas conciliatorias y despiertan problemas de difícil resolución, de los cuales se pueden destacar, entre otros, la valorización de los anhelos del mercado en detrimento de demandas de la sociedad civil; el crecimiento desmesurado de la especulación financiera, generando brutal disminución de la actividad productiva y la elevación del desempleo; la convivencia próxima y diaria, en el ámbito de una sociedad de consumo, entre la pobreza y la opulencia; la imposibilidad de las campañas por la paz ante el gigantismo de una industria bélica que amuniciona la violencia criminal, además de la reducida credibilidad de partidos e instancias políticas junto a la población, sobretodo entre los más jóvenes”. (171)

Existen, por tanto, infracciones penales que son cometidas por personas que pertenecen a las clases sociales más bajas. Normalmente, infracciones patrimoniales o que agravan la integridad física, la salud o la vida de las personas. Los crímenes contra las costumbres, a ejemplo del estupro y del atentado violento al pudor, también son comunes, sin hablar en el uso y en el tráfico de drogas.

A otra criminalidad, tenida como oculta, infinitamente peor de lo que la aparente, no dice respeto a la ausencia del Estado Social: la criminalidad organizada, cuyos mentores intelectuales hacen parte de las capas sociales más elevadas, que ocupan los noticieros de los diarios en la calidad de miembros respetables y admirados de nuestra sociedad, que por un error de cálculo, vez por otra, caen sus máscaras en público, y todos toman conocimiento de su verdadero (malo) carácter.

Existe una diferencia gritante entre la criminalidad aparente, practicada por las capas sociales más bajas, y aquélla otra, oculta, cometida por los intocables de las capas superiores. La primera, como regla, solamente existe en razón de la imposibilidad del Estado en administrar la cosa pública. La incapacidad del Estado de hacer apocar el abismo económico existente entre las clases sociales permite el surgimiento de un espíritu de sedición que, con su propia fuerza, intenta, a todo coste, apocar las desigualdades. El problema de ese tipo de criminalidad es de naturaleza eminentemente social, al contrario de la otra, peor, cuya raíz se encuentra en la índole, en el carácter de aquél que comete la infracción penal.

Ivan Luiz Da Silva, en minucioso estudio sobre el crimen organizado, declaró:

“Para comprender mejor el fenómeno social de la criminalidad, es necesario que hagamos un análisis de la estructura social, en la cual estamos insertos, y de las interrelaciones entre sus participantes; solo así, por tanto, podremos comprender en que cursillo social nos encontramos y como esa realidad interfiere en la criminalidad y vice-versa”. (172)

Comparativamente, un homicidio practicado por alguien que se encuentra desempleado, transformado en un indigente, que solamente es encontrado borracho, en una escala valorativa, significa mucho menos de lo que un delito de corrupción practicado por un cagatinta, que ocupa el cargo de presidente de una comisión de licitación destinada a la adquisición de medicinas para la distribución en farmacias populares. El comportamiento del empleado corrupto, generalmente intocable, es infinitamente superior en tenemos de gravedad al del homicida, visto que aquél puede ser comparado a un genocida, pues que, con su perjuicio al erario, causa la muerte de millares, y no de una solo persona.

Pero como la corrupción no sangra, la sociedad tolera más el corrupto del que el homicida. El cuerpo de la víctima, ensangrentada, caída al suelo, choca mucho más de lo que cifras colocadas en un pedazo de papel, que apuntan lo cuanto el Estado fue lesionado.

La hora es de cambio. Garrido, Stangeland y Redondo, haciendo una proyección en el sentido de estudiar la delincuencia y la sociedad del siglo XXI, profesan:

“El incremento de la delincuencia es solamente un síntoma más de las deficiencias en la organización de la sociedad humana. El crecimiento económico y los logros técnicos no han eliminado la delincuencia, sino que la han fomentado. Una sociedad dominada por el egoísmo desenfrenado, por la lucha por triunfar, aunque para ello haya que pisar a los demás, tiene mucha delincuencia. El egoísmo y agresividad dominantes en esta sociedad toma la forma de corrupción, delitos contra el medio ambiente, pero también delitos contra cualquier vecino: robos, hurtos, atracos y agresiones sexuales.

[...].

¿Cómo podemos conseguir el cumplimiento básico de las normas de convivencia, sin caer en un sistema opresivo y policial? Nuestra visión para el siglo que viene es un modelo ecológico, con un crecimiento sostenible, basado en un equilibrio entre los seres humanos y los recursos naturales existentes, y también en un equilibrio cívico entre grupos sociales. Del mismo modo si deberá buscar un equilibrio en la política criminal, la libertad individual y los intereses de La comunidad. Equilibrar estos extremos es una cuestión política, y el papel de los criminólogos no es defender sus convicciones ideológicas personales, sino aportar información fiable sobre las consecuencias de las diversa estrategias de control”. (173)

Concluyendo, entendemos ser posible reducir, y no eliminar, la criminalidad tenida como aparente desde el momento en el que el Estado asumir su función social, disminuyendo el abismo económico existente entre las clases sociales. En lo que dice respecto a la criminalidad no aparente, practicada, como regla, por las capas sociales más altas, la cuestión en juego es de carácter moral, no teniendo el Estado condiciones para imponer tales atributos a las personas que no piensan en su próximo, no se preocupan por las escenas veiculadas por medios de comunicación de masa, que anuncian niños muriendo de hambre, de edad padeciendo en colas de hospitales en busca de servicio; en fin, ciudadanos destituidos de dignidad porque el Estado retiró aquello que les quedaba...

El establecimiento del Estado Social y el necesario proceso de disminución de las figuras típicas, nos termos propuestos por el Derecho Penal del Equilibrio, harán con que disminuyam los índices de la criminalidad violenta, aparente, bien como permitirán al Estado ocuparse de aquella considerada a más nefasta de todas, casi siempre oculta, pero organizada.

## CAPÍTULO 8

### LA IDEA DE LA RESOCIALIZACIÓN

Mucho se ha discutido últimamente a respecto de las funciones que deben ser atribuidas a las penas.

De acuerdo con las lecciones de Ferrajoli,

“son teorías absolutas todas aquéllas adoctrinas que conciben la pena como un fin en sí propia, o sea, como ‘castigo’, ‘reacción’, ‘reparación’ o, aún, ‘retribución’ del crimen, justificada por su intrínseco valor axiológico, vale decir, no un medio, y tampoco un costo, pero, sí, un deber ser metajurídico que posee en sí su propio fundamento. Son, al contrario, ‘relativas’ todo el adoctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena mientras un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos”. (174)

Las teorías absolutas, con los ojos devotados para la pasado, o sea, simplemente para la infracción penal practicada por el agente, abogan la tesis de la retribución, siendo que las teorías relativas, con los ojos devotados para el porvenir, buscando evitar que otras infracciones penales sean cometidas, pregonan la prevención.

En la reprobación, según preconiza la teoría absoluta, reside el carácter retributivo de la pena. En ese sentido es la lección de Roxin:

“La teoría de a retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante La imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría ‘absoluta’ porque para ella el fin de la pena es Independiente,

‘desvinculado’ de su efecto social (lat. *Absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: La pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que leo compense”. (175)

La sociedad en general se satisface y, en verdad, busca tan sólo hacer con que la pena tenga esa finalidad, pues que tiende a hacer con ella una especie de “pago” o compensación al condenado que practicó la infracción penal, desde que, obviamente, la pena sea privativa de libertad. Si al condenado es aplicada una pena restrictiva de derechos o mismo a de multa, la sensación, para la sociedad, es de impunidad, pues que el hombre, lamentablemente, aún se regocija con el sufrimiento causado por el aprisionamiento del infractor.

La razón de la adopción de una tesis minimalista, equilibrada, del Derecho Penal, arrumbaría todas las hipótesis de encarcelación que no fuesen extremadamente necesarias para el mantenimiento de la sociedad.

Sarrule, con precisión, criticando el pensamiento retribucionista atribuido a la pena, aduce:

“El fin de la pena no es atormentar al reo para anular el mal que el delito implica, porque en realidad no lo anula, sino que genera una nueva espiral de violencia que no puede, por sus características, retornar las cosas al estado anterior.

La venganza implica una pasión, y las leyes, para salvar la racionalidad del derecho, deben estar exentas de pasiones”. (176)

Cual si puede percibir, los miradas de los adeptos de la teoría absoluta, que predicán la retribución del mal cometido por el agente, al practicar la infracción penal, con el mal correspondiente a la pena, son dirigidos a la pasado, al paso que los seguidores de la teoría relativa tienen su foco vuelto para el porvenir, vale decir, con la prevención de nuevas infracciones penales, siendo esta última, por eso, considerada como una teoría utilitarista, que discurre a respeto de la utilidad de la aplicación de la pena.

La teoría relativa, por tanto, bajo el enfoque utilitarista, se fundamenta en el criterio de la prevención, que se divide en:

- a) prevención general – negativa y positiva;
- b) prevención especial – negativa y positiva.

La prevención general puede ser analizada bajo dos enfoques. Por medio de la prevención general negativa, conocida también por prevención por intimidación, la pena aplicada al autor de la infracción penal tiende a reflexionar con la sociedad, evitándose, así, que las demás personas, que se encuentran con los ojos vueltos a la condena de uno de sus pares, reflejen antes de practicar cualquier infracción penal.

Según Hassemer, con la prevención por intimidación,

“existe la esperanza de que los conciudadanos con inclinaciones para la práctica de crímenes puedan ser persuadidos, a través de la respuesta sancionadora a la violación del Derecho ajeno, previamente anunciada, a comportarse en conformidad con el Derecho; esperanza, en fin, de que el Derecho Penal ofrezca su contribución para el perfeccionamiento de la sociedad”. (177)

Por medio de esa vertiente de la prevención general, tenida como negativa, la sociedad es advertida a respeto del Derecho Penal tanto mediante amenaza de la pena, en abstracto, contenida en la ley, como también en la oportunidad en la que esa misma ley es aplicada, generando la condena de uno de sus pares. En esta última hipótesis, el agente, en verdad, sirve de ejemplo<sup>178</sup> a los demás, haciendo con que su condena refleje en su medio social, llevando a la comprensión de todos aquéllos que lo cercan, o que, por lo menos, tuvieron conocimiento de su condena, las consecuencias por la práctica de determinada infracción penal.

En ese sentido, Paulo César Busato y Sandro Montes Huapaya:

“[...] la intimidación o coacción psicológica (efecto disuasorio) pretende actuar en dos momentos: en una primera etapa, antes de la comisión del delito, con a ‘conminación penal’ dirigida a la generalidad de las personas, provocando una sensación de desagrado e impidiendo la comisión del delito; y, en un segundo momento, posterior al hecho

delictivo, mediante la ‘ejecución exemplarizada de la pena’ y su influencia psicológica en otros, ya que del contrario se vaciaría a amenaza inicial”. (179)

Según Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar,

“la lógica de la disuasión intimidadora propone la clara utilización de una persona como recurso o instrumento empleado por el Estado para sus propios fines: la persona humana desaparece, reducida a un medio a servicio de los fines estatales”. (180)

Paulo de Souza Queiroz, disertando sobre la segunda vertiente de la prevención general, considerada como positiva, afirma:

“Para los defensores de la prevención integradora o positiva, la pena se presta no a la prevención negativa de delitos, demoviendo aquéllos que ya hayan incurrido en la práctica de delito; su propósito va además: infundir, en la conciencia general, la necesidad de respeto a determinados valores, ejercitando la fidelidad al derecho; promoviendo, en último análisis, la integración social”. (181)

Por otro lado, con enfoque distinto del anterior, o sea, el de la prevención general, existe la finalidad preventiva especial de la pena, que puede también ser concebida en sus dos sentidos: positiva y negativa. Por intermedio de la prevención especial negativa, buscase llevar a efecto la neutralización de aquél que practicó la infracción penal, neutralización que ocurre con su segregación en la cárcel, retirando el agente momentáneamente del convívio social, impidiéndolo de practicar nuevas infracciones penales, por lo menos en la sociedad de la cual fue retirado. La neutralización del agente, cual si percibe, solamente ocurre cuando a él sea aplicada pena privativa de libertad.

De acuerdo con el raciocinio de la prevención especial positiva, según Roxin, “La misión de la pena consiste unicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos”. (182)

Segundo las lecciones de Cezar Roberto Bitencourt, “la prevención especial no busca la intimidación del grupo social ni la retribución del hecho practicado, visando apenas aquél individuo que ya delinquiró para hacer con que no vuelva a transgredir las normas

jurídico-penales”.183

Para que la pena pueda realizar sus funciones, Foucault preconiza la adopción de siete principios fundamentales:

1. Principio de la corrección (la detención penal debe tener por función esencial la transformación del comportamiento del individuo).
2. Principio de la clasificación (los presos deben ser separados o, por lo menos, impartidos de acuerdo con la gravedad penal de su acto, pero principalmente según su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se pretende utilizar en las fases de su transformación).
3. Principio de la modulación de las penas (las penas, cuyo desenrollar debe poder ser modificado según la individualidad de los presos, los resultados logrados, los progresos o las recaídas).
4. Principio del trabajo como deber y como derecho (el trabajo debe ser una de las piezas esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los presos).
5. Principio de la educación penitenciaria (la educación del preso es, por parte del Poder Público, al mismo tiempo una precaución indispensable en el interés de la sociedad y un deber para con el preso).
6. Principio del control técnico de la detención (el régimen de prisión debe ser, por lo menos en parte, controlado y asumido por personal especializado que posea las capacidades morales y técnicas de celar por la buena formación de los individuos).
7. Principio de las instituciones anexas (la encarcelación debe ser acompañado de medidas de control y desde asistencia hasta la readaptación definitiva del antiguo preso).184

A esos principios yo osaría añadir aún más un que, con certeza, como yo lo veo, es lo más importante de todos, cual sea: el principio de la cristiandad. Deberá el condenado, por lo menos, tener el derecho de conocer la Palabra de Dios. Tal conocimiento lo llevará a si adaptar, con más facilidad, a las reglas de la cárcel, tornándolo apto a

cumplir las determinaciones que son impuestas.

Aquéllos que trabajan con la Justicia Criminal pueden prestar testimonio la diferencia entre un preso convertido, o sea, que tuvo un encuentro verdadero con Jesús, y aquél que no tomó esa decisión de vida.

Raramente los presos convertidos causan algún problema durante la ejecución de su pena. No se rebelan, atienden a todas las autoridades, optimizan su tiempo con trabajo, ocio y, principalmente, con el conocimiento diario de las Sagradas Escrituras.

Santiago Mir Puig aduce que la lucha entre las teorías arriba mencionadas, que tuvo lugar en Alemania, en principios del siglo XX, acabó tomando una dirección ecléctica, iniciada por Merkel. Tal como la posición asumida por nuestra legislación penal, Santiago Mir Puig entiende que “la retribución, la prevención general y la especial sano distintos aspectos de un fenómeno complejo de la pena”. (185)

### **8.1. LA RESOCIALIZACIÓN BAJO EL ENFOQUE DEL DERECHO PENAL DEL EQUILIBRIO**

Nos parece que la sociedad no concuerda, por lo menos a la primera vista, con la resocialización del condenado. El estigma de la condena, lo impide de regresar al normal convívio en sociedad.

Cuando surgen los movimientos de reinserción social, cuando algunas personas se movilizan en el sentido de conseguir empleo para los condenados, la sociedad trabajadora se rebela, bajo el siguiente argumento: “Si ‘nosotros’, que nunca fuimos condenados por practicar cualquier infracción penal, ¿sufrimos con el desempleo, por qué justamente aquél que no observó las reglas sociales de mayor gravedad deberá merecer atención especial? Bajo ese enfoque, es lo argumento, ¿sería mejor practicar infracción penal, pues que al término de la pena ya tendríamos lugar cierto para trabajar!”

Y las discusiones no paran por ahí. ¿Cómo el Estado quiere llevar a efecto el programa de resocialización del condenado si no cumple las funciones sociales que le

son atribuidas por la Constitución Federal? De que adelanta enseñar un oficio al condenado durante el cumplimiento de su pena si, al ser colocado en libertad, no conseguirá empleo y, lo que es peor, muchas veces volverá al mismo ambiente que le propició la entrada en la “vida del crimen”? El Estado no educa, no suministra habitación para la población carente y miserable, no se preocupa por la salud de su población; en fin, es negligente en todos los aspectos fundamentales para que se preserve la dignidad de la persona humana.

La idea minimalista aliviaría el problema de la resocialización. Sabemos que cuanto mayor el número de condenas que acarreen al efectivo cumplimiento de la pena de privación de libertad, mayores serán los problemas posteriores.

Raúl Cervini aclara:

“La prisión, como sanción penal de imposición generalizada no es una institución antigua y que las razones históricas para mantener una persona reclusa fueron, a principio, el deseo de que mediante la privación de la libertad retribuiese a la sociedad el mal causado por su conducta inadecuada; más tarde, obligarla a frenar sus empujes antisociales y más recientemente el propósito teórico de rehabilitarla. Actualmente, ningún especialista entiende qué las instituciones de custodia estén desarrollando las actividades de rehabilitación y corrección que la sociedad les atribuye. El fenómeno de la prisonización o aculturación del preso, la potencialidad criminalizante del medio carcelario que condiciona futuras carreras criminales (fenómeno de contagio), los efectos de la estigmatización, la transferencia de la pena y otras características propias de toda institución total inhiben cualquier posibilidad de tratamiento eficaz y las propias cifras de reincidencia son por sí solo elocuentes. Además, la carencia de medios, instalaciones y personal capacitado agravan ese terrible panorama”. (186)

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia y Slokar apuntan, aún:

“Los riesgos de homicidio y suicidio en prisiones son más de diez veces superiores a los de la vida en libertad, en medio a una violenta realidad de motines, abusos sexuales, corrupción, carencias médicas, alimentar e higiénicas, allende contaminaciones debido a que infecciones, algunas mortales, en casi 80% de los presos provisorios. Así, a prisonización es hecha más allá de la sentencia, en la forma de pena corporal y

eventualmente de muerte, lo que lleva a la paradoja de la imposibilidad estructural de la teoría. Cuando una institución no cumple su función, por regla no debe ser criada. En la realidad paradójica del moderado latinoamericano, las penas no deberían ser impuestas si se mantuviese, Coherentemente, la tesis preventivista especial positiva. La circunstancia de que siquiera sea mencionada tal posibilidad prueba que prevención especial no pasa de un elemento del discurso”. (187)

Si no bastase, cuando se discute a respeto de la función resocializadora de la pena, además de las críticas anteriores, que, en verdad, apuntan para dirección completamente opuesta cuando el preso es obligado a convivir en el ambiente depresivo, humillante y degradante de la cárcel, un de los mayores desafíos consiste, justamente, en definir lo que se quiere decir con resocialización.

Winfried Hassemer, maestro de la Universidad de Frankfurt, arguyó:

“Qué realmente se quiere alcanzar con el fin apuntado: una vida exterior conforme al Derecho, o solo conforme el Derecho Penal (?), ¿una ‘conversión’ también interna, una ‘cura’, un consentimiento (?) con las normas sociales/jurídicas/penales (?) de nuestra sociedad? La respuesta aún está pendiente. Sin una determinación clara y vinculante, ningún programa de recuperación, a rigor, si justifica”. (189)

Ferrajoli aún complementa, diciendo:

“En la medida en la que sea realizable, la finalidad de la corrección coactiva de la persona constituye, por tanto, una finalidad moralmente inaceptable como justificación exterioriza de la pena, allende violar el primer derecho de todo y cualquier hombre, que es la libertad de ser él propio y de permanecer como es”.(190)

En verdad, no se puede generalizar el término resocialización, razón por la cual el proceso de individualización de la pena existe. Aquel condenado que nunca aprendió un oficio externamente, mientras gozaba de su libertad, quizá despierte interés en aprenderlo en el sistema penitenciario. Si no tenía instrucción básica, no sabía leer o escribir, o mismo si, teniendo algún conocimiento, eso era insuficiente para colocarlo en el mercado de trabajo, quizá el sistema pueda ayudarlo de alguna forma.

Sin embargo, hay otros presos con nivel superior, formación académica, intelectual y profesional envidiables. ¿Lo qué hacer con ellos? ¿Enseñarles el oficio de la ebanistería? O, quién sepa, ¿la informática? Es claro que si intentemos forzarles ese tipo de trabajo manual estaríamos incurriendo en situación ridícula.

Cada preso tiene su particularidad, su individualidad, no pudiendo ser confundido con los demás. Para algunos, a resocialización, entendida en el sentido de educación y habilitación para la práctica de un oficio, sería un paso importante visando al futuro egreso. Su especialización en determinada área de trabajo haría con que su mano de obra si volviese competitiva, mismo siendo vista con reservas, considerando que él trae consigo las marcas de la cárcel, o sea, el efecto estigmatizante que difícilmente será olvidado, hasta que efectivamente demuestre su valor.

¿Por otro lado, lo qué hacer con aquellos condenados altamente “sociables” que practicaron infracciones penales que envolvían una capacidad de inteligencia elevada? Para éstos, la pena no alcanzaría su efecto resocializador, pues, en verdad, fueron ellos retirados del seno de la sociedad para a cual estaban plenamente habilitados. Para ese tipo de condenado, la cuita no alcanzaría ese efecto resocializador, pero tan sólo aquél de naturaleza segregadora.

En fin, los problemas parecen impagables. Sin embargo, pueden ser minimizados, evitándose condenas innecesarias, por hechos de poca importancia, que tienen la finalidad de tan sólo aumentar las angustias sociales.

Por eso, otra alternativa no nos queda sino la adopción de un Derecho Penal del Equilibrio, haciendo con que sea disminuido el número de condenas, cuyos reflejos, consecuentemente, también disminuirán después el efectivo cumplimiento de la pena.

## **CAPÍTULO 9**

### **CONCLUSIÓN**

Por todo lo que fue expuesto, se percibe que los discursos extremados, vale decir, el del abolicionismo penal, que busca la eliminación completa del Derecho Penal, bien como el movimiento de ley y orden, que pliegue la aplicación de un Derecho Penal Máximo, parten de presupuestos equivocados y completamente antagónicos entre sí.

Los abolicionistas, con fundamento en el principio de la dignidad de la persona humana, creen firmemente en la idea del completo alejamiento del Derecho Penal, una vez que entienden, mediante innumerables argumentos – crueldad, selectividad, cifra negra, etc. –, que los otros Ramos del orden jurídico, a ejemplo del civil, del administrativo, del tributario, consiguen, perfectamente, resolver todos nuestros conflictos interindividuales, sin la necesidad de la intervención drástica del Derecho Penal, juntamente con todo el sistema que le es inherente.

Los adeptos del Derecho Penal Máximo se equivocan, también, en razón de falsedad de sus discursos, una vez que, apuntando como su finalidad la protección de cualquiera bien jurídico, tenga o no valor relevante, utilizan la herramienta del Derecho Penal con el fin de ocupar el papel de educadores, buscando resolver todos los problemas sociales, por menores que sean, con el terror de la pena, haciendo con que el Derecho Penal sea reconocidamente simbólico.

La transformación del Estado Social en un Estado Penal dio origen al discurso equivocado del Derecho Penal Máximo.

Mientras, ocupando una posición intermedia, se encuentra el Derecho Penal del Equilibrio, que busca resolver los conflictos sociales con seriedad, buscando solamente proteger los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Preserva, por tanto, el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, una vez que solamente interviene en el derecho de libertad de sus ciudadanos en los casos estrictamente necesarios, pues que sin esa intervención ocurriría el caos social.

Para tanto, para se reconocer el Derecho Penal del Equilibrio, sus principios fundamentales deben ser obedecidos tanto en el momento de la creación de la ley cuanto en el de su efectiva aplicación. Algunos principios de observancia obligatoria, a ejemplo de la intervención mínima, lesividad y adecuación social, individualización de la pena, proporcionalidad, deberán merecer la atención del legislador en el momento de la creación de la figura típica. Otros, como los principios de insignificancia y de la culpabilidad, tendrán su aplicación dirigida más al caso concreto traído al conocimiento del Poder Judicial.

En el enfoque minimalista, la llamada principiología del Derecho Penal ejerce papel fundamental, siendo básicamente todos los principios originarios de aquel principio mayor, que es el de la dignidad de la persona humana, fruto de conquista del Siglo de las Luces.

Aunque el Derecho Penal del Equilibrio sea, según entendemos, la mejor y más razonable posición a ser asumida en un Estado Democrático de Derecho, sabemos también que la utilización del Derecho Penal no deberá ser realizada en sustitución al Estado Social. Mismo bajo un enfoque minimalista, el Derecho Penal no puede tener la pretensión de intentar resolver todos los problemas, hasta los más graves, que afligen la sociedad.

También es verdad que, mismo el Estado si esforzando al máximo para cumplir sus funciones sociales, aún así tendríamos el cometimiento de infracciones penales, pues que, si volvemos a la historia de la humanidad, despues el pecado original, la primera infracción penal de naturaleza grave cometida no tenía cualquier ligazón como necesidades básicas del ciudadano.

Cuando Caim mató Abel, el homicidio fue practicado por pura envidia, egoísmo; en

fin, sentimientos que dicen respeto al ser humano, tenga él o no condiciones sociales dignas.

La finalidad, por tanto, de un Derecho Penal del Equilibrio es evitar la aplicación innecesaria y cruel de lo más fuerte de todo el Ramos del orden jurídico, con todas sus secuelas, que por todos sano conocidas, a ejemplo de la estigmatización del egreso, de las dificultades de su reinserción al convívio en sociedad, de su marginación, pues que la prisión, al revés de resocializar, corrompe el condenado.

Así, la idea de discurrir sobre tema, tuvo por finalidad hacer con que las autoridades despierten para la realidad del Derecho Penal, mostrando ser él, efectivamente, selectivo, pues que recae tan sólo sobre la parcela más excluida de la sociedad, con raras excepciones que existen solamente para justificar la regla.

Una toma de posición equilibrada hará con que sean abolidas todas las contravenciones (en Brasil) el las faltas (en España), que, por definición, tocan la protección de bienes no tan importantes como aquéllos protegidos por los delitos. No solamente las contravenciones penales, pero todas las infracciones penales que no atender a los principios fundamentales del Derecho Penal del Equilibrio deben ser eliminadas, para que se pueda llegar a la pureza del sistema, a fin de que la Justicia, aquí comprendida en el sentido amplio, con todas sus implicaciones, pueda realmente si comprometer con aquello que sea importante para la sociedad, arrumbando todo cuanto no goce del estatus exigido por el Derecho Penal.

Nuestros legisladores son verdaderos coleccionadores de tipos penales. Conforme un proceso nefasto de inflación legislativa, a cada día nuevas infracciones penales son criadas, prohibiendo o imponiendo nuevos comportamientos bajo a amenaza de sanción penal. Sin embargo, aunque la toda hora vengan a la luz nuevas infracciones penales, aquellas antiguas, que no retractan más la realidad de la sociedad, cuya existencia también no más se justifica, aún permanecen en el catálogo represivo, estando a puestos toda vez que alguien, por infelicidad, recordarse de su existencia para, en una situación u otra, valerse de la amenaza de la pena con el fin de justificar actos de arbitrariedad.

Ya vivimos suficientemente el problema de la inflación legislativa. La hora es de cambio, de coraje para la adopción de un sistema diferente, garantista, que busque

preocuparse por el principio de la dignidad de la persona humana, que consiga visualizar en otros Ramos del orden jurídico fuerza suficiente para la resolución de los conflictos sociales de poca importancia.

Concluyendo, ya es hora – en verdad, ya pasó de la hora – de ser adoptado un Derecho Penal del Equilibrio, por medio de lo cual el Estado perderá sus poderes de coerción en beneficio del derecho de libertad de sus ciudadanos.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade a culpabilidade*. Revista do IBCCRIM, São Paulo, V. 24, 2003.

ARÚS, Francisco Bueno. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Civitas, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Barros, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte general*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Batista Júnior, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

Batista, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, V. I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falencia da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoría do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus criterios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN Editora, 2002, V. II.

CERVINI, Raúl. *Os procesos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.

CHAMPLIN, Russel Norman; BENTES, João Marques. *Enciclopédia de biblia, teología y filosofía*. São Paulo: Candeia, 1997.

CIOTOLA, Marcello. *Principios gerais de direito e principios constitucionais – Os principios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COBO Del ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – Parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Córdoba RUEDA, Juan. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Boschi, 1977.

CORNEJO, Abel. Teoría de La bagatela. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

CREUS, Carlos. Esquema de derecho penal – Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1993.

CURY URZÚA, Henrique. Derecho penal – Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, T. I.

DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995.

DAMÁSIO, Celuy Roberta Hundzinski. *Luta contra a excisão*. Revista Espaço Académico, Año I, N. 03. in [www.espacoacademico.com.br](http://www.espacoacademico.com.br) .

DELGADO, Lucrecio Rebollo. Derechos fundamentales y protección de datos. Madrid: Dykinson, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

Diccionario de La lengua española. Madrid: Real Academia Española, 2001.

Dornelles, João Ricardo W. *Conflitos e segurança – Entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*. San Vicente Del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002.

Fernandes, Newton; Fernandes, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. São Paulo: RT, 2002.

FEERREIRA, Manuel Caballero de. *Lições de direito penal*. Lisboa: Verbo, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1975.

ALEGRE, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

GARÓFALO, Raphaele. *Criminología*. Lisboa: Clásica, 1916.

Gomes, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Principio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministerio Público, 1993.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant leo blanch, 2001.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

HUNGIRA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. I, T. I.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Principios de derecho penal – La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

KARAN, Maria Lúcia. *Utopía transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. V. 4.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Teoría e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.

Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. *Principio da insignificancia no direito penal*. São Paulo: RT, 1997.

LUISI, Luiz. *Os principios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARCHI Júnior, Antônio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponible en: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br).

MARTINEZ, Olga Sánchez. *Los principios en el derecho y La dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? – Conversações*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, V. 4.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado, 1935.

Mir PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Reppertor, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4. ed. Valencia: Tirant leu blanc, 2003.

NETO, Otávio Cruz; Moreira, Marcelo Desgarra; SUCENA, Luiz Fernando Mazzei. *Nem soldados, nem inocentes*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por una teoría dos principios – O principio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PABLOS DE MOLINA; Antonio García; Gomes, Luiz Flávio. *Criminología*. São Paulo: RT, 2000.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PANDOLFI, Dulce Llaves. *Cidadania, justicia e violencia – Percepção dos direitos e participação social*. Rio de Janeiro: Fundación Getúlio Vargas, 1999.

PARMA, Carlos. *Culpabilidad*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 1996;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do carácter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REVISTA HISTORIA Y VIDA. Barcelona: Mundo Revistas, N. 436, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SARRULE, Oscar Emílio. *Las crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo el justificación)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998;

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergencia e alternativas a prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ivan Luiz de la. *Crime organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos*. Belo Horizonte: Ciencia Jurídica, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

TAVARES, Juarez. *Crêterios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciencias Criminais, número especial de lanzamiento, São Paulo, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miseria*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

YACOBUCCI, Guilherme J. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires:

Depalma, 1998.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. V. III.

## NOTAS

- 1 [Apud MARCHI](#) Júnior, Antônio de [Padova](#). Abolicionismo criminal. [Disponible](#) en: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br).
- 2 Disertando sobre [la](#) cifra negra, aclaran Juan J. Bustos [Ramírez](#) y [Hernán Hormazábal Malarée](#), in [Nuevo](#) Sistema de [derecho](#) penal, P. 37: “La estadística criminal se confecciona desde los [datos](#) registrados por los órganos del control social penal. Eso quiere decir que hay [un grande](#) número de hecho punibles que por no han sido registrados no [forman parte](#) de la estadística criminal. Estos hechos constituyen la cifra negra de la criminalidad. Con efecto, ni todo delito es denunciado. Ni todos los delitos denunciados son registrados como tales por el órgano ante lo cual fue hecha la denuncia. Ni todos los delitos denunciados y registrados por el órgano que recibió la denuncia son [objeto](#) de [averiguación](#) y ni todos los investigados acaban siendo condenados. Asimismo, de acuerdo con el nivel del órgano desde lo cual se elaboró la estadística, más alta será la cifra negra. [Dicho](#) en otras palabras, no es el mismo elaborara estadísticas criminales desde las sentencias condenatorias que de los hechos hechos denunciados a la policía. Entre la comisión del delito y [la](#) sentencia condenatoria [actúan](#) una serie de [filtradores](#) que no permiten contar con [dados](#) estadísticos [confiabais](#)”.
- 3 Batista, Nilo; [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [ALAGIA](#), [Alejandro](#); [SLOKAR](#), [Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 648.
- 4 [HULSMAN](#), [Louk](#); DE [CELIS](#), [Jacqueline Bernat](#). [Cuitas](#) perdidas – El sistema penal en cuestión, p. 63.
- 5 [HASSEMER](#), [Winfried](#); [MUÑOZ](#) CONDE, Francisco. [Introducción la](#) La criminología, P. 148.
- 6 [MATHIESEN](#), [Thomas](#). ¿A camino del siglo XXI – abolición, un sueño imposible? – Conversaciones abolicionistas, P. 277.
- 7 [MARCHI](#) Júnior, Antônio de [Padova](#). Abolicionismo criminal. [Disponible](#) en: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br).
- 8 [SICA](#), Leonardo. Derecho penal de emergencia y alternativas a la prisión, P. 77.
- 9 [JIMÉNEZ](#), Emiliano [Borja](#). Curso de política criminal, P. 91.
- 10 Dornelles, João Ricardo W. [Conflictos](#) y seguridad – Entre palomos y halcones, P. 54.
- 11 [WACQUANT](#), [Loïc](#). Las prisiones de la [miseria](#), P. 26.
- 12 [YOUNG](#), [Jock](#). [La](#) sociedad excluyente, P. 199-200.
- 13 [HASSEMER](#), [Winfried](#); [MUÑOZ](#) CONDE, Francisco. [Introducción la](#) La criminología, P. 235.
- 14 Batista, Nilo; [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [ALAGIA](#), [Alejandro](#); [SLOKAR](#), [Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 631.
- 15 Amaral, Claudio del Prado. Principios penales – De la legalidad a la culpabilidad, P. 155-156.
- 16 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuitas](#), P. 87.
- 17 [DARHENDORF](#), [Ralf](#). [La](#) ley y [el](#) orden, p.109.
- 18 Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. Criminología – El hombre delincuente y [la](#) sociedad [criminógena](#), P. 411.
- 19 [LUIZI](#), Luiz. Los principios constitucionales [penales](#), P. 28-29.
- 20 [JAKOBS](#), [Günther](#); [CANCIO MELIÁ](#), Manuel. [Derecho](#) penal Del [enemigo](#), P. 42.

- 21 [JAKOBS, Günther](#); [CANCIO MELIÁ](#), Manuel. [Derecho](#) penal Del [enemigo](#). P. 40.
- 22 [JAKOBS, Günther](#); [CANCIO MELIÁ](#), Manuel. [Derecho](#) penal Del [enemigo](#). P. 40-41.
- 23 [JAKOBS, Günther](#); [CANCIO MELIÁ](#), Manuel. [Derecho](#) penal Del [enemigo](#). P. 47.
- 24 [JAKOBS, Günther](#); [CANCIO MELIÁ](#), Manuel. [Derecho](#) penal Del [enemigo](#). P. 79-81.
- 25 Silva [SÁNCHEZ, Jesús](#)-Maria. La [expansión](#) Del [derecho](#) penal, P. 159
- 26 Silva [SÁNCHEZ, Jesús](#)-Maria. La [expansión](#) Del [derecho](#) penal, P. 163.
- 27 [MELIÁ](#), Manuel [Cancio](#); [JAKOBS, Günther](#). [Derecho](#) penal Del [enemigo](#), P. 100-101.
- 28 Firmado el 28 de junio de 1919, tuvo las siguientes consecuencias: “Las regiones de la [Alsacia](#) y [Lorena](#) se reintegran a Francia. [Eupen](#) y [Malmédy](#) pasan a Bélgica. [Schleswig](#) del Norte se integra, después de un plebiscito, a Dinamarca, y la Alta [Silésia](#), asimismo, a Polonia. [Posnanía](#) y una [parte](#) de la [Prússia](#) pasan a la reconstituida Polonia. [Prússia](#) oriental queda [despegada](#) de Alemania por el pasillo [polaco](#) que da salida al Báltico. Las ciudades de [Dantzig](#) y [Memel](#) se convierten en libres ([Memel](#) sería [anexada](#) por la Lituania en 1923). El [Sarre](#) queda transferido a la Sociedad de las Naciones por el espacio de 15 años. En el total, Alemania ve [apocar su](#) territorio el 88.000 km<sup>2</sup> y pierde 8.000.000 de habitantes. [Su](#) ejército se [pone](#) reducido a 100.000 hombres, sin aviación, ni [estanques](#) ni submarinos. No puede mantener tropas en la [Renania](#) y se suprime el servicio militar. Pierde la autonomía [aduaneira](#). [Debe](#) asumir a culpa de la guerra e indemnizar los aliados con 24 millones de libras esterlinas, así como ceder todas [sus](#) colonias.” ([Reviste](#) Historia y Vida, N. 436.)
- 29 [MUÑOZ CONDE](#), Francisco. [Edmund Mezger](#) y [el derecho](#) penal de [su tiempo](#), P. 64-65.
- 30 [YACOBUCCI](#), Guillermo J. [El](#) sentido de los [principios](#) penales, P. 210.
- 31 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuitas](#), P. 139.
- 32 [QUEIROZ](#), Paulo de Souza. Del carácter subsidiario del derecho penal, P. 31-32.
- 33 [ALEGRE](#), Vicente; [STANGELAND, Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 49.
- 34 Ley ordinaria Brasileña en el 9.605, de 12 de febrero de 1998, [art. 32](#): Practicar [acto](#) de abuso, maltratos, herir o mutilar animales silvestres, [criados](#) o domesticados, [nativos](#) o exóticos. [Cuita](#) – detención, de 3 (tres) meses a 1 ([un](#)) año, y multa.
- 35 Código Penal Brasileño, [art. 128](#), incisos I y II: No se pune el aborto practicado por médico: I – [si](#) no hay otro medio de salvar la vida de la [gestante](#); II – si [el embarazo](#) resulta de estupro y el aborto es precedido del consentimiento de la [gestante](#) o, cuando incapaz, de [su](#) representante legal. El [art. 417](#) del Código Penal [Español](#) declara expresamente en el [punible](#) La [práctica](#) Del aborto [en](#) los [supuestos](#) de: a) [grave peligro](#) para La vida el La [salud](#) física el psíquica de La [embarazada](#); b) delito de [violación](#); c) [presunción](#) de que [el engendro habrá](#) de [nacer](#) con [graves taras](#) físicas el psíquicas.
- 36 [GARRIDO](#), Vicente; [STANGELAND, Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 62.
- 37 [CALHAU, Lélío Braga](#). Víctima y derecho penal, P. 3.
- 38 [GARRIDO](#), Vicente, [STANGELAND, Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 73.
- 39 [GARRIDO](#), Vicente; [STANGELAND, Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 165.
- 40 Jorge de Figueiredo Dias y Manoel da Costa Andrade, [preleccionam](#) que “el término criminología fue utilizado por la primera vez, hay poco más de un siglo (1879), por el antropólogo francés [Topinard](#). Fue, por otro lado, en 1885 que él apareció como título [duma](#) obra científica: [la](#) Criminología de [Garófalo](#)” (Criminología – El hombre delincuente y [la](#) sociedad [criminógena](#), P. 5) .

- 41 [FOUCAULT](#), Michel. Vigiar y punir, P. 195.
- 42 [PABLOS DE MOLINA](#), Antonio García; Gomes, Luiz Flávio. Criminología, P. 160.
- 43 Sodré, [Moniz](#). Las tres [escuelas](#) penales, P. 71.
- 44 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuitas](#), P. 52.
- 45 [ALEGRE](#), Vicente; [STANGELAND](#), [Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 183.
- 46 [ALEGRE](#), Vicente; [STANGELAND](#), [Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 212-213.
- 47 Fernandes, Newton; Fernandes, [Valter](#). Criminología integrada, P. 81.
- 48 [GARÓFALO](#), [Raphaele](#). Criminología, P. 132-133.
- 49 [PABLOS DE MOLINA](#), Antonio García; Gomes, Luiz Flávio. Criminología, P. 319-320.
- 50 [HASSEMER](#), [Winfried](#); [MUÑOZ CONDE](#), Francisco. [Introducción la La criminología](#), P. 155-156.
- 51 [ESPÍNDOLA](#), Ruy Samuel. Concepto de principios constitucionales, P. 53.
- 52 Según aclara [Olga Sánchez](#) Martínez, [in](#) Los [principios enel derecho](#) y La dogmática penal, P. 46, “los principios generales del derecho permiten, siendo fiel [la](#) ley, construir [valorativamente su](#) aplicación. En el momento de la interpretación jurídica las norma son reconducidas a los principios buscando [su](#) conformidad con el conjunto de valores materiales reconocidos en el orden jurídico, sea texto constitucional o en la reglamentación concreta de las distintas instituciones jurídicas”.
- 53 [DANTAS](#), Ivo. Principios constitucionales e interpretación constitucional, P. 59.
- 54 [ESPÍNDOLA](#), Ruy Samuel. Concepto de principios constitucionales, P. 60.
- 55 [Apud PEIXINHO](#), Manoel [Messias](#). [La](#) interpretación de la constitución y los principios fundamentales, P. 105-106.
- 56 [Apud PEIXINHO](#), Manoel [Messias](#). [La](#) interpretación de la constitución y los principios fundamentales, P. 106.
- 57 Oliveira, Fábio [Corrêa](#) Souza de. Por una teoría de los principios. El principio constitucional de la [razoabilidade](#), P. 19.
- 58 [GUASTINI](#), Ricardo [apud ESPÍNDOLA](#), Ruy Samuel. Concepto de principios constitucionales, P. 61-62.
- 59 [BARCELLOS](#), Ana Paula de. [La](#) eficacia [juridicial](#) de los principios constitucionales, P. 47-51.
- 60 [CIOTOLA](#), Marcello. Principios generales de derecho y principios constitucionales – Los principios de la constitución de 1988, P. 46.
- 61 [BONAVIDES](#), Paulo. Curso de derecho constitucional, P. 232.
- 62 [BONAVIDES](#), Paulo. Curso de derecho constitucional, P. 234.
- 63 [BONAVIDES](#), Paulo. Curso de derecho constitucional, P. 237.
- 64 Según advierte [Celuy](#) Roberta [Hundzinski Damasio](#), [in](#) [Lucha](#) contra a [excisão](#), publicada en la Revista Espacio Académico, Año I, N. 03, “en el este africano ([Djibuti](#), Etiopía, [Somália](#), [Sudão](#), Egipto, Kenia), a [infibulação](#), también llamada de [excisão](#) faraónica, considerada la peor de todas, pues, despues [la ablación](#) del clítoris y de los pequeños labios, los grandes labios son [secionados](#), [aproximados](#) y suturados con espinas de acacia, siendo dejada una minúscula apertura necesaria al [chorreo](#) de la orina y de la [menstruación](#). Ese orificio es mantenido [abierto](#) por un

filete de madera, que es, en general, un [palillo](#) de [cerilla](#). Las piernas [deben](#) se [poner](#) amarradas durante varias semanas [hasta](#) la total cicatrización. Así, [la](#) vulva desaparece, siendo sustituida por una dura cicatriz. Por ocasión del casamiento [la](#) mujer será 'abierta' por el [esposo](#) o por una 'matrona' (mujeres más [diestras](#) designadas para eso). Más tarde, cuando se tiene el primer hijo, esa apertura es aumentada. Algunas [veces](#), después cada [alumbramiento](#), [la](#) mujer es nuevamente [infibulada](#)".

65 [SARLET, Ingo Wolfgang](#). Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales, P. 55-56.

66 [SARLET, Ingo Wolfgang](#). Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales, P. 60.

67 DELGADO, [Lucrecio Rebollo](#). [Derechos](#) fundamentales y [protección](#) de [datos](#), P. 18.

68 PRADO, Luiz [Regis](#). Bien jurídico-penal y constitución, P. 21.

69 [ROXIN, Claus](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 55.

70 PRADO, Luiz [Regis](#). Bien jurídico-penal y constitución, P. 35-36.

71 [JAKOBS, Günther](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 50.

72 BUSTOS [RAMÍREZ](#), Juan J; [HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán](#). [Llecciones](#) de [derecho](#) penal, V. 1, P. 59.

73 [ZAFFARONI, Eugenio Raúl](#). Tratado de [derecho](#) penal – [Parte](#) general, V. III, P. 240.

74 IZQUIERDO, [Esperanza Vaello](#). [Introducción](#) Al [derecho](#) penal, P. 42.

75 [FERRAJOLI, Luigi](#). Derecho y razón, P. 575.

76 Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. Criminología – El hombre delincuente y [la](#) sociedad [criminológica](#), P. 89.

77 Gomes, Luiz Flávio. Norma y bien jurídico en el derecho penal, P. 55.

78 Gomes, Luiz Flávio. Norma y bien jurídico en el derecho penal, P. 69.

79 [ARÚS](#), Francisco [Bueno](#), La [ciencia](#) Del [derecho](#) penal: un [modelo](#) de [inseguridad](#) jurídica, P. 130.

80 [PASCHOAL, Janaína Conceição](#). Constitución, [criminalização](#) y derecho penal mínimo, P. 59-60.

81 [BUSATO](#), Paulo César; [HUAPAYA](#), Sandro Montes. Introducción al franco penal – Fundamentos para un sistema penal democrático, P. 92.

82 [PASCHOAL, Janaína Conceição](#). Constitución, [criminalização](#) y derecho penal mínimo, P. 80.

83 [PASCHOAL, Janaína Conceição](#). Constitución, [criminalização](#) y derecho penal mínimo, P. 84.

84 [BIANCHINI](#), Alice. Presupuestos materiales mínimos de la tutela penal, P. 41.

85 [CURY URZÚA](#), Enrique. [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, T. I, P. 54-55.

86 [ROXIN, Claus](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, T. I, P. 65.

87 [CHAMPLIN, Russel](#) Norman; [BENTES](#), João Marques. Enciclopedia de biblia, teología y filosofía, P. 339.

88 [FERRAJOLI, Luigi](#). Derecho y razón, P. 385.

- 89 Batista, Nilo. Introducción crítica al derecho penal, P. 91.
- 90 Batista, Nilo. Introducción crítica al derecho penal, P. 92-94.
- 91 Gomes, Luiz Flávio. Principio de la [ofensividad](#) en el derecho penal, P. 35.
- 92 Gomes, Luiz Flávio. Principio de la [ofensividad](#) en el derecho penal, P. 13.
- 93 [SILVESTRONI](#), Mariano H. [Teoría](#) constitucional Del delito, P. 207.
- 94 [JIMÉZES](#), Emiliano [Borja](#). Curso de política criminal, P. 198.
- 95 [FERNÁNDEZ, Gonzalo](#) D. [Bien](#) jurídico y sistema Del delito, P. 169.
- 96 [WELZEL](#), Hans. [Derecho](#) penal [alemán](#), P. 66.
- 97 [TOLEDO](#), Francisco de Assis. Principios básicos de derecho penal, P. 131-132.
- 98 Santos, [Juarez Cirino](#) de los. La moderna teoría del hecho punible, P. 37-38.
- 99 [Apud](#) Maurício Antônio Ribeiro Lopes, [in](#) Principio de la [bagatela](#) en el derecho penal, P. 37.
- 100 Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. Principio de la [bagatela](#) en el derecho penal, P. 39.
- 101 [TOLEDO](#), Francisco de Assis. Principios básicos de derecho penal, P. 133.
- 102 [ZAFFARONI, Eugenio Raúl](#). Tratado de [derecho](#) penal – [Parte](#) general, V. III, P. 236.
- 103 [CORNEJO](#), Abel. [Teoría](#) de La [insignificancia](#), P. 65.
- 104 [CORNEJO](#), Abel. [Teoría](#) de La [insignificancia](#), P. 70.
- 105 [FERNÁNDEZ, Gonzalo](#) D. [Bien](#) jurídico y sistema Del delito, P. 164.
- 106 [FERRAJOLI, Luigi](#). Derecho y razón, P. 323.
- 107 [FERRAJOLI, Luigi](#). Derecho y razón, P. 324.
- 108 Batista, Nilo; [ZAFFARONI, Eugenio Raúl](#); [ALAGIA, Alejandro](#); [SLOKAR, Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 230-231.
- 109 En lo que dice respecto a los principios constitucionales implícitos, a ejemplo de lo que ocurre con el principio de la proporcionalidad, [Olga Sánchez](#) Martínez, [in](#) Los [principios en el derecho](#) y La dogmática penal, P. 84, asevera, con propiedad, que “la Constitución hace algunas [informes](#) concretas al derecho penal. En ella se encuentran explícitamente contenidos principios de aplicación en el ámbito penal. Pero esos principios [expreses](#), cuyo valor jurídico no parece [ofrecer](#) dudas, no son los únicos contemplados por la dogmática penal. También son derivados de preceptos constitucionales principios implícitos. [La](#) formulación [dieses](#) principios proviene de [su](#) contenido coherente con otras reglas y principios formal y expresamente vinculados [a fuentes](#)”.
- 110 IZQUIERDO, [Esperanza Vaello](#). [Introducción](#) Al [derecho](#) penal, P. 43.
- 111 [FERRAJOLI, Luigi](#). Derecho y razón, P. 320.
- 112 IZQUIERDO, [Esperanza Vaello](#). [Introducción](#) Al [derecho](#) penal, P. 43.
- 113 Córdoba RUEDA, Juan. [Culpabilidad](#) y [cuita](#). P. 42.
- 114 Córdoba RUEDA, Juan. [Culpabilidad](#) y [cuita](#), P. 54.

- 115 [FOUCAULT](#), Michel. Vigiar y punir, P. 221.
- 116 [Apud PARMA](#), Carlos. [Culpabilidad](#), P. 156.
- 117 [CARRARA](#), [Francesco](#). Programa del curso de derecho criminal, V. II, P. 98.
- 118 Tavares, [Juarez](#). Criterios de selección de crímenes y [cominação](#) de [cuitas](#). [Reviste](#) Brasileña de Ciencias Criminales, P. 84.
- 119 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuitas](#), P. 139.
- 120 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 332.
- 121 [LUIZI](#), Luiz. Los principios constitucionales [penales](#), P. 36.
- 122 [Apud DOTTI](#), [René Ariel](#). Casos criminales [célebres](#), P. 27.
- 123 [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#). Manual de [derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 138.
- 124 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 334.
- 125 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 334.
- 126 [BOSCHI](#), [Jose Antonio Paganella](#). De las [cuitas](#) y [sus](#) criterios de aplicación, P. 58.
- 127 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 310.
- 128 [PASCHOAL](#), [Janaína Conceição](#). Constitución, [criminalização](#) y derecho penal mínimo, P. 55.
- 129 Batista, Nilo. Introducción crítica al derecho penal, P. 99-100.
- 130 [COBO](#) Del [ROSAL](#), Manuel; VIVES [ANTÓN](#), [Tomás S](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 100.
- 131 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 318.
- 132 [GARRIDO](#), Vicente; [STANGELAND](#), [Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 194-195.
- 133 [BOSCHI](#), José Antonio [Paganella](#). De las [cuitas](#) y [sus](#) criterios de aplicación, P. 152.
- 134 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 332.
- 135 [MIRABETE](#), Julio [Fabbrini](#). Ejecución penal, P. 87.
- 136 [BOSCHI](#), José Antonio [Paganella](#). De las [cuitas](#) y [sus](#) criterios de aplicación, P. 150.
- 137 [FOUCAULT](#), Michel. Vigiar y punir, P. 31.
- 138 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuitas](#), P. 87.
- 139 [GARRIDO](#), Vicente; [STANGELAND](#), [Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 216.
- 140 [BITTENCOURT](#), [Cezar](#) Roberto; [MUÑOZ](#) CONDE, Francisco. Teoría general del delito, P. 304.
- 141 [CREUS](#), Carlos. [Esquema](#) de [derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 102.
- 142 [ROXIN](#), [ARTZ](#) i [TIEDMANN](#). [Introducción](#) Al [derecho](#) penal y Al [derecho](#) penal [procesal](#), P. 38.

- 143 [MEZGER](#), Edmundo. Tratado de [derecho](#) penal, T. I, P. 163-164.
- 144 [MAURACH](#), [Reinhart](#); [ZIPE](#), [Heinz](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, V. I, P. 155.
- 145 [PALAZZO](#), [Francesco](#). Valores constitucionales y derecho penal, P. 53.
- 146 CÓRDOBA RODA, Juan. [Culpabilidad](#) y [pena](#), P. 20.
- 147 [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [PIERANGELI](#), José Henrique. Manual de derecho penal brasileño, P. 523-524.
- 148 [BUSATO](#), Paulo César; [HUAPAYA](#), Sandro Montes. Introducción al derecho penal – Fundamentos para un sistema penal democrático, P. 171.
- 149 [JIMÉNEZ DE ASÚA](#), Luiz. Principios de [derecho](#) penal – La [ley](#) y [el](#) delito, P. 96.
- 150 [COBO](#) Del [ROSAL](#), Manuel; VIVES [ANTÓN](#), [Tomás S.](#) [Derecho](#) penal – [parte](#) general, p.68-69.
- 151 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 307.
- 152 Batista, Nilo. Introducción crítica al derecho penal, P. 66.
- 153 Batista, Nilo. Introducción crítica al derecho penal, P. 70.
- 154 Hungria, Nelson. Comentarios al código penal, V. I, T. I, P. 94-95.
- 155 [BOBBIO](#), Norberto. Teoría del orden jurídico, P. 94.
- 156 [BOBBIO](#), Norberto. Teoría del orden jurídico, P. 151.
- 157 [BOBBIO](#), Norberto. Teoría del orden jurídico, P. 153.
- 158 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 309.
- 159 [LEIRIA](#), Antônio José [Fabrício](#). Teoría y aplicación de la ley penal, P. 68-69.
- 160 [LEIRIA](#), Antônio José [Fabrício](#). Teoría y aplicación de la ley penal, P. 69.
- 161 [BECCARIA](#), Cesare. De los delitos y de las [cuotas](#), P. 35.
- 162 Ferreira, Manuel [Caballero](#) de. Lecciones de derecho penal – [Parte](#) general, P. 55.
- 163 Amaral, Cláudio del Prado. Principios penales – De la legalidad a la culpabilidad, P. 115-116.
- 164 [DOTTI](#), [René Ariel](#). Curso de derecho penal, P. 313.
- 165 Batista, Nilo; [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [ALAGIA](#), [Alejandro](#); [SLOKAR](#), [Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 47.
- 166 [FOUCAULT](#), Michel. Vigiar y punir, P. 229.
- 167 [SICA](#), Leonardo. Derecho penal de emergencia y alternativas a la prisión, P. 51.
- 168 [KARAN](#), Maria Lúcia. Utopía [transformadora](#) y abolición del sistema penal. Conversaciones abolicionistas – Una crítica del sistema penal y de la sociedad punitiva, P. 72-73.
- 169 Hobsbawm, Eric. [La](#) era de los extremos, P. 335.

- 170 Pandolfi, Dulce Llaves. Ciudadanía, justicia y violencia – Percepción de los derechos y participación social, P. 45.
- 171 Neto, Otávio Cruz; Moreira, Marcelo [Desgarra](#); [SUCENA](#), Luiz Fernando [Mazzei](#). Ni soldados ni inocentes, P. 23-24.
- 172 Silva, Ivan Luiz de la. Crimen organizado – Aspectos jurídicos y [criminológicos](#), P. 31.
- 173 [ALEGRE](#), Vicente; [STANGELAND](#), [Per](#); REDONDO, Santiago. Principios de criminología, P. 887/888.
- 174 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 204.
- 175 [ROXIN](#), [Claus](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, T. I, P. 81-82.
- 176 [SARRULE](#), Oscar Emílio. Las [crisis](#) de [legitimidad](#) Del sistema jurídico penal (abolicionismo el [justificación](#)), P. 32.
- 177 [HASSEMER](#), [Winfried](#). Tres temas de derecho penal, P. 34.
- 178 Merece registro [la](#) posición de [Ferrajoli](#), cuando asevera que “más de lo que cualquiera otra doctrina utilitarista, esta idea de la función ejemplar de la ejecución de la [cuita](#) da margen, con efecto, a la objeción kantiana [según](#) a cual ninguna persona puede ser utilizada como medio para fines a ella [extraños](#), todavía que sociales y [elogiabais](#)” (Derecho y razón, P. 223).
- 179 [BUSATO](#), Paulo César; [HUAPAYA](#), Sandro Montes. Introducción al franco penal – Fundamentos para un sistema penal democrático, P. 216-217.
- 180 Batista, Nilo; [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [ALAGIA](#), [Alejandro](#); [SLOKAR](#), [Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 120.
- 181 [QUEIROZ](#), Paulo de Souza. Funciones del derecho penal, P. 40.
- 182 [ROXIN](#), [Claus](#). [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, T. I, P. 85.
- 183 [BITENCOURT](#), [Cezar](#) Roberto. Manual de derecho penal – [Parte](#) general, P. 81.
- 184 [FOUCAULT](#), Michel. Vigiar y punir, P. 224-225.
- 185 Mir [PUIG](#), Santiago. [Derecho](#) penal – [Parte](#) general, P. 56.
- 186 [CERVINI](#), [Raúl](#). Los [procesos](#) de [descriminalização](#), P. 46.
- 187 Batista, Nilo; [ZAFFARONI](#), [Eugenio Raúl](#); [ALAGIA](#), [Alejandro](#); [SLOKAR](#), [Alejandro](#). Derecho penal brasileño, V. I, P. 126.
- 188 Almeida, [Gevan](#) de Carvalho. El crimen nuestro de cada día, P. 110.
- 189 [HASSEMER](#), [Winfried](#). Tres temas de derecho penal, P. 39.
- 190 [FERRAJOLI](#), [Luigi](#). Derecho y razón, P. 220.
- 191 [BITENCOURT](#), [Cezar](#) Roberto. [Falencia](#) de la [cuita](#) de prisión, P. 132.