

LÍMITES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO:

**BASES PARA UN ADECUADO ANÁLISIS
DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

I. NOCIÓN DE *IUS PUNIENDI*: CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO

§ 1. Concepto y naturaleza

§ 2. Fundamento

- a) *Fundamento funcional*
- b) *Fundamento político*
- c) *Fundamento histórico*
- d) *Fundamento jurídico*

II. PRINCIPIOS ESTRUCTURADORES DEL DERECHO PENAL

§ 1. Límites formales

- a) *Principio de legalidad como límite formal de la potestad punitiva*
- b) *Garantías que contiene el principio de legalidad*
- c) *Problemas del principio de legalidad*

§ 2. Límites materiales

- a) *Principio de hecho*
- b) *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*
- c) *Principio de intervención mínima: subsidiariedad y fragmentariedad*
- d) *Principio de culpabilidad*
- e) *Principio de proporcionalidad*
- f) *Principio de salvaguardia de la dignidad humana*

CONCLUSIÓN

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

Nadie puede esconder que el anhelo de todo Estado de Derecho es construir y mantener un sistema penal y judicial con instituciones perfectas que transmitan a sus ciudadanos una sensación de seguridad y paz social. Sin embargo, dicho anhelo es difícil de concretar en la realidad, sobretodo en un contexto en que la comunidad democrática se encuentra en un estado progresivo de desconfianza, sobre todo con las instituciones que detentan el poder político. De esta manera, el control social está en constante cuestionamiento, específicamente en cómo se imparte justicia, dirigiendo la crítica sobre todo al Poder Legislativo y al Poder Judicial. Así, los gobiernos paulatinamente acuden como solución a modificaciones del Derecho penal, utilizando como principal herramienta la criminalización de conductas como argumento de ayudar en la seguridad ciudadana a través del fortalecimiento del orden público.

Ello produce que en la actualidad el principio de legalidad se vea seriamente amenazado por una concepción surgida en el centro de las políticas de Estado y que se acerca en demasiada cuantía a un modelo policial de relaciones y que produce, en síntesis, una sociedad en donde la seguridad y la lucha interminable contra el delito son el bastión principal en los discursos de índole normativo; sin tener reparo alguno en renunciar a los obstáculos que impone la potestad punitiva que detenta el Estado.

De esta forma, hemos observado una deformación y perversión de todos los principios e ideas estructuradoras que cimientan un Derecho penal de las garantías de los individuos; ello se ha visto materializado en un lento pero contundente proceso de criminalización poco justificado de ciertas conductas que no son subsumibles en bien jurídico alguno, produciendo una lógica de punición de ciertos comportamientos por el solo hecho de contravenir las pautas o modelos de la conducta media esperada, lo que lleva a una anticipación de las barreras de protección jurídica a voluntades del individuos que no importan una situación objetiva de lesión o puesta en peligro de aquello considerado por la sociedad como fundamental para un vivir digno.

Y esto será lo que justamente analizaremos en las siguientes páginas, es decir, abordaremos los principios estructuradores de la potestad punitiva del Estado, los cuales constituyen condiciones esenciales para el respeto de las garantías fundamentales de una comunidad democrática de Derecho y así dar lugar a un esquema que permita evaluar de manera correcta la producción legislativa, evitando el ejercicio de una potestad que responda a un populismo punitivo que sólo tenga como finalidad reprimir ciertas expresiones como reacción a la sensación de inseguridad producida por los medios de comunicación.

I. NOCIÓN DE *IUS PUNIENDI*: CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO

Para poder comprender a cabalidad el fenómeno de la creación legislativa con carácter punitivo, se hace imprescindible abordar las ideas matrices que inspiran dicha parte del ordenamiento jurídico. Sin este entendimiento, la tarea de fundamentar posibles errores o aciertos de una determinada ley se torna muy difícil de realizar, ya que no se contará con las herramientas dogmáticas penales suficientes tan importantes en este ámbito.

Dado lo anterior, los principios y garantías que informan el Estado democrático de Derecho y sus respectivos límites son del todo relevantes si es que queremos triunfar en la labor de mantener un conjunto de normas que consagren y al mismo respeten a todos y cada uno de los ciudadanos de una determinada sociedad. De lo contrario, el Poder Legislativo (además del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial) podría construir un modelo de Estado policial en donde el resguardo de la dignidad de las personas se convierta en un camino con muchos impedimentos.

Ello es justamente lo que justifica el estudio de este deber de actuación del Estado y sus correspondientes límites en sus acciones u omisiones. Es fundamental para la labor legislativa un conocimiento acabado sobre los elementos que instituyen un Derecho penal con rasgos garantistas y asociado, obviamente a una vida democrática y que se desarrolla bajo el amparo de una ordenación normativa denominada Derecho.

§ 1. CONCEPTO Y NATURALEZA

El Derecho penal no sólo se puede analizar desde las manifestaciones adjetivadas del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino que también (y es un deber hacerlo para aquel que práctica la ciencia penal) se puede contemplar desde la perspectiva del titular que “dicta y hace cumplir esas normas, analizando el fundamento y legitimación de tal poder, su naturaleza, condiciones de ejercicio y límites”¹. Es en este punto en donde debe caber mayormente la atención, y esto debido a que la ciencia penalista es a la vez jurídica y social, y comprende el estudio científico del derecho positivo y las fundamentaciones políticas, constitucionales, filosóficas y sociales de la intervención y la función del derecho represivo. En pocas palabras, debe existir un debate serio sobre la relación jurídica que el delito crea entre el Estado y el infractor, cuestión que obviamente trae aparejado una serie de problemas, y ello por la simple razón de que estamos ante “una

¹ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal* (Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces), p. 465.

materia vidriosa, absolutamente polémica y controvertida, ya que en ella subyacen los propios fundamentos que constituyen el Derecho Penal”².

Lo que se pretende en las siguientes líneas es justamente realizar una exposición contundente que permita aportar elementos al debate ya aludido. En este sentido, la existencia de un denominado Derecho penal subjetivo, y que justamente reúne uno de los objetivos de la ciencia penalista, esto es, apreciar que el Derecho penal para que pueda incorporarse de forma plena en un Estado de Derecho, debe cumplir con condiciones mínimas que legitimen constitucionalmente este poder de castigar del Estado.

Previo a comenzar el estudio en profundidad sobre el llamado Derecho penal subjetivo, debemos dejar en claro que esta denominación no es la única utilizada en la ciencia penal, ya que existen una serie de términos a los que se recurre para designar a esta misma realidad.

Para el actual análisis, hablaremos de “potestad punitiva” como referencia al *Ius puniendi*, considerando que la situación jurídica de potestad se asemeja mejor a la realidad que se analizará en este acápite en contraste con el término facultad. Ello se explica en una cuestión bastante simple desde el punto de vista terminológico, ya que potestad consiste en el poder de determinar la conducta ajena desde una posición o en una relación de supra ordenación. Esto se manifiesta en que quienes tienen dichos poderes están en condiciones ellos mismos de lograr las conductas que se desea prescribir, sin la necesidad de recurrir a otro poder. Además, quien detenta esta potestad está por encima de los sujetos cuya conducta determina, lo que permite invadir intereses ajenos. Esta caracterización no se presenta bajo ninguna circunstancia en la expresión facultad, que puede definirse como el poder de obrar desarrollando un interés propio. Aquel que posee una facultad no está en condiciones de determinar ni de exigir.

Es menester luego de esta explicación, ahondar en las posibles nociones que existen respecto de este también llamado *Ius puniendi* y es aquí en donde comienzan los primeros conflictos, ya que no existe plena armonía en torno al entendimiento de esta figura. Al respecto, contemplamos las siguientes posiciones:

En primer lugar hay quienes consideran a este apartado del Derecho penal como “aquella facultad de imponer penas y medidas de seguridad”³. Otros, bajo la denominación de Derecho penal subjetivo lo definen como “el derecho del Estado a establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos”⁴. Por su parte, hay autores que consideran al denominado *Ius Puniendi* como “aquel conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado”⁵. Finalmente, hay algunos que sostienen que no estamos frente a una potestad de crear delitos y penas en sentido estricto, sino que la esencia del planteamiento debe estar en el hecho de considerar a la potestad punitiva como

² *Ibidem*, p. 466.

³ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*³ (Montevideo- Buenos Aires, Editorial B de F, 2007), p. 97.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte general*¹⁸ (Madrid, Editorial Dykinson, 1995), p. 37.

⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Ediciones Akal, 1990), p. 18.

la “expresión de un acuerdo democrático tomado en uso de las facultades conferidas por la ciudadanía a los legisladores y que está dirigido a todos bajo amenaza de sanción”⁶.

Teniendo en consideración lo expuesto y “bajo tales presupuestos, carece de sentido la propia distinción y se hace imposible el debate sobre cualquier límite racional al poder sancionatorio del Estado”⁷, sin embargo, debemos tener total claridad que esta idea no puede tener ningún asidero en nuestra realidad jurídica y la razón para ello es muy simple: la legitimidad del Derecho penal está condicionada a diversas exigencias que escapan de lo meramente legal y que se relacionan con el respeto a la dignidad de las personas, la exclusión de un Derecho penal moralizador, la proporcionalidad de la pena, entre otras ideas matrices.

De esta forma, la potestad punitiva no es una concesión que el Estado haga a los ciudadanos, sino que es sólo el medio en que vive y se manifiesta su existencia, por lo que “fuera del Derecho no hay Estado”⁸

§2. FUNDAMENTO DEL IUS PUNIENDI

a) *Fundamento funcional*

“Si está justificado castigar o imponer medidas de seguridad es porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o medida de seguridad”.⁹ Con esta frase de SANTIAGO MIR PUIG se puede sintetizar el denominado fundamento funcional de la potestad punitiva y que en definitiva, sostiene que la explicación básica de existencia de esta figura se encuentra en la necesidad de protección de los bienes jurídicos que una sociedad estima como determinantes considerando que ello se construye sobre el pilar de la prevención.

Bajo este epígrafe se busca establecer que la protección de estos bienes requiere de los recursos de la pena o medida de seguridad, empero, no será necesario este medio cuando su empleo se constituya como un mal inútil. En este sentido, cabe advertir que la pena no es tampoco la solución única para todos los problemas sociales. Por el contrario, la pena sólo debe ser utilizada cuando no existe a disposición ningún otro medio más eficaz o menos lesivo para los derechos de los ciudadanos. En síntesis, la pena ha de ser la *última ratio*¹⁰.

⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del derecho penal* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2005), p. 34.

⁷ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 466.

⁸ BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho penal en España* (Madrid, Editorial Tucur, 1977) p. 9.

⁹ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 98.

¹⁰ Respecto a la medida de seguridad, la discusión y posterior solución es semejante a la situación de las penas. Sólo se plantea la cuestión sobre si las medidas de seguridad han de mantenerse en su papel secundario atribuido por el Derecho positivo o si habría de llegarse a un sistema monista en el que las medidas de seguridad sustituyesen a las penas. Este tema no será abordado en el presente trabajo ya que escapa al fin último de esta exposición.

b) Fundamento político

La búsqueda de la base de la potestad punitiva tiene su punto de partida en el siguiente cuestionamiento: ¿En virtud de qué título puede un Estado privar de sus derechos a un ciudadano?, es decir, ¿Cómo se justifica la intervención penal? Para poder dar una respuesta satisfactoria debemos constatar la existencia de una evolución de los sucesivos modelos de Estado.

Así, cuando el Estado se consideraba absoluto la interrogante expuesta no tenía sentido de considerar. Por el contrario, el planteamiento liberal concede una importancia vital a la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos elementales. En este sentido BECCARIA opina que “las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estados de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era también necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en un caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes... Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia, es hecho, no derecho”¹¹. Con esta reflexión no queda más que decir que este autor fundamentó la potestad punitiva en la doctrina del contrato social, “y el Derecho penal construido sobre estas bases se concibió como Derecho al servicio de las garantías, no como instrumento para la prevención y lucha contra el delito”¹².

Con el paso del tiempo surgieron críticas a esta visión, debido al aumento de las delincuencia y los niveles de reincidencia, perspectiva que comienza a darse con el paso del Estado liberal clásico al Estado social de Derecho y en donde apreciamos un tránsito desde un Estado como “mero depositario, administrador y custodio de las libertades individuales”¹³ hacia uno que interviene activamente como gestor de los procesos sociales. Ello trae como lógica consecuencia la transformación de la potestad punitiva en un medio al servicio de la política criminal enmarcada en la función de prevención del delito¹⁴.

Así, se abandona la limitación de la actuación del Estado a la mera prohibición dirigida al individuo plenamente libre, y se admite que el Estado se adelante a la efectiva comisión de delitos “interponiendo medios positivos para su limitación activa lo que presuponía una nueva

¹¹ BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004), p. 27.

¹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 468.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Una manifestación de ello, es la introducción de las medidas de seguridad junto a la ya existente pena.

concepción del hombre como susceptible de ser influido por causas exteriores, pues esto es el presupuesto de todo programa resocializador”¹⁵.

El acaecimiento de la Primera guerra mundial y el posterior establecimiento de gobiernos totalitarios expresó de forma latente los riesgos que implicaba el intervencionismo para las garantías individuales, lo que hizo surgir la idea de establecer límites a la potestad punitiva. Por lo tanto, un verdadero Estado social y democrático de Derecho debe complementar y perfeccionar tanto el Estado liberal como al Estado social en sus orígenes para que de esta forma la potestad punitiva se restrinja en su actuar en pos del respeto de las garantías de todos y cada uno de los individuos que se encuentran inmersos en una determinada sociedad.

c) *Fundamento histórico*

Un tercer punto de vista explica que históricamente es obvia y demostrable la situación fáctica de que el Estado ha ejercido y asumido la potestad punitiva, monopolizando la atribución del uso de la fuerza legítima dentro de una comunidad específica. Esto no puede ser negado bajo ninguna circunstancia, ya que la evidencia de la auto-afirmación del Estado moderno como máxima instancia política frente al resto de las figuras sociales ha sido resultado de un pausado proceso histórico paralelo al de la concentración de la potestad punitiva dentro de su esfera de actuación y decisión¹⁶.

“Sólo el *Ius Puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal- y las expectativas que éste genera- de forma pacífica e institucional; de forma racional y previsible, formalizada, eficaz e igualitaria con escrupuloso respeto de las garantías individuales, cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Sólo el *Ius Puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa”¹⁷.

Con los antecedentes ya expuestos, no queda más que asegurar que el derecho de castigar existe simplemente, o, si se quiere mejor, se ejercita por el Estado, lo que obviamente también se hace necesario. Esta es, a su vez, una de las consideraciones con más detractores, ya que la problemática interna del “fundamento de castigar no puede residir, por lo tanto, en una consideración existencialista”¹⁸, aunque no debemos desconocer que esta explicación y sus argumentos permiten entender en cierta medida la existencia efectiva de solución al conflicto prescribiendo la secuencia de acción.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 106.

¹⁶ Sólo así puede ser esta realidad en una sociedad conflictiva, plural y democrática de nuestros tiempos.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 468.

¹⁸ RODRIGUEZ DEVESA, José María, cit. (n. 4), p. 37.

d) *Fundamento jurídico*

Una última fundamentación existente (y de importancia para destacar) es la llamada base jurídica de la potestad punitiva y se comienza por afirmar que jurídicamente suelen distinguirse dos manifestaciones de la potestad punitiva con un fundamento distinto cada uno. Por una parte tenemos el derecho del Estado a establecer normas penales y el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de estas. “El primero de los momentos de *Ius Puniendi* entronca con el propio poder o función legislativa en la que se integra, sin más, la potestad de dictar normas penales: el denominado poder político penal”¹⁹.

Para todos estos momentos, el fundamento jurídico habrá de buscarse en la filosofía del Derecho o en el Derecho político, ya que aquí estamos frente a un problema político o constitucional y no estrictamente penal, con la sola excepción del derecho del Estado a exigir el cumplimiento de las normas penales, ya que la base para ello se encuentra en la misma ley, aunque el pilar de existencia de la ley penal también puede redirigirse a la cuestión política o constitucional.

II. PRINCIPIOS ESTRUCTURADORES DEL DERECHO PENAL

La potestad punitiva, bien se sabe, se ejerce de distintas formas y por ende, atraviesa por sucesivas etapas, lo que provoca problemas que van “evolucionando desde los presupuestos generales del ejercicio de la potestad hasta la materialización de la correspondiente represión sobre un individuo concreto”²⁰. Estas problemáticas se relacionan principalmente con el hecho de que la pena siempre implica una privación o una restricción de aquellas garantías que se encuentran reconocidas a nivel constitucional (esto es entendiendo a los derechos ciudadanos estrictamente, ya que desde una perspectiva amplia, las comentadas garantías surgen de la misma existencia de un Estado formalmente democrático de Derecho), lo cual en muchas ocasiones puede derivar en actuaciones que vulneren el debido respeto a estas garantías. Por lo mismo, se hace necesario establecer límites a este poder y ello es lógica consecuencia de que la potestad punitiva de un Estado social y democrático de Derecho “no es un poder absoluto y omnímodo sino un poder sometido a límites”²¹.

Este tema de los límites, por motivos esquemáticos, podemos reducirlo básicamente a dos realidades: “límites que el Estado de Derecho impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo y, en segundo lugar, límites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor en concreto”²².

La importancia de tratar este punto radica en la presencia de una serie de factores que confieren especial relevancia al estudio realizado. “En primer lugar, los drásticos efectos de la intervención penal: impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la

¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 468.

²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 60.

²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 482.

²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 60.

cirugía penal. En segundo lugar, la vocación intervencionista del Estado social, que potencia la presencia de éste y el empleo de toda suerte de medios eficaces para resolver los conflictos y dirigir el devenir histórico”²³.

Teniendo claridad sobre lo explicado de forma precedente, el planteamiento sobre los límites impuestos a la potestad punitiva girará bajo la base de una distinción clásica de la doctrina y que distingue entre los límites formales y límites materiales. Son límites formales aquellos que dicen relación con la naturaleza del instrumento que ha de servir de fuente a los preceptos penales, los cuales son normalmente englobados en la idea de legalidad penal. Son límites materiales aquellas garantías que dicen relación con el contenido de los preceptos penales, es decir, alude a los límites que pesan sobre la potestad punitiva.

§ 1. LÍMITES FORMALES

a) Principio de legalidad como límite formal de la potestad punitiva

La frase *nullum crimen nulla poena sine lege* resume la raíz mínima de los principios que restringen y al mismo tiempo se oponen a la actuación del Estado como detentador de la potestad punitiva. De esta forma el origen del principio de legalidad “se halla en el anhelo de seguridad jurídica que ha llevado a los pueblos a una lucha multiseccular con los detentadores del poder para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo que toca a los bienes más preciados de los hombres: la libertad personal, el patrimonio y, allí donde se reconoce la pena capital, la propia vida”²⁴

Así, sólo cuando el pueblo pasa de ser un sujeto pasivo del poder absoluto del monarca a participe de dicho poder, “controlando el ejercicio, exigiendo unas garantías y el imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular”²⁵ tendrá sentido utilizar el aforismo enunciado. A tal extremo llega esto, que una regulación de las relaciones entre los hombres, para ser racional, ha de sustraerse a la voluntad caprichosa de un individuo; ha de ser igual para todos.

Por lo tanto, el ciudadano solo permitirá el paso de un estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto (contrato social) en el que haya una garantía de participación y control de la vida política de la comunidad.

La manifestación concreta de este involucramiento se da a través del Poder Legislativo, que representa a la soberanía popular. Sólo del pueblo puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular. “Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer

²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 482.

²⁴ RODRIGUEZ DEVESA, José María, cit. (n. 4), p. 40.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 63.

las privaciones de derechos fundamentales que implican”²⁶. Y tal como lo indica BECCARIA “(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”²⁷. Estas palabras sólo expresan una cosa: el Estado puede ordenar o prohibir algo bajo el manto de la potestad punitiva teniendo en consideración una determinada forma que ha de revestir dicha expresión.

Concluyendo, cabe afirmar que el *nullum crimen* expresa un postulado contrario a la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, reclamando claridad, certeza y límites precisos a la intervención punitiva del Estado, en donde el pilar fundamental es el principio de legalidad, que busca limitar todo el conjunto de la actividad represora del Estado para que se adecue al Estado de Derecho social y democrático.

b) Garantías que contiene el principio de legalidad

La implantación del principio de legalidad como límite al poder punitivo del Estado se manifiesta en una serie de garantías que debiesen ser recogidas por cualquier ordenamiento jurídico con un matiz penal. Estas garantías son las siguientes:

A.- Garantía criminal: Esta dimensión establece que para que un hecho sea delictivo es necesario que una ley previa lo haya precisamente descrito como tal. “De ello deriva la prohibición de extender el carácter de delitos a comportamientos análogos parecidos pero que no estén taxativamente formulados como típicos”²⁸. Desde un segundo punto de vista no principal, la ley expresada ha de ser anterior en sentido formal, es decir, escrita y debidamente promulgada. Otro efecto de esta garantía es lógicamente la prohibición de la retroactividad de las leyes perjudiciales para el imputado o reo “debido a que en estos casos la justificación del castigo no se encontraría en un precepto legal previo”²⁹.

B.- Garantía penal: Este resguardo lleva consigo la prohibición de imponer penas que no hayan sido previstas con anterioridad “para aquella clase de delitos, y eso es tanto en lo que concierne a la naturaleza o clase de pena como en lo referido a su duración”³⁰.

C.- Garantía de ejecución: Exige que el cumplimiento de la sanción penal se acredite y se aprecie en la realidad de forma exacta al modo establecido en la ley, por lo que la ejecución de la pena sólo puede serlo según lo prescrito por la ley.

D.- Garantía jurisdiccional: Esta garantía busca que la ejecución de una pena sólo puede ser aplicada en virtud de una sentencia firme que así lo indique, por lo tanto, las sentencias

²⁶ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 127.

²⁷ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 485.

²⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 66.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

condenatorias y absolutorias “no pueden ser dictadas más que por un tribunal competente y tras cumplir con los requisitos y garantías del proceso”³¹.

Ahora bien, considerando la existencia dogmática de estas garantías es menester delimitar el ámbito de estudio de las mismas, y para ello nos abocaremos con especial profundidad a las garantías penal y criminal en su conjunto, lo cual encuentran su fundamento en la constancia empírica de que la potestad punitiva se sustenta en un conjunto de condiciones que legitiman la acción del Estado penalmente hablando. Sólo una vez cumplidas esas condiciones aparecerán estas garantías conjuntamente aunque produciendo sus efectos en momentos distintos, ya que la garantía penal atañe a la creación y forma de la ley, mientras que la llamada garantía criminal se refiere a la aplicación de las leyes, todo esto, en términos muy simples.

Para poder afirmar con propiedad la vigencia del aforismo *nullum crimen*, que consagra modernamente el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal, deben cumplirse una serie de elementos. Esto implica, que por lo menos debemos visualizar la existencia de una *lex scripta*, de una *lex praevia*, de una *lex certa* y de una *lex stricta*. De esto, “el principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si no se respetase”³².

La primera exigencia quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y penas. Debemos exponer que la ley emanada del Poder Legislativo debe ser la única vía “de creación del derecho penal, porque este debe dictarse por los representantes del pueblo, según el significado político del principio de legalidad”³³. Finalmente dentro de esta introducción, se aprecia un requisito derivado del aforismo *lege stricta* y que impone un cierto grado de precisión de la ley penal. Además, como extensión del principio de taxatividad se incluye la exigencia de *lege certa*. Con ello, se excluye la analogía (por menos en cuanto perjudique al imputado). La prohibición de la analogía está considerada para ser dirigida al juez, lo que implica que es una limitación asimilable al momento judicial de aplicación de la ley.

- Exigencia de *lex scripta*: Reserva de ley (en sentido formal)

La primera consecuencia del principio de legalidad “es la exclusión como fuente directa del Derecho penal de toda norma que no sea norma escrita”³⁴, por lo que la creación o modificación de delitos solamente puede llevarse a cabo a través de una ley aprobada por el Parlamento. “Ni siquiera cuando los principios generales del Derecho tienen rango constitucional puedan operar como fuente directa, creadora de la incriminación de una conducta no tipificada en la ley como delito”³⁵. Para arribar a dicha conclusión, hay que tener plena certeza de que todos los preceptos con contenido sancionatorio- penal implican una afectación a los derechos fundamentales, “aunque solo sea porque la aplicación del Derecho penal a un ciudadano con el estigma del proceso o el banquillo del acusado, comporta la lesión de su honor, y si es condenado se verá

³¹ *Ibidem*, p. 67.

³² MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 128.

³³ *Ibid.*

³⁴ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 494.

³⁵ *Ibid.*

afectada su libertad o su propiedad”³⁶. Al afectarse los derechos fundamentales obviamente “debe exigirse que dicha afección sólo sea posible de concretarse mediante una ley aprobada en el seno del Poder Legislativo convocado y establecido democráticamente”³⁷.

En consecuencia, “y en virtud de la reserva de ley formal no cabe crear delitos ni imponer penas mediante disposiciones normativas que carezcan del rango de ley en sentido formal”³⁸.

- Exigencia de *lex stricta*: Exclusión de la analogía

La analogía tal como se conoce en el ámbito jurídico, consiste en solucionar un problema que no está expresamente resuelto en la ley, utilizando una norma que regula una situación similar, pero no idéntica. Estamos, por tanto, frente a un principio de interpretación del Derecho que se sustenta en la semejanza que debe existir entre el caso previsto y el no previsto, evitando así la diferencia extrema entre ambos. Pero junto a su concepción de principio de interpretación jurídico- penal, la analogía se constituye como una prohibición dirigida al juez, tanto en cuanto, al momento judicial de aplicación de la ley se exige la imposición de un cierto grado de precisión a la misma ley penal³⁹.

“Si el juez pudiera castigar como delito una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas en aquélla, se convertiría en legislador, invadiendo sus competencias”⁴⁰. Si esto se permitiera sin mayor reproche, la distorsión y ruptura del principio de división de poderes traería como consecuencia inherente la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Política y criminalmente es menester destacar la búsqueda del respeto por este principio de separación de poderes y una de las conclusiones vinculadas al significado político liberal del principio de legalidad es la prohibición de la analogía, la cual se erige “como una garantía que se ofrece al ciudadano en relación a la precisa determinación de los delitos y las penas; de admitirse, se abandonarían la precisión, más o menos inequívoca, que proporciona la letra de la ley”⁴¹.

En otros términos, se exige la aplicación rigurosa de las normas penales, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles. “En efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo, a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 66.

³⁷ Al ser la ley la única fuente del Derecho penal, ha de excluir a cualquier otra fuente validada por el Derecho privado. Sólo de esta forma se cumplirá estrictamente con lo consagrado por este límite a la potestad punitiva del Estado.

³⁸ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 495.

³⁹ Debido a este complemento hemos de afirmar que en este contexto, más que una modalidad de interpretación, la analogía se transforma en una herramienta aplicada en ausencia de norma, siendo que justamente la analogía implica precisamente la existencia de alguna norma jurídica.

⁴⁰ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 523.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 292.

legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios”⁴².

De lo anteriormente expresado se deduce que al ser una garantía para el ciudadano, esta limitación deja de serlo al momento de beneficiar a un determinado sujeto en un caso concreto. Ello explica que se acepte mayoritariamente la incorporación de la analogía *in bonam partem* al momento de la decisión judicial (a pesar de que existen autores basados en la clara seguridad jurídica que proporciona la letra a la ley que niegan esta posibilidad).

El fundamento para su aceptación descansa en que su aplicación “no implica consentir privilegios injustos, ya que no supone desvinculación del juez respecto de la ley, sino precisamente un modo de aplicar la ley”⁴³. Aquí estamos acudiendo al denominado espíritu de la ley, objeto último de toda aplicación de la ley y que conlleva a la realización de la igualdad de tratamiento cuando la letra de la ley no lo permitiría.

De guisa tal, la analogía *in bonam partem* cumple con las exigencias del Estado democrático y social. “Si la analogía es la única vía de llegar a la igualdad de trato penal en el caso concreto, cuando por beneficiar al reo no se oponga al Estado de Derecho habrá de considerarse adecuado al Estado democrático, que persigue la concreta igualdad por encima de la igualdad formal”⁴⁴.

En conclusión, la prohibición de la analogía *in malam partem* “es un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad, sobre todo si se considera que el Poder Judicial está sumamente identificado con el sistema de control directo del Estado y con todo el aparato coercitivo de éste. Si el juez pudiera ser, al propio tiempo, legislador, el ciudadano quedará inerme ante el Poder Judicial”⁴⁵. Tampoco debiese existir obstáculo a admitir la analogía *in bonam partem*, ya que dicha habilitación es justamente una garantía para el ciudadano basada en la razonabilidad del juzgamiento de sus conductas. “El *nullum crimen* no veda, por tanto, a la analogía a favor del reo”⁴⁶.

- Exigencia de *lex praevia*: Prohibición de retroactividad en perjuicio del reo

Esta exigencia, al igual que la precedente, surge y se construye como una garantía para los ciudadanos relacionada estrechamente a la idea de la certeza jurídica. Por lo mismo, la trascendencia política de este pilar jurídico-penal es fundamental “pues si no se prohibiera la aplicación retroactiva de las leyes (*ex post facto*), aquel podría ser sorprendido *a posteriori* con una norma legal que, aplicada a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigencia, burlaría el *nullum crimen* y haría inútiles los derechos y libertades individuales”⁴⁷. De esta forma,

⁴² GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 2), p. 524.

⁴³ ANTÓN ONECA, José; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Reus, 1949), I, p. 102.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 293.

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español: parte general* (Barcelona, Editorial Ariel, 1984), p. 70.

⁴⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de derecho penal* (Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1963), I, p. 198.

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1970), VII, p. 132.

la prohibición de la retroactividad expresa el rechazo a la arbitrariedad de los poderes públicos constituidos o no democráticamente y constituye un manto de protección para el ciudadano frente a la actuación (por acción u omisión) abusiva del Estado “que el principio de tipicidad no llega a conjurar, por sí solo”⁴⁸.

Teniendo claridad sobre sus justificaciones de existencia, cabe preguntarse ¿En qué consiste esta exigencia? Podemos definirla y explicarla penalmente como aquella imposición de que no será castigado ningún delito o medida de seguridad con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración, lo que implica que para que un hecho pueda castigarse como delito “es preciso de modo ineludible que previamente haya sido declarado como tal por una ley”⁴⁹.

Tomando como base lo anterior, el *nullum crimen nulla poena sin lege* no implica, sin más, la prohibición total y absoluta de la retroactividad. Si una ley dispone que se dé efecto retroactivo a un precepto penal, es evidente que no se infringe el principio de legalidad. Ahora bien, si esa misma ley declarase constitutivos de delito hechos que antes de su entrada en vigencia no lo eran, serían posibles todas las arbitrariedades. “En este sentido, la prohibición de las incriminaciones *ex post facto* responde al mismo postulado inspirador del principio de legalidad: evitar la arbitrariedad”⁵⁰.

Si se llegase a instaurar un efecto retroactivo en este ámbito de análisis, se perdería la función motivadora de la norma jurídica de índole penal. Asimismo, “el castigo de la conducta dependería de cambiantes valoraciones políticas y del oportunismo”⁵¹. Por lo mismo, la prohibición, por regla general, de la retroactividad viene exigida por la función de la pena y por el concepto de culpabilidad: la primera se funda en el posible conocimiento previo de la conducta prohibida y del castigo con que se amenaza, pues de otro modo no se podría obtener el efecto preventivo buscado con la pena; “y la segunda, reclama esa posibilidad de conocimiento previo en que se sustenta la motivación”⁵².

Precisamente porque la prohibición de la retroactividad es una garantía para los ciudadanos, sostenemos que existe una excepción a esta idea en el Derecho penal y que también surge como un pilar fundamental de nuestro estudio. Estamos hablando de la aceptación de la retroactividad de la ley más favorable⁵³. Pero, ¿Qué implica esta excepción? Ello significa que al momento de juzgar, el juez para determinar cuál ley es la más favorable, ha de tomar en consideración todos aquellos presupuestos de los que depende la pena que se haya de imponer en el caso concreto, por lo que la comparación debe realizarse en concreto y no en abstracto.

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 45), pp. 71- 72.

⁴⁹ RODRIGUEZ DEVESA, José María, cit. (n. 4), p. 209.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 210.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (Montevideo, Editorial B de F, 2007), p. 93.

⁵² OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, *Sobre el concepto de Derecho penal* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981), pp. 325-326.

⁵³ Este principio tiene plena consagración en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República, el cual dispone que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Otra situación que merece comentario es el intento de determinación del significado de la frase “ley más favorable”. Ello se debe a que como es imperativo operar siempre con todos los detalles legales y reales del caso concreto, en muchas ocasiones se presentarán una serie de problemáticas relacionada con las penas a aplicar y aquí, la solución “ha de hallarse, ciertamente, por el camino de la interpretación; pero no poniendo el acento en la atenuación del estado jurídico, sino en el problema de si hay efectivamente una sucesión de leyes en el tiempo”⁵⁴, lo que trae como consecuencia el hecho de que ambas leyes deben partir de los mismos presupuestos fácticos.

A modo de corolario debemos señalar que este postulado cumple una importante presencia en relación a la imputación subjetiva del imputado, ya que se proporciona certeza a este sujeto de no ser indicado responsable por hechos o acontecimientos que no estuvo en condiciones de prever al momento de actuar.

- Exigencia de *lege certa*: Principio de taxatividad

Conocido también como principio de determinación o principio de tipicidad, esta garantía exige “que la concreta descripción de la conducta penada ha de llevarse a cabo de forma clara, inequívoca y exhaustiva de suerte que tanto el juez como el ciudadano puedan conocer con certeza el contenido de la prohibición y sus contornos: lo que está permitido y lo que está prohibido”⁵⁵. El principio de legalidad no tendría eficacia o presencia alguna si fuera suficiente con cumplir la formalidad de que el delito y la pena estuvieran con anterioridad establecidos en la ley, pero a su vez, no se reclamaría que la conducta y sancionada estuviera nítidamente precisada.

Es por ello que este mandato de taxatividad es una exigencia que se encuentra para el legislador, a quien, como representante de la voluntad popular y exclusivo autorizado para crear normas penales con sus respectivas sanciones, corresponde la labor de consignar aquellas conductas consideradas como objeto de un reproche jurídico, según los cimientos de la separación de poderes. “Violaría, por tanto, esta última idea si se emplease una técnica legislativa oscura o imprecisa, remitiendo indebidamente al juez o al tribunal la decisión última sobre el alcance de la norma”⁵⁶.

En el momento de abstracción legislativa (contexto de creación de la norma) se debe buscar la mayor claridad para de esta forma incluir términos que se basten a sí mismos de manera que no sea necesario recurrir a otros antecedentes para fijar su sentido y alcance, sin embargo, el legislar, al ser un acto proveniente del intelecto humano sólo puede buscar la perfección, mas no llegar a ella, por lo que el grado de determinación o concreción que la ley puede alcanzar será totalmente relativo (la razón principal es que la palabra escrita presenta una serie de condicionantes y límites a las expectativas de estándar de lucidez normativa, sobre todo considerando que el lenguaje y su expresión dependen constantemente de circunstancias sociales y culturales).

⁵⁴ RODRIGUEZ DEVESA, José María, cit. (n. 4), p. 216.

⁵⁵ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 529.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 530.

Debe procurarse, ante todo, exhaustividad, lo cual no debe confundirse bajo ningún prisma con casuismo, sino que la verdadera significación lleve a la construcción de una “formulación generalizadora que sea capaz de resolver las tensiones existentes entre seguridad jurídica y justicia del caso, con la adopción de criterios de diferenciación”⁵⁷. Lamentablemente se ha caído en una tendencia que podría denominarse de vulgarización del principio de taxatividad, y ello se explica en la inclusión de las denominadas cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados, los tipos penales abiertos, entre otros y que sólo hacen que el Estado de Derecho se vea cuestionado. Ha de volverse a un principio de determinación consistente y sustentable jurídicamente y ello se debe a que “dado que los mecanismos que ponen en contacto al ciudadano con las normas son indirectos, y, en cierta medida, deformadores, a lo más que se puede aspirar es un conocimiento aproximado y, por ello, impreciso (...). Pero resulta que hay un fundamento determinante que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones. Se trata del principio de legitimidad democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes. Así resulta que quien no posee la legitimación democrática directa necesita, para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que le presta el legislador como expresión de la voluntad general. Por eso y sólo por eso (esto es, por el contrato social) recae sobre el legislador la citada legitimación. Pues bien, tal legitimación sólo se halla garantizada cuando el legislador promulga *lege certae*”⁵⁸.

c) Problemas del principio de legalidad.

Muchas de las ideas matrices del principio de legalidad se han visto cuestionadas por la comunidad jurídica y política involucrada en el proceso de discusión y creación de las normas jurídico-penales, poniendo en duda la vigencia absoluta y estricta del principio de legalidad en nuestros días. El propósito es demostrar de forma factible que el *nullum crimen* no es susceptible de cumplimiento absoluto. “Frente al ideal positivista que esperaba de la ley una certeza total, máxima, suponiendo que el juez podía actuar como mero autómatas, como boca de la ley para garantizar al ciudadano la seguridad jurídica pretendida, hoy parece obvio que el equilibrio entre certeza y seguridad es mucho más precario”⁵⁹.

Sin lugar a dudas, la aplicación del Derecho a cada caso concreto de parte de los tribunales no funciona bajo la operación lógica de subsunción de un determinado hecho en una norma jurídica, sino que por el contrario, la propia naturaleza del hombre conduce a que las distintas decisiones se encuentren en un complejo proceso de concreción de la norma a la realidad en el marco de los sistemas sociales, y en donde el aspecto subjetivo juega un rol fundamental,

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), pp. 145- 146.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*² (Buenos Aires, Editorial B de F, 2010), pp. 256- 257.

⁵⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español: parte general*³ (Madrid, Editorial Dykinson, 2002), p. 223.

afirmación que contiene su sustento en el hecho de que muchos elementos de los tipos penales solicitan un juicio de valor de los jueces, situación que obviamente pone en jaque la aspiración de total certeza jurídica. Por otro lado, los jueces no dejan ni pueden dejar nunca de lado sus prejuicios e intereses, característica que es totalmente contraria a la denominada voluntad objetiva de la ley, “produciéndose así una desviación sustancial entre el mandato normativo abstracto y el resultado final del proceso de aplicación del mismo a la realidad social histórica concreta”⁶⁰. Con todos estos antecedentes, la verdadera crisis se deriva de ese ideario ilustrado de certeza absoluta, cuestión que a entender propio es correcto. Se debe legitimar esta crisis ya que el *nullum crimen* está cimentado como una garantía para el ciudadano, por lo que el sello político y social siempre acompañará al elemento normativo, y esto significa simplemente que lo autómatas de la decisión debe ser dejado sin validez como idea central de ese principio. En su reemplazo deben cobrar importancia garantías como la objetividad, la transparencia y el respeto del Estado de Derecho.

El principio de legalidad se ve hoy también amenazado por una concepción surgida en el seno de las políticas de Estado y que mantiene sus postulados en el único afán de aprovechar instancias electorales para así conservar esferas de poder de decisión. Estamos haciendo referencia al anti-garantismo que algunos denominan como sociedad de seguridad, en donde lo perseguido es la eficacia en la lucha contra el delito sin tener reparos en renunciar a obstáculos que se impongan a la potestad punitiva en el control de la criminalidad.

A pesar de estas observaciones y críticas, cabe afirmar con fuerza absoluta que la ley aún conserva el protagonismo esperado y buscado por el espíritu del principio de legalidad, ya que “la labor judicial, en efecto no instaura un sistema decisionista, voluntarista, de mero arbitrio o discrecionalidad judicial. Además no se trata de una función subrepticia, fáctica, sino de una mediación consagrada y reconocida por ley (precisamente como garantía del ciudadano), de alcance limitado, cuyo marco y contornos traza aquella”⁶¹. Por ello, de la ley sólo cabe esperar una información razonable sobre la conducta prohibida y sus consecuencias penales, lo que no descarta posibles ideas de incertidumbre.

En conclusión, el *nullum crimen* asegura dentro del margen aceptable que sólo el legislador (representante de la soberanía popular) puede decidir qué conductas se incriminan bajo la amenaza de una pena y cuáles no. “Lo que se halla en crisis, por tanto, no es el principio de legalidad, sino la comprensión ilustrada del *nullum crimen* (...) que afecta a parcelas o dimensiones concretas de este principio”⁶².

§ 2. LÍMITES MATERIALES

⁶⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 546.

⁶¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 550.

⁶² *Ibidem*, p. 551.

a) Principio de hecho

Fundamental para la vida en sociedad y para cumplir con el pleno respeto de la dignidad del ser humano, este postulado nos señala que el sujeto sólo responderá ante la ley penal por sus conductas, es decir, por lo que hace (acciones u omisiones) y “no por lo que es”⁶³, por lo que, tanto en el momento legislativo como de arbitrio judicial, se deberá responder a criterios objetivos y en donde se concluye que el Estado “sólo puede incriminar penalmente conductas humanas que se exterioricen por medio de acciones u omisiones concretas, esto es, de hechos, comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial”⁶⁴. De este principio es posible extraer dos ideas lógicas de expresar. La primera es que no está permitido que alguien pueda ser objeto de la potestad punitiva y sus respectivas sanciones por sus pensamientos, ideales o formas de ver la realidad. La segunda nos lleva a declarar con firmeza que la personalidad de un individuo no puede ser un pilar o cimiento a utilizar al momento de determinar la responsabilidad penal de este o de la agravación de la misma.

Este principio cumple una función de seguridad jurídica para el reconocimiento y respeto de los derechos individuales. Si la respuesta penal pudiera prescindir de una conexión objetiva y externa (de la conducta), su presupuesto carecería de la más elemental determinación y así no se ofrecería garantía alguna a los sujetos. Por ello, su aplicación posibilita la aplicación igualitaria del Derecho y además legitima la intervención punitiva del Estado, ya que ello será posible siempre que exista una dañosidad manifestada en un hecho humano.

La antítesis de este principio es el conocido Derecho penal de autor, modelo que entiende que los individuos pueden ser enjuiciados no sólo por lo que realiza por medio de sus conductas sino que también por sus pensamientos o distintas personalidades existentes. Sin embargo, “el intento de tipificar personalidades desvinculadas de hechos ni es viable, ni sería deseable ya que se presta para todo tipo de abusos políticos, sobre todo en el manejo de la justicia penal y que se manifiesta en la creación de posibles enemigos de los supuestos intereses de Estado que puedan elaborarse en este punto”⁶⁵.

b) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El Derecho penal tiene una función primordial en la consecución de la aspiración de orden social, ya que se le encarga “la protección de los valores elementales de la vida comunitaria, pues el objetivo de los preceptos jurídicos es el mínimo ético-social para la convivencia”⁶⁶. Importa destacar, ante todo, que el Derecho penal no puede pretender orientar o marcar todos los valores ético-sociales, sino sólo los mínimos necesarios para la convivencia. Por lo tanto, los intereses tutelados deben ser generalmente apreciados, lo que implica que la mayoría de la población siente

⁶³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas Ediciones, 1978), p. 51.

⁶⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal: Parte General*⁵ (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), p. 237.

⁶⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 63), p. 51.

⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 79.

la necesidad de que se les proteja, de lo cual se infiere que aquellas acciones repugnan al mínimo ético-social necesario. Ese mínimo se expresa en la prohibición de determinadas acciones u omisiones que atentan contra intereses que, precisamente por ser tenidos como esenciales por la mayoría de los ciudadanos delimitan las acciones que la comunidad no puede tolerar. Solo cuando esos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado, se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables. De esta forma, el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho no puede castigar cualquier conducta, activa u omisiva, “sino sólo aquella, socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos, esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos”⁶⁷.

Aquí surge en correspondencia con este postulado el principio de ofensividad que se manifiesta en el axioma *nullum crimen sine iniuria* y que también opera como límite a la potestad punitiva ya que el prohibir por prohibir carece de sentido y legitimación. No es cometido propio del Derecho Penal ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia, ni el mero establecimiento de deberes jurídicos. La función genuina del Derecho penal consiste en proteger la sociedad mediante la tutela eficaz de las condiciones fundamentales de la vida en común de los ciudadanos: de los bienes jurídicos.

Ante todo esto, cabe preguntarse: ¿Qué son los bienes jurídicos? “Son los presupuestos existenciales e instrumentales que la persona necesita para su autorrealización en la vida social. Unos tienen naturaleza estrictamente individual, otros, comunitaria, pero también estos últimos interesan al individuo, ya que la convivencia pacífica, asegurada por un orden social adecuado, es el único marco viable para su propia autorrealización”⁶⁸. A partir de esta definición, debemos ser claros en señalar que el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos significa que las incriminaciones penales no pueden pretender la protección de meros valores éticos o morales, ni la sanción de conductas socialmente inocuas. “La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando salvaguarda intereses o condiciones que suman dos notas: en primer lugar, la de la generalidad: se ha de tratar de bienes o condiciones que interesen a la mayoría de la sociedad, no a una parte o sector de ésta; en segundo lugar, la de la relevancia: la intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad, vitales”⁶⁹.

Lamentablemente hemos observado en la actualidad una deformación y perversión de este principio que se ha manifestado en un lento pero contundente proceso de criminalización poco justificado de ciertas conductas no encuadrables en ningún bien jurídico objeto de protección penal. No es legítimo, pues, criminalizar un comportamiento sólo porque contravenga las expectativas de la mayoría o se desvíe de las pautas y modelos de la conducta media esperada; ya que este tipo de pensamiento es cercano a un Derecho penal totalitario que anticipa las barreras de protección jurídica a voluntades del individuo que no importan una situación objetiva de lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 562.

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*⁷ (Buenos Aires, Editorial Euros, 2004), p. 101.

⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 565.

Para poder hablar del concepto de bien jurídico como un elemento limitador de la potestad punitiva, es menester asignar a este principio un contenido que le permita cumplir a cabalidad su función de entendimiento jurídico y social. El contenido, por ende, debe ser adecuado para permitir a los bienes jurídicos representar lo que una sociedad estima como indispensable para la vida en sociedad. Todo lo anterior puede ser resumido en que el contenido de este principio debe ser material. El hecho de que se haga referencia a un contenido material implica que estos bienes protegidos, se encuentran dentro de la estructura social que permite una participación recíproca en todos los niveles sociales a cada uno de los ciudadanos en su máxima posibilidad. Junto con esta característica, también debe darse un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de los individuos, ya que los derechos individuales deben primar en toda consideración que se realice en relación a los bienes jurídicos. “Por consiguiente, es imprescindible encontrar un equilibrio justo, que a la vez satisfaga las necesidades sociales y las garantías democráticas, entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales del individuo”⁷⁰.

En conclusión, el concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en una realidad *ius* naturalista ni en consideraciones morales o éticas, por el contrario, debemos recurrir al aspecto social. Pero para evitar una concepción poco respetuosa de los individuos, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del sujeto en procesos de interacción y comunicación social (que puede ir desde el simple respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás hasta la incidencia activa en la vida colectiva).

c) Principio de intervención mínima: subsidiariedad y fragmentariedad

Principio básico de la política criminal, base del fundamento funcional de la potestad punitiva y límite que proporciona contenido a los postulados mencionados anteriormente, esta limitación está dirigida básicamente a quien se le ha proveído de la legitimidad para crear normas jurídicas: el legislador, ya que el afirmar que la intervención del Derecho penal “ha de ser una intervención legalizada (*nullum crimen*), y que este solo puede incriminar comportamientos activos u omisivos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos no basta”⁷¹. Parece imprescindible, entonces, subrayar y verificar la racionalidad y el coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, “sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: la pena”⁷².

Este principio parte de la base de que la pena y las medidas de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Así, el Derecho penal debe intervenir en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. “Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 85.

⁷¹ GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 581.

⁷² GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales* (Barcelona, Editorial Bosh, 1985), p. 120.

menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del Derecho penal, menos lesivos que estos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves”⁷³.

La justificación para dicha actuación o intromisión (es decir, una respuesta jurídico penal minimizada) se encuentra en la doctrina del pacto social, ya que en la entrega de parte de la libertad de cada individuo, todo castigo que exceda tal delegación es un abuso, por lo que “toda pena que sobrepase la necesidad de mantener el estado de sociedad, es injusta y contraria al contrato social”⁷⁴. En plena concordancia con lo precedente se encuentra lo negativo de la intervención penal que se produce como consecuencia en el infractor. En nuestra sociedad, más que resocializar, la pena tiene una función inherente de estigmatizar, ya que “perpetúa al infractor en su rol de desviado por lo que la reacción penal contribuye a la consolidación de los patrones delictivos y limita severamente las expectativas del infractor”⁷⁵.

Para el funcionamiento del Estado de Derecho, es adecuado recurrir al Derecho penal y sus gravísimas sanciones si existe posibilidad de garantizar “una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales”⁷⁶. Conviene en este sentido, hacer mención de dos principios firmemente asentados en la ciencia penal actual, que sirven a una mejor concreción del postulado genérico de intervención mínima: la idea de subsidiariedad y fragmentariedad.

En primer lugar, la intervención subsidiaria del Derecho penal es un limitador de la potestad punitiva con un fundamento político-criminal, “que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales, precisamente porque el Estado de Derecho dispone de otros medios más eficaces y de menor coste social”⁷⁷. El principio de subsidiariedad expresa en síntesis, una exigencia básica y del todo relevante: la necesidad de jerarquizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente. De esta manera, las decisiones políticas que involucra el ámbito penal (en la esfera de la prevención) deben ocupar el último lugar en los planes sancionatorios del Estado.

En segundo lugar, se encuentra la intervención fragmentaria del Derecho penal. Significa “que el Derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”⁷⁸. De guisa tal, una de las exigencias del Estado de Derecho es precisamente que la punibilidad se limite a aquellas acciones u omisiones que por su dañosidad social y reprochabilidad merecen y requieren la sanción penal. “El Derecho penal no debe instrumentar una protección absoluta a todos los bienes jurídicos sino una tutela parcial y selectiva de los más relevantes y sólo frente a determinadas modalidades de

⁷³ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, (Barcelona, Editorial Ariel, 1962), I, p. 31.

⁷⁴ BECCARIA, Cesare, cit. (n. 11), p. 27.

⁷⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 585.

⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 86.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 587.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 128.

ataque a los mismos; las que entrañan un mayor riesgo; lo contrario sería propio del Estado policial u llevaría a una sensación de inseguridad en los ciudadanos”⁷⁹.

A pesar de lo preciso de la explicación, en la práctica se generan una serie de conflictos, ya que la determinación de las conductas concretas implica que el legislador debe optar o decidir y ello no es tan fácil de realizar ya que los bienes jurídicos a proteger siempre estarán influidos por condicionantes sociales, históricas y culturales.

d) Principio de culpabilidad

Una de las dimensiones más destacada de la ley penal es la de su carácter dinámico o aplicativo; que se refiere a la aplicación de las penas en ella prevista a los transgresores de la norma. Aquí la ley ya no ordena voluntades “sino que reprime aquellas voluntades que se han negado por cualquier causa a seguir la ordenación indicada”⁸⁰

Pero para que esta respuesta de reproche frente al ser humano sea correcta, eficaz y contundente, asignarle una significación que le permita erigirse como una real limitación a la potestad punitiva que detenta el Estado. El concepto más correcto desde un punto de vista jurídico penal a utilizar como criterio rector frente a la potestad punitiva es el político criminal y que justamente se caracteriza por ser bastante amplio en su racionalidad, ya que entiende que culpabilidad “expresa el conjunto de presupuestos necesarios para poder culpar a alguien por el evento que motiva la pena (presupuestos que naturalmente, afectan a todos los requisitos del concepto de delito)”⁸¹. Aquí, la exigencia de culpabilidad, como límite a la prevención, “reduce a sus límites imprescindibles la utilización del delincuente al fin de protección de los bienes jurídicos: en la medida en que sea posible conseguir tal fin respetando la naturaleza racional autónoma del hombre (es decir, haciéndole responder sólo por los hechos que le pertenecen en cuanto producto de su motivación normal, no es lícito perseguirlo desconociéndola)”⁸². Por lo tanto, y al tenor de lo expuesto, no importa ya la existencia o inexistencia del libre albedrío, sino si se puede atribuir el hecho a su autor (imputación subjetiva), y en qué medida cabe hacerlo. Culpabilidad es entonces equivalente a la normal motivabilidad del autor.

Explicada la situación relativa en la que se encuentra el principio de culpabilidad, se puede aseverar la clara posibilidad de extraer una serie de exigencias derivadas de este principio y que obviamente tienen importantes consecuencias limitadoras.

La primera es la exigencia de dolo o culpa, es decir, que no se aplicará pena alguna si el hecho no es imputable al autor a título de dolo o imprudencia, rechazando la responsabilidad objetiva. Lo dicho lleva a que nadie puede ser castigado, sino por las consecuencias queridas o previsibles que surgen de los propios actos de un sujeto determinado. La existencia de un

⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 45), p. 49.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 596.

⁸² MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 139.

Derecho penal que buscara crear responsabilidades por actos que no dependen bajo ninguna circunstancia de la conciencia o querer del ser humano debe ser tildado, tratado y criticado como arbitrario y anormal, ya que en estas situaciones la sanción penal pierde su carácter motivador, por lo que el castigo perdería toda justificación.

La segunda exigencia es la imperante necesidad de que la pena se contraiga al hecho propio. Estamos hablando de la individualización del castigo y que acontece en el momento de determinación judicial de la pena. “Ello significa que la pena no debe exceder del límite de la que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por más que pueda ser muy necesaria en el caso concreto por razones de prevención general o especial”⁸³.

La tercera exigencia (y final) cumple con el requerimiento de considerar las circunstancias reales en las que el autor se encontraba al momento de la comisión del delito, para que así las situaciones concurrentes puedan tener un rol relevante al momento de eximir o reducir la pena a aplicar. En otras palabras, el principio de culpabilidad, ante todo, “impide penar al autor de un hecho antijurídico en quien concurren determinadas condiciones psíquicas, personales o situacionales que le imposibilitan al acceso normal a la prohibición”⁸⁴.

Según las formulaciones expuestas, el principio de culpabilidad constituye un postulado del Estado democrático, pero además establece una garantía para los ciudadanos al momento de la actuación penal.

e) Principio de proporcionalidad

Este límite es aquel que en principio se crea para aquel momento denominado de conminación típica o abstracta y que se produce en el Poder Legislativo de cada país. El principio de proporcionalidad significa que la gravedad de la pena debe hallarse en relación con la gravedad del delito cometido. “Se rechaza el establecimiento de conminaciones legales y la imposición de penas que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global”⁸⁵. Este principio también es aplicable al Poder Judicial, toda vez que las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionales a la concreta gravedad de éste. “Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena”⁸⁶.

En síntesis, ahora no se trata de exigir la atribuibilidad del injusto del autor, sino de requerir proporcionalidad entre la gravedad del injusto y de la pena que se le asigna.

Este principio se asocia directamente con la idea de la prevención, a saber, su necesidad social, impone limitar la utilización de la pena por la idea de la proporción. Como ya escribía

⁸³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal: las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*² (Granada, Universidad de Granada, 1991), p. 247.

⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 600.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, cit. (n. 58), p. 260.

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 68), p. 111.

BECCARIA: “No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que les inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”⁸⁷.

Junto a lo precedente, estamos ante una exigencia del Estado democrático, y en donde un Derecho penal adecuado a esta necesidad debe “ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tiene los hechos a que se le asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es, en efecto, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado”⁸⁸.

f) Principio de salvaguardia de la dignidad humana

La potestad punitiva se debe adaptar y responder conjuntamente con el tiempo a la noción de humanitarismo, que no ha de ser comprendida como una señal de benevolencia, sino como una manifestación de la consagración y reconocimiento a la persona humana y su dignidad y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científica o teórica.

El concepto matriz de este principio es la resocialización del condenado, dejando sin validez la estigmatización que sufren aquellos que delinquen. Desde este punto de vista, debe eliminarse las penas ejemplificadoras que responden a un proceso de individualización judicial guiado por razones de prevención general, lo que lleva a la instrumentalización del sancionado. Con esto, se puede confirmar que la resocialización del delincuente debe constituir el fin de las penas con capacidad para legitimar y explicar racionalmente la existencia del conjunto del sistema penal. “Se trata, por tanto, de promocionar el desarrollo de la libre personalidad del individuo a través del ejercicio y la profundización de sus derechos y garantías fundamentales, y en última instancia de reconocer la primacía de lo personal (no sólo individual), en cuanto presupuesto de una participación libre y crítica de la persona, sobre lo estatal (...)”⁸⁹. Sólo un Estado democrático y social de Derecho que busque permanentemente este modelo permitirá hablar de un intento realista de ampliar las posibilidades de participación en la vida social del sancionado, a través de una serie de oportunidades con posterioridad al comportamiento antijurídico penalmente hablando.

En conclusión, el ideal resocializador, formulado positivamente “exige a los poderes públicos un vasto y generoso programa de prestaciones sociales a favor del penado que le permita superar el trauma de la privación de libertad, haciendo posible su reinserción social”⁹⁰. Sólo entonces el concepto de resocialización será una real y verdadera herramienta de ayuda para aquel sujeto, que producto de una construcción social segregadora y poco igualitaria o poco

⁸⁷ BECCARIA, Cesare, cit. (n. 11), p. 27.

⁸⁸ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 3), p. 142.

⁸⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 93.

⁹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, cit. (n. 1), p. 618.

educativa, que ha contravenido las normas sociales considerados a tal nivel de importancia, que han sido traspasados al ámbito penal, a la vez que un límite a la potestad punitiva que restringe en su máxima expresión la intervención penal del Estado en la actualidad.

CONCLUSIÓN

El Derecho penal, para que se pueda asociar en forma correcta y plena con los principios estructurantes de un Estado de Derecho, debe cumplir con condiciones mínimas que legitimen constitucionalmente la potestad punitiva del Estado. Tal como hemos revisado, el poder de castigar y la legitimidad misma del Derecho penal está condicionada a diversas exigencias que exceden de lo meramente legal y que se relacionan con el respeto a la dignidad de las personas, la exclusión de un Derecho penal moralizador, la proporcionalidad de la pena, entre otras ideas matrices que hemos analizado.

Sin embargo, durante el último tiempo, promovido por un populismo punitivo generado por la discordancia entre la sensación de justicia particular y social con respecto al ejercicio de la función jurisdiccional, y asistido por los medios de comunicación que promueven una percepción de fenómenos delictivos con una alarma desproporcionada, han afectado a la fase de conminación abstracta realizada por el Poder legislativo, en conjunto con el Poder Ejecutivo. Esta contingencia implica lamentablemente que en muchas ocasiones los gobiernos de turno (utilizando las herramientas que otorga el Estado de Derecho en el ámbito del control ciudadano) utilicen al Derecho penal, sin consideración a los límites de la potestad punitiva. Por ello mismo, se hace urgente en nuestros días, estructurar y reforzar el análisis de la creación legislativa a la luz de los elementos que estructuran nuestro Estado de derecho.

Frente a la labor legislativa, es menester delimitar la idea que se estima afectada con hipotéticas conductas que se pretenden penalizar, analizándolas a la luz de los principios y límites que deben respetar para garantizar los derechos y la dignidad de las personas en un Estado democrático. Sólo bajo un acucioso análisis de dichos elementos será posible establecer tipos penales que castiguen en forma objetiva conductas ofensivas para las personas y para la sociedad.

REFERENCIAS

- ANTÓN ONECA, José; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Reus, 1949), I, 640 pp.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Ediciones Akal, 1990), 310 pp.
- BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho penal en España* (Madrid, Editorial Tucur, 1977), 142 pp.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* (Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004), 128 pp.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español: parte general* (Barcelona, Editorial Ariel, 1984), 475 pp.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal: Parte General*⁵ (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), 998 pp.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español: parte general*³ (Madrid, Editorial Dykinson, 2002), 1174 pp.
- GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales* (Barcelona, Editorial Bosh, 1985), 404 pp.
- GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal* (Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2005), 815 pp.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1970), VII, 345 pp.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, (Barcelona, Editorial Ariel, 1962), I, 312 pp.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*⁷ (Buenos Aires, Editorial Euros, 2004), 781 pp.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*³ (Montevideo- Buenos Aires, Editorial B de F, 2007), 325 pp.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (Montevideo, Editorial B de F, 2007), 298 pp.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, *Sobre el concepto de Derecho penal* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981), 368 pp.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de derecho penal* (Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1963), I, 597 pp.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del derecho penal* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2005), 762 pp.

RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte general*¹⁸ (Madrid, Editorial Dykinson, 1995), 1071 pp.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas Ediciones, 1978), 358 pp.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*² (Buenos Aires, Editorial B de F, 2010), 689 pp.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal: las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico- práctica a sus problemas básicos)*² (Granada, Universidad de Granada, 1991), 265 pp.