



Universidad
Rafael Landívar
Tradicón Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco Euskal Herriko
Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

**RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON LOS
PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL
TESIS DE POSGRADO / TRABAJO FIN DE MÁSTER**

EDGAR ORLANDO RUANO GODOY
CARNÉ 2318808

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

**RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON LOS
PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL
TESIS DE POSGRADO / TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

TRABAJO PRESENTADO POR
EDGAR ORLANDO RUANO GODOY

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN
DERECHO “SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. EDUARDO VALDÉS BARRÍA, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LICDA. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO /
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

RECTOR:	SR. IÑAKI GOIRIZELAIA
SECRETARIO GENERAL:	SR. JOSÉ LUIS MARTÍN GONZÁLEZ
VICERRECTOR DEL CAMPUS DE ÁLAVA:	SR. JAVIER GARAIZAR CANDINA
VICERRECTOR DEL CAMPUS DE BIZKAIA:	SR. CARMELO GARITAONANDIA GARNACHO
VICERRECTORA DEL CAMPUS DE GIPUZKOA:	SRA. ANA ARRIETA AYESTARAN
VICERRECTOR DE EUSKERA:	SR. JON ZARATE SESMA
VICERRECTORA DE ESTUDIOS DE GRADO E INNOVACIÓN:	SRA. AMAYA ZARRAGA CASTRO
VICERRECTORA DE ESTUDIOS DE POSGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES:	SRA. NEKANE BALLUERKA LASA
VICERRECTORA DE PROYECCIÓN Y TRANSFERENCIA:	SRA. AMAIA MASEDA GARCÍA
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN:	SR. FERNANDO PLAZAOLA MUGURUZA
VICERRECTORA DE ESTUDIANTES, EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL:	SRA. MAITE ZELAIA GARAGARZA
VICERRECTOR DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR:	SR. XABIER ETXANIZ ERLE
GERENTE:	SRA. MIREN LOREA BILBAO ARTETXE

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

DECANA:	SRA. JUANA GOIZUETA VERTIZ (CALIDAD E INNOVACIÓN Y PROFESORADO)
VICEDECANA I DE ORDENACIÓN ACADÉMICA Y PROFESORADO:	SRA. ANA PÉREZ MACHIO
VICEDECANO COORDINADOR DE SECCIÓN Y RESPONSABLE DE EUSKERA Y PLURILINGÜISMO:	SR. IXUSKO ORDEÑANA GUEZURAGA
VICEDECANA DE POSTGRADO:	SRA. MAITE URIARTE RICOTE
VICEDECANA DE CALIDAD E INNOVACIÓN:	SRA. ANA ROSA GONZÁLEZ MURUA
VICEDECANO DE RELACIONES EXTERNAS Y ALUMNADO:	SR. JUAN MANUEL VELÁZQUEZ GARDETA
SECRETARIO ACADÉMICO Y RESPONSABLE DE PRÁCTICAS:	SR. MIKEL KARRERA EGIALDE

**DOCTORADO EN DERECHO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR:

DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA:

DRA. JUANA GOIZUETA VÉRTIZ

RESPONSABLE:

DR. FRANCISCO JAVIER CABALLERO
HARRIET

RESPONSABLE:

DR. LARRY ANDRADE-ABULARACH

COMISIÓN ACADÉMICA

PRESIDENTE:

DR. FRANCISCO JAVIER CABALLERO
HARRIET

VOCAL:

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA
GANUZAS

VOCAL:

DR. IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA

NOMBRE DEL ASESOR/DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADUACIÓN

DR. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN DE DEFENSA PÚBLICA

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

DR. ESTEBAN ANCHUSTEGUI IGARTUA

DR. LARRY AMÍLCAR ANDRADE-ABULARACH

CARTA DEL ASESOR / DIRECTOR



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Visto bueno del director de la tesina para su defensa:

El Dr. **GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS**, Director del trabajo fin de máster presentado por el estudiante del Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, D. **EDGAR ORLANDO RUANO GODOY**, titulado “**Relación del Derecho Constitucional con los Principios Informadores del Derecho Penal**”, considera que la tesina presentada cumple con los requisitos formales, metodológicos y de contenido exigidos, por lo que da el visto bueno para su defensa ante la Comisión Académica.

En Málaga, a 20 de agosto de 2014.

Fdo.: Dr. Guillermo Portilla Contreras



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071-2014

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante EDGAR ORLANDO RUANO GODOY, Carnet 23188-08 en la carrera MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO", del Campus Central, que consta en el Acta No. 07661-2014 de fecha 25 de septiembre de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON LOS PRINCIPIOS
INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO".

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de junio del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD



Universidad
Rafael Landívar
Tradicción Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Declaración de originalidad:

El Maestrando D **EDGAR ORLANDO RUANO GODOY**, por medio de la presente, DECLARO:

Que el Trabajo titulado **“Relación del Derecho Constitucional con los principios informadores del Derecho Penal”**, que presento para la obtención del título de Máster en “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” impartido por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, es original y que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están debidamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal y, en los casos que así lo requieran, cuento con las debidas autorizaciones de quienes poseen los derechos patrimoniales. Declaro igualmente que los materiales están libres de derecho de autor y me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual, exonerando de responsabilidad a la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea y a la Universidad Rafael Landívar.

En Guatemala, a 20 de agosto de 2014

Fdo.: D. **Edgar Orlando Ruano Godoy**.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Rafael Landívar

A los profesores del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad del País Vasco

Al personal del Programa de Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar

DEDICATORIA

A Dios, sea la gloria por su amor y misericordia.

A mi esposa Norma Evelyn Arana Rivera, por todo su amor, comprensión y paciencia durante este tiempo. Gracias mi amor.

A mis hijos Edgar Daniel, Evelyn Gabriela y Javier Orlando, como una muestra de mi amor, porque sin su apoyo no hubiera sido posible alcanzar la meta.

A mis padres Pascual Rigoberto Ruano Chilín (quepd) e Irma Esperanza Godoy Pazos, por su incondicional apoyo, eternamente agradecido.

A mis hermanas, cuñadas y sobrinos, con mucho afecto.

RESUMEN DEL TRABAJO

Los principios informadores del Derecho Penal, son indispensables para limitar el ejercicio del *ius puniendi*, así como para garantizar los derechos fundamentales de las personas en el ejercicio de la actividad estatal punitiva. Sin embargo, su estudio se debe realizar no solamente dentro del ámbito del Derecho Penal, sino que además, conforme a la Constitución Política de la República, pues, debido a la importancia que los mismos tienen, han sido incorporados al texto constitucional. Estos principios orientan al Derecho Penal hasta convertirlo en un Derecho Penal mínimo, que a pesar de sus imperfecciones, constituye actualmente el sistema más completo para lograr la convivencia social quebrantada por la actividad delictiva.

ABSTRACT

Informing of criminal law principles, are essential to limit the exercise of the right to punish, *ius puniendi*, and to ensure the fundamental rights of persons in the exercise of the punitive state action. However, their study should be performed not only in the field of criminal law, but also, according to the Constitution of the Republic, then, due to the importance that they have, have been incorporated into the Constitution. These principles guide the criminal law to make it a minimal Criminal Law, despite its imperfections, is currently the most comprehensive to achieve social harmony broken by criminal activity system.

**RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON LOS
PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓNI
---------------------	--------

CAPÍTULO I

VINCULACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Relación del Derecho Penal con el Derecho Constitucional1
2. Constitucionalización del Derecho Penal5
3. Estado Democrático de Derecho y Derecho Penal8
4. Funciones del Derecho Penal14
5. Constitución y Garantismo Penal17
6. Interpretación conforme a la Constitución19

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL (I)

1. Límites al <i>ius puniendi</i>24
2. Principio de mínima intervención – <i>ultima ratio</i> -30
3. Bien jurídico tutelado34

3.1	Importancia	34
3.2	Instrumentos que no son jurídicamente obligatorios	37
3.3	La Constitución y los bienes jurídicos tutelados	38
4.	Legalidad	42
4.1	Importancia y origen	43
4.2	Trascendencia del Principio de Legalidad en el Estado Democrático de Derecho.	46
4.3	Sustento constitucional del Principio de Legalidad	48
5.	Irretroactividad	50

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL (II)

1.	Proporcionalidad	54
1.1	Importancia	55
1.2	Inconstitucionalidad por desproporción de la pena	59
2.	Culpabilidad	63
3.	<i>Ne bis in idem</i>	67
3.1	Importancia y origen	67
3.2	Su inclusión en la Constitución	69
4.	Resocialización	72

4.1 Importancia72
4.2 Su inclusión en la Constitución73
4.3 Necesidad de la reinserción76

CAPÍTULO IV

PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

1. Importancia82
2. Su incorporación en la Constitución84
3. Fines de la Pena85
3.1 Corrientes Justificativas86
3.1.1 Prevención general86
3.1.1.1 Prevención general negativa88
3.1.1.2 Prevención general positiva89
3.1.2 Prevención especial90
3.2 Corriente Abolicionista91
4. Prohibición de la pena de muerte93
5. Prohibición de penas corporales 100
5.1 Castración química 100

CONCLUSIONES105
--------------	----------

BIBLIOGRAFÍA107
--------------	----------

INTRODUCCIÓN

Dos de las disciplinas jurídicas que más impacto causan en la praxis jurídica y de las que se han elaborado diversos estudios doctrinarios para el efecto, lo constituyen el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. La relación producida entre ambos es vinculante, pero no novedosa, pues se mantiene constante desde los tiempos de la ilustración. La relación es de tal magnitud que probablemente de todas las disciplinas jurídicas, sea el Derecho Penal el que más se relaciona con el Derecho Constitucional, debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo pretende proteger, como la vida, la libertad, etc., con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social.

Pero, para lograr esos propósitos, el Estado no puede utilizar mecanismos arbitrarios, so pretexto de combatir la criminalidad de manera eficiente. Estos mecanismos son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, porque en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al derecho penal, que no pueden tergiversar el contenido de la Constitución y se desarrollan en definitiva, en forma coherente con el texto supremo. El constitucionalismo humanista actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales. Igual situación acontece en el Derecho Penal con el garantismo. En ese sentido, en el Estado Democrático de Derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegal y más grave.

Generalmente, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal son analizados de manera aislada y en pocas ocasiones se ha realizado un trabajo doctrinario que aborde la relación existente entre ambas ramas del derecho con relación a un tema específico. Ésta es precisamente la finalidad que se pretende cumplir con la investigación: analizar los principios informadores del Derecho Penal, tanto en su propio ámbito, como desde una óptica constitucional.

El trabajo investigativo se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el Capítulo I, se realiza una exposición de la vinculación entre el Derecho Penal con la Constitución; la constitucionalización del Derecho Penal; la relación entre el Estado Democrático de Derecho y el Derecho Penal; sus funciones, así como el nexo entre la Constitución con el garantismo penal y la importancia de la interpretación conforme a la Constitución, debido a que ésta irradia las demás disciplinas jurídicas. En el Capítulo II se justifica la importancia que tiene poner una limitación al *ius puniendi*; y se desarrollan los primeros principios informadores del Derecho Penal como lo son: el de mínima intervención, el bien jurídico tutelado, el de legalidad y el de irretroactividad.

El Capítulo III, desarrolla el principio de proporcionalidad, donde se enfatiza su importancia, pero sobre todo la inconstitucionalidad por desproporción de la pena. Aunado a ello, se exponen los principios de culpabilidad y de *ne bis in idem* y se analizan los pros y contras de la resocialización, que como prevención especial negativa se encuentra en el texto constitucional.

Por último, en el Capítulo IV, dada su especial importancia, se estudia lo concerniente al principio de humanidad de las penas: importancia, fines de la pena, prohibición de la pena de muerte y la prohibición de las penas corporales, donde se prioriza el análisis crítico de la aplicación de la denominada “castración química” y su desbordante inutilidad práctica.

CAPÍTULO I

VINCULACIÓN DEL DERECHO PENAL CON LA CONSTITUCIÓN

1. Relación del Derecho Penal con el Derecho Constitucional

En el ámbito contemporáneo resulta inexorablemente vinculante la relación producida entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Esta relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, no es nueva, pues como sostiene TIEDEMANN,¹ es un tema presente en los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la ilustración.² En efecto, de todas las disciplinas jurídicas, es muy probable que sea el Derecho Penal el que más se relaciona con el Derecho Constitucional, debido a los bienes jurídicos de carácter primordial que el mismo pretende proteger, como la vida, la libertad, etc., con el propósito de lograr el mantenimiento de la convivencia social.³ Asimismo, estudia otro tema sensible como

¹ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. Año 11 número 33. septiembre – diciembre 1991, pp. 145 y 146.

² A ese respecto, TIEDEMANN, *Ibidem*, p. 146, lo explica de la siguiente manera: “*Esas ideas fundamentales que comportan la limitación del Estado en su más grave expresión como poder punitivo, originariamente tan sólo como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo desde la Revolución francesa y durante doscientos años en los textos constitucionales y en los Códigos Penales, si bien en amplitud y precisión diversas. La lucha por el Estado liberal de Derecho, a imagen del movimiento constitucional de los Estados Unidos de América, fue también en la Alemania el siglo XIX la lucha por un proceso penal justo y con garantías, algo que hoy resulta evidente.*”

³ En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que contiene el Código Penal de España, se expone lo siguiente: “*Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar.*”

las penas que pueden aplicarse a los sujetos que cometen el hecho delictivo, donde se pretende limitar la utilización del *ius puniendi*.

El Derecho Constitucional no solo contempla las bases que rigen el sistema jurídico y político de un país, sino que además, contiene una serie de derechos fundamentales, valores y principios democráticos, propios de un verdadero Estado de Derecho⁴, los cuales deben ser defendidos indefectiblemente por el conglomerado social, mediante la utilización de los mecanismos de protección que la propia Constitución establece para ese motivo.

La Constitución expresa LANDA ARROYO,⁵ no solo es una norma política, sino también una norma jurídica o manifestación suprema del ordenamiento jurídico, ya que en ella se encuentran las bases de todas las disciplinas del derecho; lo que PELLEGRINO ROSSI llamaría «*les têtes de chapitres*». Efectivamente, de acuerdo con esta denominación de ROSSI, las diferentes disciplinas jurídicas se fundamentan en la Constitución, dada su propia naturaleza de norma suprema, pues a la larga, directa o indirectamente, toda rama del Derecho tiene su punto de apoyo en la Constitución, como acertadamente lo afirma GARCÍA BELAUNDE.⁶

⁴ Es precisamente dentro de este ámbito, que BARRIENTOS PELLECCER, César, Los Poderes Judiciales. Talón de Aquiles de la Democracia. Magna Terra Editores, Guatemala, 1996, p. 15, expresa que: “*En el largo proceso de evolución social, la historia demuestra que la mejor forma de ejercer el poder es a través del derecho. La organización política-jurídica de un pueblo soberano, establecido en un territorio determinado para garantizar a sus habitantes el goce de derechos y libertades individuales y la realización del bien común es lo que se conoce como Estado de Derecho.*”

⁵ LANDA ARROYO, César. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. Anuario de Derecho Penal 2005. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2006, p. 76.

⁶ En ese sentido, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, dice lo siguiente: “*La Constitución es un conjunto articulador; es decir, una especie de eje central que ordena o pretende ordenar el resto del ordenamiento jurídico, al cual se concibe como una unidad. A diferencia del Derecho civil y del Derecho penal que son conjuntos normativos específicos cerrados en sí mismos con poca o ninguna relación con el resto de áreas del Derecho (aun cuando sea general su ámbito de aplicación), la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico, siendo así exacto lo que en el siglo pasado afirmó Pellegrino Rossi, de que la Constitución es tan sólo el encabezamiento (tetas de Chapítire) de todo el ordenamiento jurídico (en este sentido, la totalidad del ordenamiento puede ser comparado con un libro y cada capítulo como una determinada rama del Derecho; pues bien, la Constitución debería ser o es el título que tiene cada capítulo de la obra; el que señala los grandes contenidos, pero no los describe ni los explica en detalle).*” La interpretación Constitucional como problema. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 86, octubre – diciembre, Madrid, España, 1996, p. 28.

La Constitución se encuentra estructurada formalmente por normas jurídicas, pero en su conjunto, no se trata de un cuerpo normativo cualquiera, sino de una norma especial, que modernamente ha dejado de ser considerada como un conjunto de normas jurídicas de carácter supremo con poco valor práctico.⁷ Debe recordarse, que desde el punto de vista de la supremacía formal de la constitución, siguiendo la concepción unitaria del ordenamiento jurídico promulgada por el autor austriaco Hans KELSEN, la Constitución constituye una *norma normarum* que fundamenta y proporciona validez a las demás normas jurídicas.

Es decir, la misma se constituye en una fuente de fuentes del derecho, por medio de la cual el ordenamiento jurídico debe adecuarse ineludiblemente a lo establecido en la Constitución.⁸ Pero, también es cierto que no se incluyen dentro de la misma únicamente disposiciones, sino que además de reglas, se encuentra constituido por principios y valores que el Estado pretende proteger con su implementación en el texto constitucional, siendo su carga axiológica muy importante⁹.

⁷ SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1988, p. 3, expone lo siguiente: “(...) la Constitución ya no es sólo la norma suprema dirigida a condiciones de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través el tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social. Como escribe Guastini, la función política de las Constituciones puede entenderse de dos formas: Bien como límite al poder, bien como instrumento de modelación del orden social (...)”

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª Edición. Civitas, Madrid, España.1988, pp. 49-50, explica, respecto de la supremacía de la Constitución, que:“(...) la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las "normas de producción", la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido” Por su parte, VERNET I LLOBET, Jaume, Sistema de Fuentes y la Constitución. En Temas de Derecho Constitucional (1). Cedecs Editorial. Barcelona, España, 1998. p. 612, manifiesta que: “La supremacía formal presupone que la Constitución constituye la fuente de fuentes del derecho (norma normarum) y que la constitución goza de una rigidez especial”, mientras que “La supremacía material tiene como consecuencia la limitación del contenido de todas las demás normas. Esta limitación consiste en la adecuación de todo el Ordenamiento jurídico a la Constitución”.

⁹ Resulta muy interesante observar lo manifestado por ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho. Gedisa Editorial. Barcelona, España, Segunda Edición, 2004, p. 159, en relación a la ponderación que debe otorgarse a los principios y valores. Al respecto, el citado autor expresa: “La Constitución no es ya solo base

Ahora bien, específicamente la relación del derecho constitucional respecto del Derecho Penal, se manifiesta en la influencia que ejerce la constitución sobre el mismo, puesto que dado el carácter supremo de las disposiciones normativas contenidas en la constitución, se establecen las bases fundamentales en virtud de las cuales deben fundamentarse las leyes secundarias. De tal manera, que si las disposiciones normativas de carácter penal (infraconstitucionales) son contrarias a las normas constitucionales, entonces podrían ser expulsadas del ordenamiento jurídico, o bien, inaplicadas al caso concreto, dependiendo de los sistemas que en materia de inconstitucionalidad rijan en cada país. También puede considerarse, que en el Derecho Penal, tanto material como adjetivo, deben observar los principios, valores y derechos constitucionales. Entre estos se pueden mencionar los siguientes: igualdad, legalidad, inocencia, debido proceso, libertad, justicia, entre otros.

A la exigencia de la supremacía constitucional,¹⁰ se adiciona la función que desempeña el Tribunal Constitucional en la defensa de la Constitución.¹¹

de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estados social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales."

¹⁰ Con relación a la supremacía constitucional, *NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto*, Revista de Derecho. Vol. 14, Chile, 2003, p. 43, considera que: *"La supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla."*

¹¹ *LANDA ARROYO, César* *Óp. cit.* p. 76, comenta en qué consiste la actuación del Tribunal Constitucional, al manifestar que: *"Esa influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal a menudo se hace concreta en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución. Por un lado, debido a que este tribunal no solo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del derecho penal y desde el derecho penal y, por otro, a que también asume un rol activo, en cuanto se determina y otorga contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales. Así, hace a la dogmática penal conforme —de manera concreta o abstracta— con el derecho constitucional. Precisamente, es por medio de la interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera positiva a superar las limitaciones de la dogmática penal para hacer frente a fenómenos que, como el terrorismo y la corrupción, han puesto en cuestión el propio sistema democrático- constitucional. Por ello, en el presente artículo se realiza un estudio acerca de la interpretación constitucional, para después analizar, por un lado, cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional el principio de legalidad penal y, por otro, si este puede realizar un control de la tipificación penal."*

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹² expone que cuando existe un Tribunal o Corte Constitucional, la tendencia en el Constitucionalismo Humanista es concederle a ese órgano la primacía final en la interpretación de la Carta Fundamental, pues considera que de esa forma se produce uniformidad hermenéutica, quedando sometido a su escrutinio incluso el juez ordinario. La jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional es de suma importancia para efectos prácticos, tanto en la resolución de casos concretos, como en su análisis doctrinario.

2. Constitucionalización del Derecho Penal

La relación entre Derecho Constitucional y el Derecho Penal es enorme. De tal manera, que los principios propios del Derecho Penal han sido constitucionalizados. Efectivamente, desde el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF) (*Bundesverfassungsgericht*, con sede en Karlsruhe,¹³ en 1951, y luego Italia, en 1956 con la creación de su Corte Constitucional (Corte Costituzionale)¹⁴. Fueron pues, estos dos países los primeros países europeos en adoptar el modelo de tribunales constitucionales. España¹⁵ en cambio, instituyó dichos tribunales en 1978

¹² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 1980-2005. Cuadernos Tribunal Constitucional, número 33. Chile, 2006, p. 15.

¹³ Este Tribunal se compone de dos senados, cada uno de los cuales se conforma con ocho miembros. Cuatro son elegidos por un comité del *Bundestag* y los cuatro restantes por el denominado *Bundesrat*, con una mayoría de dos tercios. Lo anterior, provoca irremediamente que se busquen acuerdos o compromisos entre el partido político gobernante y la oposición. Esto permite garantizar la independencia política y la imparcialidad de los jueces, dos aspectos trascendentales en un Estado Democrático de Derecho. La composición del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se encuentra regulada por el artículo 94 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

¹⁴ El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución de la República de Italiana, se compone con quince jueces, los cuales son nombrados por: el Presidente de la República (un tercio); el Parlamento en sesión conjunta en ambas Cámaras (otro tercio), y el tercio restante, por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas.

¹⁵ Al respecto, el artículo 159.1 de la Constitución Española, prescribe lo siguiente: “*Artículo 159.- 1. El tribunal constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. 2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. 3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un periodo de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos;*

con el surgimiento de su Tribunal Constitucional. Posteriormente se produjo en Latinoamérica la creación de Tribunales Constitucionales, independientes del poder judicial, como los casos de Guatemala,¹⁶ Colombia y Perú. Actualmente, se ha revalorizado la función que desempeña el juez, que ha pasado de ser un simple aplicador de la ley a un garante de la Constitución.

El término “constitucionalización” es de utilización reciente en la doctrina constitucional. Sin embargo, la importancia de su implementación estriba en la nueva visión que se pretende dar a la normativa jurídica que regula las distintas disciplinas jurídicas. Se busca precisamente analizar la conflictividad que se presente en la práctica forense, pero desde una visión constitucional. Es decir, teleológicamente se persigue la interpretación del derecho, desde una visión estrictamente constitucional y no exclusivamente por la supremacía constitucional.¹⁷

con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial. 5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.”

¹⁶ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es un tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función es la defensa del orden Constitucional, actúa como Tribunal Colegiado con independencia de los demás organismos del estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad, es un órgano extra poder en el ordenamiento jurídico guatemalteco, de tal manera que inequívocamente se constituye en el máximo intérprete de la Constitución Política de la República. La propia Corte se excluye de ser un poder político. “(...) La Corte de Constitucionalidad no es un poder político, y de ahí que no le sea permitido sustituir al Congreso de la República en la oportunidad de emisión de una ley, sino que la labor de la Corte debe circunscribirse a determinar si la ley objetada de inconstitucionalidad violenta o no el texto constitucional. Para realizar esta última labor debe tenerse presente que este tribunal, en su desarrollo jurisprudencial ha precisado que el análisis para establecer la compatibilidad entre un precepto constitucional y otro de inferior jerarquía -impugnado de inconstitucionalidad- debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad y conveniencia de las decisiones tomadas por él, no sólo porque la función del tribunal constitucional es la de intérprete y no de legislador, sino porque el Organismo Legislativo, como representante directo de la voluntad popular, dispone de distintas alternativas al momento de legislar, siempre dentro del marco fijado por la Constitución.” Sentencia del trece de agosto de dos mil tres; expediente No. 825-00. Gaceta No. 69.

¹⁷ En ese sentido, los autores CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la Constitucionalización del Derecho? En *Quid Iuris*. Publicación del Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, Año 6, volumen 15, México, 2011, p. 34, estiman que: “La diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el último la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco” que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas. Así, la

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico debe imprescindiblemente ser interpretado y analizado desde una óptica distinta: desde la óptica constitucional. La visión interpretativa de los textos legales ya no puede ser realizada exclusivamente de conformidad con sus propios principios rectores de manera exclusiva. La Constitución ha cobrado tal importancia que recientemente ha surgido una nueva teoría denominada: “Constitucionalización del derecho”, que con una nueva visión omnicomprendensiva pretende esencialmente efectuar una interpretación integral del ordenamiento jurídico a partir de la propia Constitución. COMANDUCCI¹⁸ sustenta que: *“Se trata de un proceso al término del cual el derecho resulta “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado.”*

El constitucionalismo en Latinoamérica, con evidente influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, propugna por la constitucionalización de los Derechos Humanos.¹⁹ Pero, no sólo de los derechos humanos *per se*, sino de las distintas disciplinas jurídicas. El Derecho Penal, sin limitar sus propios métodos, debe ser interpretado desde una óptica constitucional, de tal manera que sus disposiciones se ajusten al texto constitucional y las personas tengan la percepción de que el mismo se subordina a una Constitución promulgada dentro de un Estado Democrático de Derecho.

“constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la Ley Fundamental, sino también procede de otros factores.”

¹⁸ Cfr. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico. En Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho número 16, ITAM, México, abril 2006, p. 95.

¹⁹ En ese sentido, BREWER-CARÍAS, Allan, manifiesta lo siguiente: *“Si algo caracterizó al constitucionalismo latinoamericano de la segunda mitad del Siglo pasado fue el progresivo proceso de fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno y su constitucionalización”*. Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho de Venezuela” Universidad Católica Andrés Bello, N° 2 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2001 p. 63.

3. Estado Democrático de Derecho y Derecho Penal

Para que un Estado pueda adquirir el calificativo de democrático, no basta con que la participación democrática pueda limitarse exclusivamente a la elección de candidatos a la Presidencia de la República, diputados o alcaldes, puesto que en este supuesto, se produce lo que el cientista argentino, O'DONNELL ha denominado "democracia delegativa".²⁰ Este tipo de democracia se produce en Latinoamérica, según SIERRA MADERO,²¹ debido al bajo nivel educativo de los electores, pues los mismos son fácilmente manipulables por las campañas "publicitarias" de los partidos políticos, quienes delegan en los representantes populares, la toma de decisiones, lo que provoca que se dificulte aún más la transparencia y rendición de cuentas.

Más que un matiz de "democracia delegativa", el Estado Democrático persigue no solamente dentro de una concepción de Constitucionalismo del Estado como objetivo la limitación del poder; la organización y funcionamiento del mismo y como núcleo los órganos estatales, sino que dentro de un Constitucionalismo Humanista, se persigue como objetivo la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales, donde exista una Constitución Plena, en la cual su núcleo sea la persona humana y no solamente la organización estatal y la limitación al poder del Estado.

²⁰ Para obtener una mejor explicación en cuanto a esta concepción, O'DONNELL, Guillermo Democracia Delegativa. Revista *Journal of Democracy* en Español, Vol. 1, Julio 2009, p. 13, es del criterio que: "A menudo, las DD utilizan recursos como la segunda vuelta electoral si en la primera vuelta no se produce una clara mayoría. Esta mayoría debe crearse para respaldar el mito de la delegación legítima. Además, la DD es muy individualista, pero de un modo más hobbesiano que lockeano: se espera que los votantes elijan, independientemente de sus identidades y afiliaciones, al individuo más apropiado para hacerse responsable del destino del país. En las DDs las elecciones constituyen un acontecimiento muy emocional y en donde hay mucho en juego: los candidatos compiten por la posibilidad de gobernar prácticamente sin ninguna restricción salvo las que imponen las propias relaciones de poder no institucionalizadas. Después de la elección, los votantes (quienes delegan) deben convertirse en una audiencia pasiva, pero que vitoree lo que el presidente haga."

²¹ Cfr. El Estado de Derecho y el Estado y el Imperio del Derecho en México durante la transición a la Democracia. Anuario de la Facultad de Derecho. Vol. XXIV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, España, 2006, p. 255.

BACIGALUPO²², expresa que es en el Estado Democrático donde los derechos fundamentales tienen una eficacia directa. Agrega, que su validez "como derecho vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía", por lo que es posible afirmar que su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado.²³ La Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrita en la ciudad de Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, prescribe en su artículo 3º, lo siguiente:

“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”

Por su parte, el artículo 1.º, 1, de la Constitución de España, contempla la expresión: “Estado social y democrático de Derecho”. Al respecto de esta expresión, MIR PUIG,²⁴ asevera que:

“Con ella la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los

²² BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL, Argentina, 1999, p. 14.

²³ Para que una Constitución sea legítima no basta solamente con que la misma haya emanado formalmente, sino cuando es resultado de un proceso democrático obtenido mediante un reconocimiento de la voluntad popular expresado en las votaciones libres. A ese respecto, Jorge Mario García Laguardia, expresa que el problema de la legitimidad están en la base de la estabilidad política y constitucional. Agrega que una constitución es legítima, sólo cuando es reconocida, no simplemente como situación de hecho, sino cuando la fuerza y la autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La única legitimidad hoy aceptada es la democrática, basada en la idea de que el Estado es la unidad política de un pueblo y el modo y forma de la existencia política se determinan por la libre voluntad de la comunidad. Indica que una constitución es legítima, únicamente cuando es producto de un consenso popular y democráticamente obtenido. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. La defensa de la Constitución. Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1983, pp. 5 y 6.

²⁴ MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosh Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, Segunda Edición, 1982, p. 21.

principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite añadir la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. La importancia respectiva que se atribuya a cada una de las tres componentes examinadas dependerá en forma notable de la concreta visión política de que se parta. Aquí, sin embargo, sólo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones del "Estado social y democrático de Derecho": es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social."

En el caso de Guatemala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Constitución Política de la República, Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. En cuanto a su sistema de Gobierno, el mismo es republicano, democrático y representativo. En ese aspecto, observa el modelo clásico, producto de la ilustración, de la división de poderes o separación de funciones, según la cual, es el pueblo quien mediante el sufragio delega la soberanía.²⁵ No obstante, que Guatemala cuenta con un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, la Corte de Constitucionalidad²⁶ consideró en sentencia del treinta y uno de octubre de dos mil trece; expediente 936-20123, que si bien es cierto, la tendencia en Guatemala es hacia una democracia

²⁵ En Guatemala, se sigue el modelo clásico de la división de poderes, por medio del cual el pueblo delega su soberanía. De esa forma, los tres poderes se constituyen por el Legislativo (unicameral), el que se encuentra integrado por diputados que son electos mediante sufragio universal el cual es indelegable, para un período prorrogable de 4 años (artículos 157 a 172 de la Constitución Política); Ejecutivo, integrado por un Presidente de la República y un Vicepresidente, quienes son electos para un período improrrogable de 4 años, por el voto ciudadano indelegable (artículos 182 a 202 de la Constitución Política de la República); y Judicial, siendo elegida la Corte Suprema de Justicia por el Congreso de la República, de una nómina de abogados seleccionada por una comisión de postulación, en la que participan abogados electos, decanos de las facultades de derecho y Magistrado de las Salas de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia (artículos 203 a 222 de la Constitución Política de la República).

²⁶ En la parte conducente de la relacionada sentencia, la Corte de Constitucionalidad al respecto, expresó lo siguiente: *"El Estado de Guatemala ha adoptado el sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, según lo establece el artículo 140 de la Constitución Política de la República, y si bien la tendencia es hacia una democracia participativa, toda su estructura jurídica y política aún atiende al sistema representativo, en el que los ciudadanos ceden a los partidos y organizaciones políticas el papel de argumentar, desarrollar, defender y difundir sus intereses y objetivos(...)"*

representativa, toda su estructura jurídica y política aún tiende al sistema representativo.

En Guatemala, la Constitución Política de la República de 1985, prescribe en el artículo 141, que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estando prohibida la subordinación entre los mismos. De tal manera, que respecto al Organismo Judicial, la Constitución Política dedica el Capítulo IV, de los artículos 203 al 222, a su regulación. Como lo asevera José Vicente GIMENO SENDRA²⁷:

“De nada serviría proclamar la sumisión del Estado al derecho, el principio de que la aplicación de las leyes a los casos controvertidos se realizará a través de unos procesos con plenas garantías para las partes y por jueces y magistrados independientes, si dicha facultad puede ser sustraída de la jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares que, aun cuando puedan tener los aspectos funcionales de la jurisdicción (conocer, decidir y ejecutar), no posean los orgánicos (independencia e imparcialidad).”

Para que exista un verdadero Estado Democrático de Derecho debe existir un respeto irrestricto de los derechos humanos. En ese sentido, FIX ZAMUDIO²⁸ reconoce que no existe duda que uno de los temas esenciales de nuestra época es el relativo a los Derechos Humanos, cuya protección quedó por muchos años únicamente en el ámbito interno de los Estados, especialmente por medio de las declaraciones de derechos, primero de carácter individual y, posteriormente, en el ámbito social.

En pleno siglo XXI, en su segunda década, es vital redireccionar la visión programática de los Derechos Humanos, de tal manera que ante tanta trasgresión a los mismos, resulta imprescindible superar el conocimiento teórico, el cual ha sido

²⁷ GIMENO SENDRA, José Vicente. Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas Ediciones SL. Madrid, España, 1981, nota 6, pp. 85 y 86.

²⁸ FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, número 1 enero-junio 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 141.

bien implementado por cierto, e interrelacionarlo en forma inescindible con su observancia práctica. Por esos motivos es que resulta actual la famosa frase de BOBBIO,²⁹ en el sentido de que lo más importante de los Derechos Humanos no era ya tanto su consagración y coherencia teórica, sino su aplicación práctica. DE LOS REYES ARAGÓN estima que por el contrario, esta visión práctica supone incrementar los esfuerzos para defender la noción de los Derechos Humanos como fiel de la balanza, control de razonabilidad y límite de las medidas (cada vez más cotidianas) para alcanzar la seguridad de los Estados.³⁰ Santiago MIR PUIG³¹ declara:

“En un Estado social que además sea democrático y de Derecho, el Derecho penal ha de proteger los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos básicos de los que depende la libertad y la igualdad, mediante una prevención de delitos que no busque sólo su eficacia, sino también evitar la vulneración de ciertos derechos fundamentales del acusado derivados de su dignidad humana y que la pena implique un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales del acusado. Asimismo, y para promover la igualdad, ha de tratar de compensar de algún modo los condicionamientos sociales del delito facilitando la reinserción social del condenado.”

En un Estado de Derecho³² resulta trascendental el respeto de los derechos fundamentales, sobre todo en este tiempo donde parece privilegiarse como fin la “eficacia”, sin que importe siquiera la manera de alcanzarla, aún a costa del irrespeto de los derechos mencionados. De producirse esta inobservancia de los derechos inalienables de las personas, con la implementación de un real o supuesto ataque de

²⁹ Citado por DE LOS REYES ARAGÓN, Wilson, Algunos Elementos para Construir una Definición de Derechos Humanos. En Revista Estudio Socio-Jurídica, Bogotá, Colombia, Julio-diciembre de 2008, p. 159.

³⁰ *Ibid*, p. 159.

³¹ MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, p. 61.

³² FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2000, pp. 91 y 92, es de la opinión, respecto al Estado de Derecho, que: “Podemos caracterizar al “Estado de derecho” como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. La democracia por otra parte, ha sido eficazmente definida como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos.”

“enemigos”, a los cuales se les considera como no-personas, se desnaturalizaría los fines propios del Derecho Penal y se deslegitimaría el Estado de Democrático de Derecho.

PORTILLA CONTRERAS³³ expresa fundadamente, que en los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, intenta legitimar la estructura de un Derecho Penal y procesal sin garantías, la flexibilización de los principios procesales, aquéllos, de corte liberal, que han contribuido a la defensa de la persona: el principio de presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, el derecho a un proceso justo, etcétera.

En el Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias expone FERRAJOLI.³⁴ En otras palabras, agrega, la violencia de las penas, legítima solo en cuanto y en la medida en que sea capaz de prevenir violencias mayores producidas por los delitos y por las reacciones a los delitos que se cometería en su ausencia. Debe defenderse incesantemente la plena observancia de los derechos constitucionales y su eficacia directa.

La legitimidad constitucional del Estado depende que el mismo pueda garantizar los referidos derechos y proteger sin distinción a las personas con un uso racional y limitado de los mecanismos que posee, con el objeto que prive realmente un verdadero Estado Democrático de Derecho y un Derecho Penal que aplicar verdaderamente la limitación al *ius puniendi*.

³³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Bases Teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del “enemigo”. En *IUS*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. 2007, p. 24.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. *Óp. cit.*, p. 92.

4. Funciones del Derecho penal

El ser humano es un ser social por naturaleza. No puede vivir en forma aislada de manera permanente, pues necesita de otros seres humanos para poder satisfacer sus necesidades básicas y accesorias y por ende, de poder subsistir. De tal manera, que la sociedad persigue, por medio del derecho,³⁵ el establecimiento de normas de observancia obligatoria por el conglomerado social, con el propósito de mantener la convivencia social.³⁶ MUÑOZ CONDE, en ese aspecto, afirma que la existencia del ego supone necesariamente la existencia del Alter, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Es por eso que estima que esa convivencia no es, ni mucho menos idílica, sino conflictiva, pues es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás, lo que le da la posibilidad de un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.³⁷

No obstante, cuando su conducta rompe con el ámbito de convivencia preestablecido por la propia sociedad, se produce el supuesto hipotético

³⁵ *“El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todos sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción éntrelos miembros de una comunidad que consume a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan.”* MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Editorial Universitaria de Jerez, España, 1985, p. 22.

³⁶ *“Como medio de control social, el Derecho penal cumple su función mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. El Derecho penal obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes – que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social- que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de “todos los ciudadanos”, con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.”* RODRÍGUEZ MESA, María José. Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Granada. Granada, España, 2007, p. 14.

³⁷ *Op. cit.* p. 21.

contemplado en la norma predeterminada y por lo tanto, la consecuencia jurídica contenida en el precepto normativo, puede ser aplicada al infractor de la misma, como una forma de control social. El ordenamiento jurídico establece las sanciones que se impondrán a los infractores por haberse violentado la convivencia social. De esta manera encontramos cómo las distintas disciplinas jurídicas, contemplan las sanciones que deberán imponerse como consecuencia de la transgresión sucedida (de tipo administrativo, civil, laboral, etcétera, según sea el caso). Únicamente, debido a la gravedad de las infracciones cometidas, se impondrán las sanciones de tipo penal: penas y medidas de seguridad, pues, como lo afirma ROXIN,³⁸ el Derecho Penal en sentido formal, es definido por sus sanciones. En una consideración puramente jurídica, manifiesta BACIGALUPO,³⁹ el Derecho Penal se caracteriza por ser un *conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas*.

Lo que diferencia sustancialmente al Derecho Penal de otras ramas del derecho considera, es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena.

³⁸ ROXIN, Claus considera que: “*El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio (§§ 211 ss. *), las lesiones (§§ 223 ss.), el hurto (§§ 242 ss.), etc., pero también p.ej. las disposiciones sobre error (§ 16 s.), capacidad de culpabilidad (§§ 19 ss.), legítima defensa (§ 32), etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones de los §§ 38-76 a, que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad. Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídicopenales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.*” Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, p. 41.

³⁹ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 3.

En ese sentido, efectivamente, debe recalcar que debido a la forma violenta que responde el Estado, no cualquier infracción al ordenamiento jurídico puede considerarse como delictiva, sino únicamente cuando como resultado de una conducta, de acción u omisión o de comisión por omisión, acontezca el supuesto jurídico contemplado previamente por la ley y calificado como de mayor gravedad (delito).

La primera de las funciones que tradicionalmente se ha atribuido al Derecho Penal es la de ser retributivo. Es decir, su actuación es *post facto*, debido a que interviene con posterioridad a la comisión de un hecho delictivo.⁴⁰

La función de la sanción penal es para esta concepción retributiva, el castigo del delincuente debido al delito que ha cometido. Sin embargo, para efectos del presente estudio, resulta oportuno decir que el Derecho Penal, al caracterizarse como un mecanismo formal de control social, en ese aspecto, básicamente procura prevenir los hechos delictivos y reaccionar cuando los mismos han acaecido. Pero, no de manera arbitraria o mediante la utilización injustificada de la violencia, sino que aplicándose de manera subsidiaria y como *ultima ratio*.

Su genuina función en un Estado Democrático de Derecho, consiste *per se*, en la protección de los bienes jurídicos de carácter fundamental para la vida en sociedad. De esta manera, el Derecho Penal debe intervenir exclusivamente frente a los ataques más insoportables a la convivencia social, siempre y cuando hayan sido superados los mecanismos de defensa establecidos por las otras disciplinas

⁴⁰ CREUS, Carlos amplía dicha concepción de la siguiente manera: “*Como todo derecho, el penal está dirigido a lograr que los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los bienes que ella les puede proporcionar. Es el derecho en general, a través de sus distintas ramas, el que determina cuáles son esos bienes, prohibiendo las conductas que tienden a menoscabar o desequilibrar su goce; el derecho penal, atendiendo a esas conductas y discriminando las que entre ellas se consideran de mayor incidencia en el quebrantamiento del orden social, por la calidad fundamentadora de éste de los bienes que atacan, refuerza su protección sancionando la realización de aquéllas con un rigor que no tiene en cuenta el valor económico de goce del bien, sino que, constituyéndose en un menoscabo de bienes del mismo autor que las lleva a cabo, procura, exclusivamente, prevenir la realización de las mismas. Al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte a la conducta prohibida en delito*”. Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 1.

jurídicas. Si efectivamente se respeta su misión, entonces sí se podrá expresar la existencia de un Estado Democrático de Derecho.

5. Constitución y garantismo penal

La Constitución se ha convertido -como lo ha estimado LOEWENSTEIN -en el dispositivo fundamental para el control del poder.⁴¹ En ese sentido, al limitar el ejercicio del poder, la norma suprema establece el fundamento del *ius puniendi*. Pero, además de su objetivo de limitación de los poderes del Estado, como se ha manifestado, el constitucionalismo humanista actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales.⁴² La constitución por su fuerza normativa ordena conductas con carácter de obligatorias, prohibitivas o permitidas,⁴³ mediante el establecimiento de normas jurídicas. Aunque

⁴¹ En efecto, este autor alemán considera, respecto al límite que debe existir al ejercicio del poder político, lo siguiente: *“Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –la constitución- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del poder.”* LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1992, p. 149.

⁴² Al respecto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, expresa: *“Las Constituciones concebidas, inicialmente para la organización y limitación de los poderes públicos, han devenido en textos jurídicos al alcance de las personas y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, susceptibles de ser esgrimidas en la defensa de sus derechos, especialmente, ante los Tribunales y ello no sólo en causas de relevancia constitucional, sino que en cualquier materia de litigación, sea civil o criminal, de menores o laboral, tributaria o contenciosa administrativa, y aún en las jurisdicciones especiales y hasta frente a procedimientos de fiscalización y control quien quiera los lleve a cabo, como las autoridades administrativas, los empleadores o directivos en colegios, universidades, cuerpos intermedios o la Cámara de Diputados y el Senado en la acusación constitucional.”* Op. cit., p. 12

⁴³ SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000, p. 23.

también, contiene principios⁴⁴ y valores⁴⁵ que poseen capacidad expansiva o proyectiva, de la cual carecen las normas jurídicas.⁴⁶

En términos generales, la Constitución contempla una serie de derechos fundamentales como la igualdad, la vida, la libertad, libre expresión, libertad de asociación, etcétera, que deben imperiosamente ser garantizados y que en su protección (como derechos humanos constitucionalizados), se encuentra necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁷ quien ha fortalecido la posición garantista, pues recalca la limitación del ejercicio del poder. Éste no puede utilizarse ilimitadamente, sino al contrario, la protección a los derechos humanos contempla intrínsecamente la restricción al ejercicio del poder estatal y por ende, el poder debe ejercitarse a favor de los derechos de la persona y no contra ella, como en muchas ocasiones actúa el Estado.

Dentro de la relación que existe entre la Constitución y el Derecho Penal, dado el carácter de norma suprema de aquélla, que sin convertirse en un factor de legitimación exclusivo del mismo, al tutelar los derechos de las personas, sí contempla un sistema garantista que a su vez se complementa en materia de persecución y sanción penal, al regular por sí mismo el Derecho Penal, principios garantistas que protegen esencialmente los derechos de las personas. No obstante,

⁴⁴ “Los principios, aun cuando también cumplen con una función finalista e informadora de todo o parte del ordenamiento jurídico, lo más peculiar y propio de ellos como auténticas fuentes del derecho a los que pueden recurrir de manera directa los juristas al crear, interpretar o aplicar el derecho.” VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación Constitucional. Buenos Aires, Argentina. Abelardo-Perrot. 1993, p. 70.

⁴⁵ “(...) los valores se constituyen en el núcleo básico ético-social, informador, orientador y legitimador último del ordenamiento jurídico, es decir, tienen por misión la de operar principalmente con una función crítica y orientadora de la producción jurídica, de modo que indican sus fines fundamentales, por ende, permiten ir justipreciando el contenido apropiado o desacertado de las reglas jurídicas.” *Ibid*, p. 70.

⁴⁶ *Ibid* p. 70.

⁴⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 6 (1982). “21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. **Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.**” (Lo subrayado y resaltado no pertenece al texto original)

que teleológicamente tanto la Constitución como el garantismo procuren la tutela de los derechos fundamentales, el garantismo en la *praxis* posee una mayor relevancia como modelo de Derecho Penal autolimitativo, *ergo*, más protector de los derechos de las personas.

Efectivamente, el garantismo, asegura RODRÍGUEZ MESA,⁴⁸ designa un modelo de Derecho Penal que, ajustado a la más estricta legalidad, se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

El garantismo es primordial para que el Derecho Penal procure la tutela de los derechos de las personas y que su intervención se produzca con un coste mínimo y únicamente aplicable cuando sea necesario y se hay agotado otras posibilidades normativas. Debe recordarse que el mismo se construye sobre la base de principios garantistas que priorizan a la persona y su aplicación debe encontrarse contemplado en la política criminal.

6. Interpretación conforme a la Constitución

El conocimiento tradicional de las formas de interpretación ha sido enriquecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, mientras que la influencia cada vez mayor de los principios interpretativos se hace palpable continuamente en las distintas sentencias emitidas no solamente por la Corte de Constitucionalidad, sino por los jueces ordinarios, que aplican estos principios desde la óptica constitucional. Además, el juez se ha visto obligado a fundamentar adecuadamente su decisión. De motivarla y exponer claramente cuáles fueron las razones que lo llevaron a tomar esa decisión, a efecto de garantizar la tutela judicial efectiva. Ciertamente, su

⁴⁸ *Op. cit.* p. 16

interpretación⁴⁹ no debe ser antojadiza, sino que debe justificar adecuadamente las razones que lo impulsaron a tomar su decisión, es decir, tiene la obligación de motivar la decisión judicial⁵⁰, de tal manera que las partes conozcan cuáles fueron éstas y puedan, si estiman conveniente ejercitar su derecho subjetivo de impugnación para el efecto.

VIGO⁵¹ sostiene que la visión sistemática de la Constitución se ha vinculado a la presunción de racionalidad del legislador o constituyente, en tanto cabe suponer que esa obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón. Efectivamente, la coherencia de las disposiciones jurídicas debe ser buscada por el intérprete, quien como lo afirma VIGO, se basa en la presunción de racionalidad⁵². Por su parte, CRUZ⁵³, expresa que la interpretación conforme, es aquella que adecua y armoniza la ley con la Constitución, eligiendo el significado que evite toda contradicción entre éstas. Agrega que la finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.

⁴⁹ (...) *“la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad”*. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Interpretación Constitucional*. Revista Jurídica de Castilla y León, N° 2, Castilla y León. Valladolid, España, 2004, p. 44.

⁵⁰ A ese respecto, EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier manifiesta: *“El gran problema para el control del sometimiento del juez a la ley es, sin duda alguna, el control de la actividad interpretativa. Establecer si en una decisión judicial se ha cumplido con la obligación de motivar, entendida como la utilización y mención de una o más disposiciones normativas provenientes de una autoridad normativa, es relativamente sencillo (aunque también en esta operación se deben resolver problemas y discrepancias de gran calado relativas a la validez de las normas en los que no están ausentes cuestiones interpretativas)”*. Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano. 2010, p. 158.

⁵¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 117.

⁵² CRUZ, Luis M. considera que: *“La finalidad de tal interpretación es la de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.”* La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. Revista Dikaion, Colombia, 2009, p. 15.

⁵³ *Ibid*, p. 15.

De acuerdo con FERNÁNDEZ SAGADO,⁵⁴ la interpretación por el Juez constitucional tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico, a fin de «conformarlo» a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, entre otras consecuencias, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court*, de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de nulidad de los Tribunales Constitucionales, que han pasado de esta forma a asumir un rol auténticamente normativo, equiparable al del legislador positivo.

La interpretación conforme a la Constitución, constituye una forma de interpretación sistemática que permite que el ordenamiento jurídico sea entendido desde la óptica constitucional. De tal manera que se persigue que mediante la misma, se unifiquen las leyes con la Constitución, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales, dado su carácter vinculante. Con relación a este aspecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁵⁵ ha expresado lo siguiente:

“Esta Corte ha considerado que las normas constitucionales deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes; que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. Se busca así la solución interpretativa que maximice la eficacia de la Constitución para que, en caso de concurso de normas, se produzca una ponderación de los valores y principios que ésta reconoce, de tal modo que conserven su armonía sistemática, sin sacrificar unos en beneficio de otros.”

⁵⁴ FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo. Revista Pensamiento Constitucional, año XV, número 15. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú, 2011, p. 152.

⁵⁵ Sentencia del 8 de febrero de 1999; expediente 931-98. Gaceta 51.

Por su parte El Tribunal Constitucional Español en la STC 77/1985,⁵⁶ consideró que:

“(...) este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica”

El Derecho Penal cuenta con sus propios métodos interpretativos. Sin embargo, como lo asevera PÉREZ ROYO⁵⁷ *“la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico”*. Es por ello que en materia interpretativa penal, resulta trascendental interpretar las leyes, sin olvidar la norma suprema, porque debe el intérprete, especialmente el juez, tener presente en todo momento el texto constitucional y velar porque las leyes penales se interpreten conforme a la Constitución, para garantizar de mejor manera los derechos fundamentales de las personas. El juez se encuentra sometido insoslayablemente a la ley (principio de legalidad), pero también está sometido a la Constitución (principio de constitucionalidad). Lo anterior, constituye una doble vinculación.⁵⁸ Significa que debe interpretar y aplicar la ley, desde una visión constitucional, no sólo respecto de las normas que esta contiene, sino también con base a los valores y principios que la misma comprende. Debe tenerse en cuenta que el Derecho Constitucional moderno es prominentemente principalista.

⁵⁶ Además de esta sentencia. El Tribunal Constitucional Español en la STC 9/1981 determinó que: *“La naturaleza de la Ley superior de la Constitución se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma”*. De esa misma manera, en la STC 112/1989, afirmó que: *“todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico.”*

⁵⁷ PÉREZ ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 144.

⁵⁸ En ese sentido, ATIENZA, Manuel. Constitución y Argumentación. En Anuario de Filosofía del Derecho, No. 24. Universidad de Valencia. Valencia, España. 2007, p. 205, explica que: *“(...) en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en qué consiste el Derecho.”*

Cuando se interpreten normas penales, debe tenerse presente que al efectuar una interpretación conforme a la Constitución, el juez debe observar los criterios interpretativos dictados por el Tribunal Constitucional.⁵⁹ Por lo tanto, su actuación no se limita exclusivamente al ámbito penal, sino también al constitucional, lo que amplía su campo de conocimiento y permite también, interpretar y aplicar de mejor manera la ley al caso concreto, pues, de acuerdo con Pablo RODRÍGUEZ,⁶⁰ *“La interpretación conforme a la Constitución es una forma de la interpretación sistemática y que contribuye a que el entero ordenamiento sea leído a tono con la Constitución. Únicamente una oposición insuperable entre Constitución y ley requiere que ésta sea anulada por la interpretación constitucional.”*

⁵⁹ Como lo refiere BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *“Para que el juez en su actividad de aplicación de las normas, quede efectivamente «intraconstitucional», no sólo ha de interpretar conforme el propio juez considere que el sentido que confiere a la norma es acorde con «su» interpretación de la Constitución, sino que ha de plegar su conformidad a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional considere «conformes» a la Constitución.”* Juez y Constitución. Revista de Derecho Político, núm. 47. Universidad Nacional de educación a Distancia (UNED). Madrid, España, 2000, pp. 84 y 85.

⁶⁰ RODRÍGUEZ O., Pablo. Derechos Fundamentales. Editorial Juricentro, Costa Rica, 2001, p. 171.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL (I)

1. Límites al *ius puniendi*

Hablar de Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia, de acuerdo con MUÑOZ CONDE. Añade, que violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal, como robo, asesinato, terrorismo, rebelión, pero también, que es violenta la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)⁶¹. En ese sentido, es indudable que el Derecho Penal conforma un mecanismo de control social de carácter formal que, como asevera José Luis Diez Ripollés, viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social que, como todos los restantes, persigue sus mismo fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y proceso,⁶² que constituyen los principios básicos, no sólo de la administración de justicia, sino del control social en su aspecto *laxo*.⁶³

Si bien es cierto, el Estado se encuentra legitimado formalmente para imponer sanciones penales a los infractores de las normas, por encontrarse establecido en la ley, también lo es, que lo que fundamenta (funcionalmente) el recurso al Derecho

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998, p. 29.

⁶² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista. Revista Jueces para la Democracia, España, 1997, p. 11.

⁶³ “El contenido de estos elementos se desarrolla a través del Derecho penal material (por la vía de la imputación), del Derecho sancionatorio (a través de las penas y medidas) y del Derecho procesal penal (contenido en la Ley de Enjuiciamiento criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial). Estos tres elementos, norma, sanción y proceso constituyen los principios básicos, no sólo de la Administración de Justicia, sino del concepto más amplio de control social.” Cfr. HASSEMER, WILFRIED y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Economía y al Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1989, p.15.

Penal es solamente su ineludible necesidad, tanto para garantizar la protección de la sociedad mediante la previsión general y especial de delitos.⁶⁴ Sin embargo, la legitimación del Estado para sancionar constituye un problema complejo, que puede analizarse complementariamente en distintos enfoques: jurídico, político, social, filosófico. Sin embargo, centralizando el enfoque jurídicamente, el *ius puniendi*, debe contener además de la sanción que puede imponerse por el hecho delictivo cometido (aspecto retributivo), una “prevención” para que la población se vea desalentada para cometer un delito en el futuro (aspecto preventivo general), o bien que la persona que ha cometido un hecho punible, no lo vuelva a cometer en otra oportunidad (aspecto preventivo especial).

El logro de esa protección no puede traducirse en la utilización de mecanismos arbitrarios por parte del Estado, que son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, pues en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al Derecho Penal, que no pueden tergiversar el contenido de la Constitución y se desarrollan en definitiva, en forma coherente con el texto supremo.⁶⁵ Así lo reconoce, CREUS,⁶⁶ al afirmar que:

“Aunque se habla de limitaciones materiales (principios de necesidad de intervención del Estado, de protección de bienes jurídicos, de dignidad de la persona humana) y formales (principio de legalidad) (ver Bustos Ramírez), es

⁶⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Diego-Manuel*. Curso de Derecho Penal. Parte General. Editorial Universitas, S. A. Madrid, España, 1996, p. 79.

⁶⁵ La Corte Constitucional de Colombia ilustra claramente las limitaciones que impone la Constitución en el ejercicio del *ius puniendi*, especificando su fundamento y límites, de la siguiente manera: *“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”*. Sentencia C-038, del 09 de febrero de 1995.

⁶⁶ *Op. cit.* p. 6.

indudable que en la consideración del sistema jurídico las limitaciones prelegislativas del ius puniendi dependen de las normas fundamentales de dicho sistema, es decir, entre nosotros, de las constitucionales.”

Si partimos de manera general, dentro del constitucionalismo moderno, uno de los deberes (u obligaciones) del Estado⁶⁷ consiste en la protección de los derechos de las personas,⁶⁸ con fin de mantener la convivencia social. En contrapartida, cuando alguna persona perturba la convivencia social, mediante la realización de ciertas actuaciones en contra de otras personas de ese mismo conglomerado social, provoca indefectiblemente que el Estado se encuentre facultado a su vez para reaccionar con el propósito de mantener la referida convivencia. Pero, ¿Cómo reacciona? ¿Cómo se gradúa o limita su reacción? ¿Actúa con justicia o con irrespeto a la misma? ¿Se debe priorizar la eficacia o la protección de los derechos humanos?

La respuesta a las interrogantes precedentes no es sencilla, sino al contrario, constituye una respuesta compleja que ha originado la formulación de corrientes de pensamiento penal que buscan contestarlas. A este respecto, asegura BACIGALUPO, no todo medio adecuado para impedir el delito puede ser por ello legítimo.⁶⁹ Ciertamente, en el ejercicio del Derecho Penal, el Estado no puede actuar arbitrariamente, a menos que no constituya un Estado Democrático de Derecho,

⁶⁷ Por ejemplo, en el caso de Guatemala, desde el inicio, en el preámbulo de la Constitución Política de la República se establece la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social. Esta preponderancia que el texto constitucional reconoce explícitamente a la persona, e implica ya dentro del cuerpo normativo, como deber del Estado, garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, como lo refiere el artículo 2º, o bien, al estimar que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia (art. 1º). Como puede observarse, se prioriza la protección de los derechos de las personas, como corresponde a un Estado Democrático de Derecho, que

⁶⁸ En ese sentido, FALCÓN Y TELLA, Fernando, expone: “*Se dice que el Estado tiene una obligación prima facie de proteger los derechos de los individuos a los que gobierna, derechos que pueden verse conculcados por los actos criminales. Es una obligación prima facie el tratar, en la medida de lo posible, de evitar estas infracciones antes de que ocurran. (...) Todos los individuos, los delincuentes también, comienzan siendo titulares de derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y otros. Se trata de derechos contra el Estado así como contra otros individuos.*” Examen Crítico de los diferentes tipos de Estado y el Derecho a Castigar. En Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. 2/2005. Universidad Complutense. Madrid, España, 2005, p. 355.

⁶⁹ BACIGALUPO, Enrique. Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas. Derecho y Humanidades. No. 16, Vol. 1, Chile, 2010, p. 21.

como se ha indicado. Pero, este ejercicio del *ius puniendi*, debe ser ejercitado con fundamento en el Derecho Penal del acto, propio de un Estado democrático y no del autor, como priva en un Estado autoritario.⁷⁰ Y además, es injustificable efectuar una distinción generalizada, entre personas a quienes se les considera “merecedoras” de ser aptas para gozar de la protección de los derechos humanos y fundamentales, frente a otras, que por atentar contra la seguridad del Estado, en la práctica no se les reconoce la calidad de personas, es decir, se efectúa una diferenciación dicotómica entre “persona y no persona”. Esta distinción, propia del denominado “Derecho del Enemigo”, sustentada por JAKOBS, se fundamenta filosóficamente, como lo ha estudiado PORTILLA CONTRERAS, en aspectos de índole contractualista (HOBBS y KANT), schmittiana (SCHMITT) y estructural-funcionalista (LUHMANN),⁷¹ donde se inculca el temor a regresar al estado de naturaleza anárquico; a distinguir entre enemigo externo e interno frente al considerado amigo y donde prime la defensa de la seguridad del Estado sin que importe siquiera la inexistencia de los principios liberales. Agrega este autor:

“El Derecho penal de la posmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo potencial para la seguridad del Estado. Es el reingreso de la guerra justa y preventiva como paradigma del nuevo

⁷⁰ La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor resulta imprescindible para la sustentación de un verdadero Estado Democrático de Derecho, porque al seleccionar el Derecho Penal de acto, se va a juzgar a la persona por lo que supuestamente hizo y no por aspectos puramente personales, que resultan independientes de su conducta. Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005: *“En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”*

⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal Schmittiano: el Derecho Penal y Procesal Penal del “enemigo”. En *Ius. Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2007, p. 10 y ss.

sistema penal. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir futuras amenazas, y que restringe garantías fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado.”

Ahora bien, el *ius puniendi* que posee el Estado, que debe aplicarse a todas las personas, sin distinción alguna entre “amigo o enemigo”, le permite imponer una pena o una medida de seguridad, y como lo expone MEDINA CUENCA, está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.⁷² Estos principios de Derecho Penal, como lo asegura BACIGALUPO, constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho y se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción.⁷³ Es decir, se persigue priorizar la protección de bienes jurídicos mediante la previsión, en lugar de una generalización de la represión.

La potestad punitiva se ejerce sobre todo, por dos de los poderes del Estado, esencialmente en dos situaciones distintas: en el proceso de creación de las leyes (Congreso o Parlamento) y en el de la aplicación de esas leyes en casos concretos sometidos a su decisión (jueces), pues como señala QUINTERO OLIVARES,⁷⁴ en el fondo se reduce a dos problemas: *“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 concreto.”*

Ante esta situación, los principios informadores del Derecho Penal, se convierten en límites inabordables, que como una muralla enhiesta contienen el ímpetu del Estado en utilizar su poder para castigar, al imponerle restricciones, con el fin de evitar que utilice el Derecho Penal como un mecanismo de represión ordinario

⁷² MEDINA CUENCA, Arnel. Los Principios Limitativos del *Ius Puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. En *Ius. Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2007, p. 88.

⁷³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Hammurabi, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 232.

⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Aranzandi, Segunda Edición. Pamplona, España, 2000, p 66.

e irrestricto. Este constituye uno de los aspectos, que de acuerdo con FERRAJOLI, permiten que la ley penal se justifique en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte.⁷⁵ Los límites al poder punitivo estatal son necesarios para su control racional en forma coherente con los derechos fundamentales de las personas, pues, de lo contrario, sucedería lo manifestado acertadamente por HASSEMER,⁷⁶ cuando, asevera que: *“sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un Derecho penal civilizado”*.

En lugar de buscarse cada vez más la observancia de un Derecho Penal mínimo, la tenencia es en mayor medida, el incremento severo de las penas para ciertos tipos de delitos, en el cual ya no se valora el resultado de los mismos, sino el peligro que tales actividades u omisiones delictivas pueden provocar. El Derecho Penal dentro de un Estado Democrático de Derecho, debe ser un mecanismo que no sólo limite el poder punitivo estatal, sino que garantice los derechos de los particulares. Entre más se pretenda aplicar el Derecho Penal, en detrimento de las otras disciplinas jurídicas que resultan menos gravosas para los particulares, mayor será el riesgo de quebrantar el orden democrático y constitucional, en aras de lograr una espuria eficiencia de los órganos gubernamentales encargados de la seguridad nacional.

El Derecho Penal mínimo, como parte del garantismo penal, no constituye en sí mismo una herramienta para combatir la delincuencia, porque no es ésta su función. Para lograr tal finalidad, el Estado debe construir y aplicar una política criminal que combata principalmente la impunidad sin distinción alguna y el fortalecimiento del sector justicia. Esto no se logra con la pretensión de limitar los derechos de los particulares y de incrementar las penas, sino al contrario, cuando cobra preponderancia el garantismo penal, más se garantizan los derechos de los particulares frente al poder punitivo estatal. Frente al deseo de que prive en ciertos

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, España, 1995, p. 335.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 15.

delitos, un derecho penal de autor, debe serse enfático en la observancia de un derecho penal de acto, donde prevalezca el principio de culpabilidad individual y la plena observancia de los derechos fundamentales.

2. Principio de mínima intervención -*ultima ratio*-

A diferencia de un Estado autoritario, donde el propio Estado actúa ilimitada y arbitrariamente sin procurar la defensa de los derechos de las personas, en un Estado Democrático de Derecho en cambio, se busca la protección de esos derechos, que precisamente se transgreden en un Estado autoritario.⁷⁷

En ese orden de ideas, en el ámbito penal, el Estado no debe actuar en forma ilimitada en la utilización de los mecanismos formales de control social, puesto que su intervención únicamente debe producirse para proteger bienes jurídicos en aquellos supuestos en los cuales otras disciplinas jurídicas que cuentan con mecanismos menos gravosos, resultan insuficientes y se trate realmente de ataques graves a los bienes jurídicos más importantes que el Derecho Penal pretende proteger.

⁷⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, en ese sentido consideran que: “*Se ha examinado ampliamente, como proyección de ideas políticas y desempeño del poder público, el alcance del sistema penal en una sociedad democrática. En ésta, cumple un papel secundario, como última ratio, control o remedio que se utiliza con moderación, sólo en la medida estrictamente indispensable. Otra cosa ocurre bajo regímenes autoritarios, donde se anticipa y extrema el empleo de los instrumentos penales, a través de la tipificación profusa, el enjuiciamiento penal frecuente —en detrimento de otros medios de solución de controversias—, el agravamiento de las sanciones y la ejecución cumplida con la mayor severidad. En esta dialéctica discurre la idea y la práctica del derecho penal mínimo, acogido en diversas resoluciones de la Corte Interamericana. El tribunal, atento a las mejores corrientes del derecho penal de raíz democrática, entiende que el poder punitivo sólo se despliega en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado. De esta suerte, ha negado la pertinencia de tipificar penalmente comportamientos ilícitos que pudieran ser sancionados por otras vías.*” Consideraciones sobre el Principio de Legalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 24. Universidad Autónoma de México, México, enero-junio 2011, pp. 211 y 212.

La intervención del Estado debe reducirse a lo mínimo en materia punitiva, de tal manera que debe ser la *ultima ratio* que debe tener el Estado en un sistema democrático, en contraposición al exagerado intervencionismo del Derecho Penal totalitario.⁷⁸ Este principio se dirige esencialmente al legislador, puesto que es a éste a quien corresponde la tipificación de las figuras delictivas y de las penas que correspondan a las mismas, de conformidad con lo que se establezca en la ley, de acuerdo con una política criminal coherente que observe los principios informadores del Derecho Penal, con el fin de reducir considerablemente la pena estatal. En sentencia del 13 de junio de 2000, ROJ STS 4857/2000, el Tribunal Supremo de España, cuyo ponente fue BACIGALUPO, expresó al respecto, lo siguiente:⁷⁹

“El principio de “intervención mínima” no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una

⁷⁸ Para ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “(...) además de “merecer” pena por atentar gravemente contra un bien jurídico especialmente valioso y ser socialmente dañosa, la conducta punible debe caracterizarse por crear un conflicto social que no pueda ser solucionado de otra manera que recurriendo al Derecho penal. Se habla entonces de la necesidad de pena. Aquí se trata de aplicar la idea del Derecho penal como “ultima ratio” o el principio de “mínima intervención”, según los cuales, el Derecho penal debería abstenerse de intervenir si la solución al conflicto y el restablecimiento de la paz social pudiera darse en otra área del Derecho. Si por ejemplo el Derecho administrativo fuera capaz de proteger plenamente al sistema crediticio, ya no debería recurrirse al Derecho penal mediante los tipos penales de “fraude financiero”, “estafa de créditos” o similares; o si se pudiera proteger adecuadamente la libre y leal competencia mediante leyes administrativas, no habría necesidad de leyes penales al respecto.” Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos. Revista Penal No. 18. Publicación semestral de Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. Huelva, España, 2006, p. 153; Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párrafos 63 y 76. Identificada como Caso Kimel, estimó que: “En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”. Conforme al “principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”.

⁷⁹ Esta consideración respecto a que el principio de mínima intervención se encuentra dirigido al legislador ha sido sostenida por el Tribunal Supremo de España, en otras sentencias, como por ejemplo la del 20 de julio de 2009, Roj: STS 5421/2009, donde estimó lo siguiente: “ El principio de intervención mínima está dirigido, en todo caso, al legislador. Los tribunales están vinculados por la ley y, en la medida en la que su interpretación no vulnere la prohibición de extensión analógica del texto legal, que se deduce del principio de legalidad, la aplicación que hagan de la misma no puede ser atacada mediante este principio. ”

interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (in dubio pro libertate)”.

Aunado a lo manifestado, debe recordarse que el Derecho Penal no puede proteger todos los bienes jurídicos, pues esto es precisamente lo que trata de evitar el principio de mínima intervención, sino únicamente protege una parte de los mismos, frente a formas de ataques concreto, lo que corresponde a su carácter fragmentario. En ese sentido, como la protección de los bienes jurídicos menos graves se realiza por otras disciplinas del ordenamiento jurídico y solamente las graves, son protegidas por el Derecho Penal, como se ha explicado, el Derecho Penal viene a convertirse en subsidiario de las demás disciplinas jurídicas, en la medida en que interviene tan solo cuando las otras ramas del derecho han fracasado o resultan insuficientes. Estos dos últimos aspectos, son los que le otorgan su carácter fragmentario y subsidiario.⁸⁰

Como corolario, un sistema de Derecho Penal Democrático, se justifica únicamente si persigue la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas, sin que se utilice la violencia de manera desmedida. Al contrario, se pretende minimizar la violencia y que el Estado se vea limitado en el ejercicio del castigo que puede desempeñar en la persecución delictiva. Pues, como acertadamente lo expresa FERRAJOLI:⁸¹

⁸⁰ En ese sentido, MIR PUIG, Santiago estima que: *“Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal». Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción —técnica ésta característica del Estado liberal clásico.”* Bases Constitucionales del Derecho Penal. *Op. cit.* pp. 119-120.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 342.

“Existe por consiguiente una correspondencia biunívoca entre justificación externa o ético-política y garantismo penal. Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías se configuran por consiguiente como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores.”

Lamentablemente, en lugar de procurar que cada día se aplique menos el Derecho Penal, dadas sus gravosas consecuencias, actualmente existe una tendencia de aplicar directamente el mismo y criminalizar diversos conflictos sociales, en lugar de buscar soluciones por otros mecanismos jurídicos y extrajurídicos. En países como Guatemala, se criminaliza la pobreza y las protestas sociales, tanto con la severidad con que se sancionan determinados delitos, como con la forma desproporcionada que reacciona el Estado para combatir tales manifestaciones.

El Derecho Penal debe ser subsidiario, no es dable que se convierta en *prima ratio*, porque no podría por sí solo resolver todos los conflictos jurídicos, ni puede convertirse en un instrumento eminentemente represivo, que incluya un incremento cualitativo y cuantitativo de la pena y el aumento del número de reclusos. El peligro latente es que se deslice imparablemente hacia un “modelo totalitario de política criminal”, como lo define BARATTA.⁸² La supuesta eficiencia que se busca con la aplicación del Derecho Penal, implica añejo quebrantamiento de los derechos

⁸² BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Editorial B de F. Argentina, 2004, p. 180. Efectivamente, sobre el particular indica: *“En el interior de este proceso, el eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal. Se desliza hacia “un modelo totalitario de política criminal”, hacia las modalidades de una nueva “suave inquisición”, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.”*

humanos y fundamentales de los particulares. Es por esos motivos que la consigna de que el Derecho Penal debe ser aplicado como *ultima ratio*, continúa inflexible.

3. Bien jurídico tutelado

3.1 Importancia

La autorrealización humana, expone MUÑOZ CONDE⁸³ necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Por su parte, NINO, sintetiza en tres aspectos aclaratorios, lo concerniente al significado de los bienes jurídicos. En ese sentido, considera que: 1) para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico, pues no es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo la lesión a un bien pareciera ser definitoria del concepto delito; 2) El bien jurídico que se lesiona con el delito es distinto, para la dogmática penal, del objeto material afectado por el delito. Como ejemplo, señala que en el delito de daño, junto con la cosa dañada o destruida, se afecta la propiedad, que es el bien jurídico protegido por la punición de este hecho y 3) Los distintos bienes jurídicos presentan una gran heterogeneidad, debido a que evidentemente la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, la administración pública, la tranquilidad pública, la fe pública, etcétera, son conceptos con notables diferencias categoriales entre sí.⁸⁴

⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. *Op. cit.* p. 90. Con esta posición, Muñoz Conde sigue una construcción constitucionalista en la configuración de los bienes jurídicos penales. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales. En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España, 2003, p. 99 y ss.

⁸⁴ NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. (Con referencia particular a la Dogmática Penal). Publicación del Instituto de Investigaciones de la Universidad Autónoma de México, México, 1989, p. 56.

El concepto de bien jurídico ha sido de especial importancia en la teoría del delito, pues la lesión del bien jurídico (desvalor de resultado) se ha considerado como una característica del concepto material del delito.

Para la concepción del término “bienes jurídicos”, resultan importantes los estudios efectuados por FEUERBACH, quien sostuvo la tesis de la lesión de un derecho subjetivo, al considerar que el Estado tenía como función, la de establecer los mecanismos idóneos que evitaran que se produjeran las lesiones jurídicas. Luego, se le reconoce una labor destacada en su estudio a BIRNBAUM, quien efectuó una distinción entre derecho subjetivo y lesión de un bien. No obstante, debe recordarse que desde BINDING, se ha producido un notable desarrollo respecto de la idea de protección de bienes jurídicos, y de acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran o en su caso, ponen en peligro ciertos intereses de una sociedad determinada.⁸⁵ BACIGALUPO⁸⁶ expresa que:

“La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, (...)

El concepto de bien jurídico tutelado es de trascendental importancia en el ámbito del Derecho Penal. Tanto es así, que se reconoce en el mismo, que una de las funciones de la norma penal, es precisamente la de ser protectora de los bienes jurídicos.⁸⁷ Además, de acuerdo con HASSEMER, el bien jurídico tiene una función

⁸⁵ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 43.

⁸⁶ *Ibíd.* pp. 43 y 44.

⁸⁷ Acerca de esta importancia, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, expone: “*El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico. Se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría el Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la invención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o*

sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.⁸⁸ Efectivamente, el concepto de bien jurídico axiológicamente ha sido de utilidad, al servir como un criterio clasificador para determinar cuáles conductas han de estimarse como delictivas y cuáles no.

No obstante, para efectuar esa actividad clasificatoria, de acuerdo con PORTILLA CONTRERAS, más que un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien criterios delimitadores, en el cual sea preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal.⁸⁹

Aunado a lo anterior, es menester considerar que dentro de la dogmática penal, el concepto de bien jurídico, sirve también de criterio básico para establecer el límite

pongan en peligro. En consecuencia se ha llegado a hablar del “dogma” del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.” Op. cit. p. 17.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45. Ministerio de Justicia. Madrid, España, 1992, p. 238. Agrega más adelante este autor, en la página 239, lo siguiente: *“La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos. (...) El principio de protección de bienes jurídicos ha conducido a una demanda de criminalización.”*; En ese mismo sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE, Francisco, al considerar: *“En lo personal, reivindicamos la utilidad del concepto de bien jurídico -pese a admitir el proceso de depreciación y deterioro que ha padecido- y nos parece imprescindible hacerle cumplir una función sistemática, valorando la lesión del bien protegido (principio de lesividad) como un elemento constitutivo del ilícito penal.”* Introducción al Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 32.

⁸⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, propone, dentro de la concepción de limitación del *ius puniendi*, un método progresivo de minimización, en el cual se invierta el orden clasificatorio. No de los valores que merezcan ser tutelados, sino de los valores que no deben ser protegidos. Al respecto, expresa: *“Y es que, más que un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien criterios delimitadores. La cuestión debe resolverse, pues quizá admitiendo la insuficiencia de aquellos planteamientos que buscan alcanzar la solución a través de un concepto previo de carácter genérico, e intentar esa selección mediante un procedimiento de carácter negativo. En definitiva, ante la dificultad de determinar cuándo un valor reúne las condiciones necesarias para ser considerado bien jurídico penal, es preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto en determinar cuáles son los intereses trascendentes para el Derecho, sino aquellos que en ningún caso merece su defensa”* Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. CPC. Madrid, España. 1989, p. 735.

del Derecho Penal, pero no el único, sino que necesariamente debe complementarse con los otros principios informadores del Derecho Penal, que limitan el poder punitivo estatal y que lo complementan.

3.2 El bien jurídico como límite al poder punitivo estatal.

Actualmente en la doctrina contemporánea se discute si realmente el Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos o no. En ese sentido, como lo afirma ROXIN, el primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho Penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho Penal.⁹⁰

Sin embargo, JAKOBS y sus seguidores con una visión funcionalista, contrario a la doctrina dominante, consideran que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma.⁹¹ A ese respecto, debe considerarse lo que asevera ROXIN, respecto a que esta visión se apoya en un normativismo exacerbado, puesto que si bien es cierto que la pena contribuye a la estabilización de la norma, no es un fin en sí mismo, debido a que se encuentra destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales

⁹⁰ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2013, núm. 15, p. 01:1-01:27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. p. 3.

⁹¹ ROXIN, Claus en cuanto a este aspecto, aclara de la siguiente manera, el pensamiento de Günter Jakobs: *“Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia... Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma.” En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). “El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación.”* *Ibíd.* p. 4.

(o sea, lesiones de bienes jurídicos). Concluye afirmando que sirve en última instancia, a la protección de bienes jurídicos y carecería de sentido sin ese fin.⁹²

El bien jurídico tutelado limita el poder punitivo estatal, al restringirle la expansión únicamente a aquellos valores más importantes que requieran ser protegidos. Esto en consonancia con el Derecho Penal mínimo, puesto que no debe expandirse innecesariamente el ámbito de aplicabilidad del Derecho Penal en la búsqueda de tutelar penalmente ciertos valores, que pueden perfectamente ser tutelado por otras normativas jurídicas.

3.3 La Constitución y los bienes jurídicos tutelados

La Constitución estructuralmente contiene normas jurídicas, pero no solamente normas, sino que además contempla valores, derechos y principios, de tal manera que actualmente estos últimos han adquirido una preponderancia en el constitucionalismo, debido a la influencia sobre todo del neoconstitucionalismo. En la doctrina penal contemporánea, se discute en relación a establecer si el Derecho Penal para tutelar ciertos valores y reconocerlos como bienes jurídicos tutelados limita su escogencia a los valores regulados por la Constitución.

PORTILLA CONTRERAS expone que la tradicional construcción constitucionalista sobre la configuración del bien jurídico-penal ha proporcionado conceptos que, generalmente, se han caracterizado por su dudosa utilidad para convertirse en verdaderos criterios materiales de selección.⁹³ Efectivamente, la

⁹² *Ibíd.* p. 4.

⁹³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales. En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España, 2003, p. 99; ESER, Albin en ese sentido, considera lo siguiente: *“En este contexto, tampoco cabe esperar que el Derecho constitucional ofrezca unas limitaciones de especial relevancia. Pues aun limitando la criminalización a aquellas conductas que deben considerarse socialmente lesivas, por menoscabar intereses individuales o generales socialmente reconocidos, y que deben valorarse como lesivas de bienes*

finalidad de elevar a rango constitucional determinados valores, no es la de servir de parámetro limitador en la selección de valores con el propósito de ser protegidos penalmente. Ni puede afirmarse que el legislador penal únicamente los extrae de la Constitución.⁹⁴

Como lo afirma ROXIN:⁹⁵

“(...) la idea de que el legislador esté jurídicamente vinculado a, por ejemplo, criminalizar exclusivamente comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no resulta compatible con la libertad de acción del legislador democrático, a menos que se pueda traducir en un argumento de necesidad jurídico-constitucional, lo que no se alcanza a ver. Por desagradable que resulte, difícilmente podrá fundamentarse jurídicamente que se prohíba a una mayoría parlamentaria penalizar un comportamiento ‘meramente inmoral’”.

Las teorías constitucionalistas se dividen en dos: a) Teoría constitucionalista estricta del bien jurídico y b) teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico tutelado.⁹⁶ Con respecto a la primera, la teoría constitucionalista estricta del bien jurídico, efectúa una relación vinculante entre los valores y principios constitucionales con los bienes jurídicos. Así, considera que el contenido del bien jurídico debe encontrarse exclusivamente en la Constitución, pues los valores contemplados en el

jurídicos, por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional, el ámbito susceptible de ser abarcado por el Derecho penal sigue siendo muy amplio.” Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, pp. 33 y 34.

⁹⁴ ALONSO ÁLAMO, Mercedes manifiesta: *“(...) el reconocimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no significa todavía que los bienes jurídicos, en sí, estén contenidos en la Constitución de donde el legislador penal se limitaría a extraerlos. Mucho menos significa que el Estado tenga el deber de incriminar las conductas que atenten contra derechos fundamentales. Significa tan sólo que, de acuerdo con la Constitución, los tipos penales se han de dirigir a proteger bienes jurídicos —deducibles o no de la Constitución— frente a las conductas más intolerables de acuerdo con las exigencias que dimanen de las bases constitucionales del principio de proporcionalidad.”* Bien Jurídico Penal. Más allá del Constitucionalismo de los Derechos. Revista Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIX. Universidad de Santiago de Compostela. Galicia., España, 2009, p. 70.

⁹⁵ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Op. cit.* p. 22.

⁹⁶ Cfr. CRUZ CAMACHO, María Cruz. Revista Alegatos. No. 31, septiembre-diciembre. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1995.

Texto Fundamental, deben ser protegidos penalmente y cuando los mismos sean lesionados, deben perseguirse. Entre los exponentes de esta teoría se encuentran BRICOLA, GONZÁLEZ-RUS y MUSCO. Se le critica su carácter eminentemente restrictivo. La Constitución no puede contemplar categóricamente todos los valores que posteriormente serían objeto de protección penal, por lo que, no podrían ser tutelados penalmente, dada la rigidez constitucional, nuevos bienes jurídicos.

En cuanto a las teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico tutelado, las mismas no contemplan una concepción limitada en relación a estimar una vinculación imprescindible entre los valores constitucionales y los bienes jurídicos. Sino que, únicamente la Constitución se convierte en un marco de referencia de los bienes jurídicos, de ahí que se le considere como el mejor instrumento para realizar los criterios de selección de los bienes jurídicos. Entre sus exponentes se encuentran PULITANO, RUDOLPHI y FIANDACA, entre otros. Sin embargo, se le critica a esta teoría su excesiva amplitud, lo que genera indefectiblemente una escasa concreción que provocaría la formulación de bienes jurídicos imprecisos, incapaz de poder analizar las relaciones sociales que se transforman continuamente.

BIANCHI PÉREZ⁹⁷ considera que el afirmar la existencia de obligaciones de incriminación deducibles del rango constitucional, supone una reducción de la política criminal a un juicio de merecimiento de pena. La relevancia de un bien sólo es un indicio de su dignidad como objeto de tutela penal, pero no justifica todavía que sea necesaria la intervención penal, toda vez que pueden ser suficientes otros medios de tutela menos lesivos, incluso extra jurídicos.

La relación entre Constitución y bienes jurídicos, no debe suscribirse en considerar que la primera incluya ineludiblemente una selección de los valores que se protegerán penalmente o que incluya en su texto, con exclusividad, los valores que serán tutelados penalmente. Al contrario, la selección de bienes jurídicos debe

⁹⁷ BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. Evolución del Concepto de Bien Jurídico en la Dogmática Penal. DIKAIOSYNE N° 22. Revista semestral de filosofía práctica. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. Enero-junio 2009, p. 39.

efectuarse dentro de la concepción limitativa del *ius puniendi*, y conservar su carácter de principio informador del Derecho Penal, puesto que la Constitución conserva su función actual de garantizar los derechos de las personas (ciudadanos o no) y dentro de un Estado Democrático de Derecho, garantizar y limitar el ejercicio de la función punitiva del Estado. La Constitución comprende un marco referencial para el reconocimiento de bienes jurídicos, pero no implica que sólo dentro de su texto pueda encontrarse la formulación de los bienes jurídicos.

Debe pensarse además, en los valores contemplados en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Es el propio Derecho Penal, el que define los mismos, basados en la observancia de un Derecho Penal mínimo, con la inclusión indefectible, de sus propios principios.

Con el establecimiento de principios y valores dentro del texto constitucional, no se pretende sustituir al legislador penal en la selección y protección de bienes jurídicos penales, pues no es este teleológicamente su propósito. En todo caso, tampoco debe caerse en el equívoco de considerar que el objeto de protección del Derecho Penal lo constituyen las normas jurídicas, debido a que derivado de esta concepción, se podría fácilmente pretender soslayar el acatamiento del sistema de protección de los derechos humanos y en cambio, se produciría la sujeción directa de los particulares al poder estatal, en detrimento de sus derechos fundamentales, so pretexto de no afectarse la seguridad estatal y justificarse con una criticable eficiencia.⁹⁸

⁹⁸ “Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales. La anomalía del derecho penal tiene consecuencias negativas para su eficacia, también en aquellos casos en los cuales esta anomalía parece ser inmediatamente compensada con algún resultado positivo en la lucha contra la criminalidad. Tiene consecuencias negativas, porque es casi imposible demostrar que estos resultados no hubieran podido conseguirse con respeto de las normas constitucionales en materia penal, pero también y sobre todo, porque en el cálculo general de la eficiencia del sistema jurídico de un Estado de derecho, las violaciones de aquellas normas tienen una influencia nefasta sobre la confianza de los ciudadanos y sobre el consenso social de los cuales se nutre el sistema constitucional y, en consecuencia, sobre la eficacia misma del pacto.” BARATTA, Alessandro, *op. cit.* p. 183.

El carácter fragmentario del Derecho Penal debe prevalecer, para que se privilegie de esa forma, la protección de los bienes jurídicos más importantes, y no se sancione penalmente todas las conductas que lesionen los mismos, sino sólo aquellas que sean más gravosas, pues de lo contrario la hiperinflación penal que se produciría sería imposible de sobrellevar en el sistema de justicia penal, lo que provocaría más impunidad y más intervención estatal en los casos selectivos que le interesen en clara conculcación de los derechos fundamentales.

4. Legalidad

Dentro de los principios informadores del Derecho Penal, al principio de legalidad se le ha reconocido generalmente una especial trascendencia, debido a que constituye una limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado *per se*. Lo circunscribe exclusivamente a lo prescrito por la ley, de tal manera que garantiza a las personas, que únicamente *ex post facto* se les perseguirá penalmente y en su caso se les sancionará, en todo caso, conforme a lo establecido previamente por el ordenamiento jurídico. FERRAJOLI⁹⁹ considera, de manera general, que el principio de legalidad constituye uno de los tres principios que caracterizan el Estado de Derecho, junto con los principios de publicidad y control. Su observancia es decisiva para el mantenimiento de un Estado Democrático de Derecho.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi, considera que los tres principios que caracterizan el Estado de Derecho, según el uso italiano y francés son: a) **Legalidad** de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables, b) **Publicidad** de los actos, tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles y c) La sujeción a **control** de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes, y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento. Ferrajoli, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. *Op. cit.* pp. 65-67.

4.1 Importancia y origen

SABELLI y SANTIAGO estiman que sin lugar a dudas una de las mayores conquistas del Derecho Penal occidental es la afirmación del principio de legalidad en materia penal.¹⁰⁰ Y efectivamente, si se realiza una evaluación de los alcances de este principio y su trascendencia en un Estado Democrático de Derecho, puede llegar a comprenderse la importancia vital que el mismo representa, pues, como lo expresa BACIGALUPO, la ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad,¹⁰¹ y consecuentemente de ello, en un sistema democrático, los ciudadanos tienen el derecho de saber previamente con certeza, las limitaciones a su marco general de libertad. Es decir, a conocer exactamente *a priori*, cuáles de sus conductas son consideradas por el Estado, ilícitas penalmente y que una vez comprobada su culpabilidad, adquiere una responsabilidad penal.

El principio de legalidad surge como una reacción a las prácticas preilustradas, donde en un ambiente de absolutismo, prevalecían la analogía y la costumbre en la aplicación de la ley.¹⁰² Fue debido al iluminismo francés del siglo XVIII que se originó el principio de legalidad, como una forma de obtener seguridad jurídica, al limitar el poder punitivo del Estado, para evitar su ejercicio arbitrario e ilimitado. Dentro de la formulación del principio de legalidad, tuvo una destacada participación BECCARIA, quien en su reconocida obra: Tratado de los Delitos y las Penas (1764), expuso:¹⁰³

“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su

¹⁰⁰ SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.), Alfonso. Tiempo, Constitución y Ley Penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 2008, p. 2.

¹⁰¹ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 103.

¹⁰² ARMIJO, Gilbert. Las Bases Constitucionales del Principio de Legalidad en Materia Penal. En Temas Claves de la Constitución Política. Editorial Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 1999, p. 255.

¹⁰³ BONESANA, César. Marqués de BECCARIA. Tratado de los Delitos y las Penas. Editorial Heliasta, SRL, Argentina, 1993, p. 61.

voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.”

Como puede observarse, BECCARIA consideraba que era el legislador el que exclusivamente en este aspecto, representaba a la sociedad, la que se encontraba unida por el contrato social,¹⁰⁴ y por ende, constituía el único que debía establecer los delitos y las penas, mediante una ley, basaba por supuesto, en la división de poderes. Asimismo, junto con el maestro italiano, el alemán Juan Anselmo Von FEUERBACH ejerció una importante contribución en la formulación del principio de legalidad,¹⁰⁵ al haber enunciado el célebre aforismo en latín: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”. Es decir, ningún comportamiento puede considerarse delictivo y ser sancionado con una pena, sin que previamente exista una ley que lo determina de esa manera.

Debe reconocerse, que inicialmente el principio de legalidad se encontraba vinculado a la teoría de la pena, en su vertiente de coacción psicológica (prevención general), como lo fundamentaba FEUERBACH, para quien la ley penal debía preceder a la acción delictiva, pues de esta manera podía la pena cumplir con su función preventiva, o sea, ser inhibitoria del impulso delictivo.¹⁰⁶ Estas ideas respecto

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, expresa que en su sentido actual, el principio de legalidad se basó en la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Bases Constitucionales del Derecho Penal. *Op. cit.* p. 71; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel manifiesta: “*Es a partir de la concepción liberal del Estado y su idea de pacto social con la que sólo se legitima la grave restricción de derechos que supone la aplicación del Derecho penal en la medida que sea estrictamente imprescindible precisamente para proteger los derechos y libertades de todos, idea que se mantiene en los actuales modelos de Estados sociales y democráticos de Derecho (...)*” *Op. cit.* p. 79.

¹⁰⁵ La participación de estos dos autores en la formulación del principio de legalidad fue vital. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, afirma que sin perjuicio de antecedentes más o menos lejanos, la formulación del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, en el sentido moderno que hoy se le atribuye, tiene lugar en el siglo XVIII y puede considerarse mérito principal del italiano Beccaria y del alemán Feuerbach. El principio de legalidad y arbitrio judicial. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No. 1. Madrid, España, 1997, p. 279.

¹⁰⁶ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 103; QUINTERO OLIVARES, GONZALO por su parte, señala que se ha dicho que la exigencia de “legalidad” fue para Feurbach un

del principio de legalidad, fueron posteriormente incluidas en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual establece: *“La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”*

De la misma manera, el principio de legalidad posteriormente se fue incluyendo en las constituciones de los países occidentales en los siglos XVIII y XIX y en Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos a partir de 1948. Entre estas encontramos los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, (artículo 11, párrafo 2);¹⁰⁷ en el Convenio (Europeo) Para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, (artículo 7.1);¹⁰⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (Art. 15, párrafo 1);¹⁰⁹ así como la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, (artículo 9),¹¹⁰ entre otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

presupuesto necesario para su concepción de la pena, puesto que orientaba la misma a la prevención general a través de la coacción psicológica, idea que no era absolutamente nueva, pues se advierte antes en Pufendorf el mismo pensamiento. Agrega, que para la realización de dicha coacción psicológica, se requería una previa amenaza establecida en la ley; pero esa amenaza no podía establecerse con fórmulas arbitrarias y oscuras, sino con precisión y claridad, lo cual es el único modo en que se satisfaría el principio de legalidad: *“nulla poena sine previa lege”*. *Op. cit.* pp. 67 y 68. En ese sentido, no debe efectuarse un juicio apresurado, que implique una simplificación de la concepción del principio de legalidad, al limitarlo en cuanto a su origen, exclusivamente a la concepción que Feuerbach tenía respecto de la pena y su función, puesto que como QUINTERO OLIVARES lo asevera: *“(…) el principio de legalidad no era simplemente una necesidad impuesta por el carácter atribuido a la pena, sino una consecuencia del iusnaturalismo racionalista: porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico.”* *Op. cit.* p. 68.

¹⁰⁷ *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”*

¹⁰⁸ *“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”* *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

¹⁰⁹ *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

¹¹⁰ *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la*

4.2 Trascendencia del Principio de Legalidad en el Estado Democrático de Derecho.

Para que exista un verdadero Estado Democrático de Derecho, resulta imprescindible que se garantice el principio de legalidad, pues como lo asevera QUINTERO OLIVARES: “El principio de legalidad es *indisociable del Estado de Derecho* en lo político.”¹¹¹ Este principio regula tanto la actuación de los órganos del Estado en sujeción a la ley (legalidad general), como esencialmente, determina la previsibilidad represiva estatal en los supuestos en que el ciudadano cometa un hecho punible (legalidad penal). El ciudadano conoce con anticipación, debido a su inclusión en la ley, la forma en que reaccionará el Estado en la represión de los delitos: con evidente limitación legal del *ius puniendi*; sin que pueda cambiar antojadizamente esas reglas, de acuerdo con la persona que transgreda el orden establecido.¹¹²

La premisa de que el Derecho Penal es de acto y no de autor, es indispensable para el sostenimiento incontestable del Derecho Penal Democrático. Las personas deben tener la certeza que se les va a perseguir penalmente, únicamente cuando cometan un delito (por lo que hicieron o dejaron de hacer) y no por circunstancias extrínsecas al hecho punible, que pueden ejemplificarse en lo que aquellas son, piensen o sienten. Es decir, el sujeto solamente deberá responder por la lesión al bien jurídico tutelado y no por situaciones personales extra delictivas. La represión del delito debe indefectiblemente efectuarse dentro de los límites impuestos al ejercicio punitivo, dentro de un Estado Democrático de Derecho. La

comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

¹¹¹ *Op. cit.* p. 68

¹¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 2 de febrero del 2001 (Fondo, reparaciones y costas), en el caso BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, estableció lo siguiente: “*En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión*”.

represión sin sustento en los derechos fundamentales deslegitima el Estado Democrático, pues como lo resalta FERRAJOLI: “(...) *la idea de que el bien pueda alcanzarse con cualquier medio, incluso al precio de enormes sufrimientos y sacrificios (sobre todo, de los otros), representa el rasgo característico del fanatismo.*”¹¹³

El principio de legalidad tiene fundamento en la seguridad jurídica, pero además, la propia libertad del individuo. GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, acertadamente expresan que: “*En la persistente dialéctica entre el poder por una parte, y la libertad, por la otra, que se refleja en el encuentro –histórico, actual y futuro- entre la autoridad y el individuo, se localiza el tema de “legalidad” como cause para el desempeño de la autoridad y garantía para el desenvolvimiento del ser humano.*”¹¹⁴ Estos aspectos se materializan en la seguridad que tiene el ciudadano de que únicamente cuando haya cometido un delito se iniciará en su contra un proceso penal y que su libertad no va a ser coartada o restringida en materia penal, sino exclusivamente cuando mediante su conducta ha producido el supuesto hipotético contemplado en la norma penal, que sanciona con una pena el hecho punible y que ha sido establecida con anterioridad a la comisión del mismo.

Sin embargo, el servir de instrumento para lograr la seguridad jurídica no constituye teleológicamente, el único fin de este principio. MIR PUIG, es de la opinión que el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.¹¹⁵

Las finalidades del principio de legalidad son entre otras, asegurar el fundamento del principio de culpabilidad como fundamento de la punibilidad, afianzar

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. Razones Jurídicas del Pacifismo. Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, p. 42.

¹¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. *Op. cit.* p. 96.

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal, *Op. cit.* p. 72.

una administración imparcial de la jurisdicción penal e impedir que la potestad penal se convierta en un medio de persecución a determinados sectores sociales o políticos¹¹⁶ El principio de legalidad es muy importante para el mantenimiento de la libertad y la sustentación del sistema democrático, debido a que persigue amoldar el ejercicio del poder público a lo prescrito específicamente en la ley.

4.3 Sustento constitucional del principio de legalidad

La anterior visión que limitaba la importancia de la Constitución, a ser únicamente un instrumento con un fundamento pragmático de los derechos fundamentales, pero carente de aplicabilidad práctica, ha sido plenamente superada. Actualmente, se acepta de manera generalizada que la Constitución es la norma suprema, la cual constituye el parámetro de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico.

La incorporación del principio de legalidad a los textos constitucionales se ha realizado normalmente entre los países democráticos, dotándolo de esta manera de rango constitucional y considerándolo un derecho fundamental.¹¹⁷ Pero, se ha optado por contemplar en el desarrollo del texto normativo, una concepción amplia del principio de legalidad, pues, además de una legalidad penal, se ha incluido una legalidad administrativa y una legalidad tributaria, entre otras.

¹¹⁶ SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.) Alfonso, *Op. cit.* p. 26.

¹¹⁷ Con respecto al principio de legalidad, la Corte de Constitucionalidad, en una de sus primeras sentencias, desde su creación, ha considerado: *“En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al ius incertum, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos, teniendo el primer párrafo del artículo citado el siguiente texto: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración” En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable”. El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.”* Sentencia del 17 de septiembre de 1986; expediente 12-86.

El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula lo concerniente a la legalidad en materia penal, y para el efecto, prescribe lo siguiente: “*No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.*” Lo anterior, comprende el tradicional “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, por el cual se establece una doble garantía: a) Que una acción u omisión será considerada delictiva, exclusivamente cuando una ley lo haya determinado de esa forma previamente y b) Que nadie puede ser sancionado penalmente, sin que de manera anticipada la sanción se establezca en una ley. Además, el principio de legalidad, de acuerdo con SABELLI y SANTIAGO, abarca todos los aspectos comprendidos en la responsabilidad penal: descripción del tipo penal, pena impuesta, causales de justificación y eximición de la culpabilidad, plazos de extinción de la acción penal, carácter amniable del delito, etcétera.¹¹⁸

El Tribunal Constitucional, cuando conozca en materia de amparo y de inconstitucionalidad, y los tribunales penales, cuando conozcan los casos sometidos a su jurisdicción, deben observar necesariamente que el hecho considerado delictivo (tipo penal) y la sanción (pena), se encuentren contemplados ineludiblemente en una ley preexistente al acaecimiento de la conducta disvaliosa.

La inclusión del principio de legalidad en materia penal, se erige como una garantía primordial para los particulares. El establecimiento de una ley que regule las figuras consideradas delictivas y que se aplique de manera general. Establece claramente las consecuencias que implica la inobservancia de la paz social, quebrantada mediante la actividad delictiva. Sin embargo, también deben combatirse las acciones extrajudiciales utilizadas por los poderes fácticos del Estado, que obviando los mecanismos legales, utilizan la función punitiva estatal, para combatir ciertos tipos delictivos, como sucede en muchos países, y que puede ejemplificarse en casos de ejecuciones extrajudiciales, torturas, etcétera, lo que resulta injustificable dentro de un sistema democrático.

¹¹⁸ SABELLI, Héctor y SANTIAGO (h), Alfonso. *Op. cit.* p. 28.

Es incuestionable que la violencia punitiva debe encontrarse bajo el control de la ley y que debe ser protegida la seguridad jurídica, la libertad de los particulares y demás derechos fundamentales y de perseguir estas conductas que embadurnan el sistema jurídico y violentan los principios básicos del Derecho Penal Moderno.

5. Irretroactividad

Como regla general, las leyes tienen efecto hacia el futuro, *ex nunc*, y no tienen efectos hacia el pasado, *ex ante*, es decir, surtirán efectos para hechos que sucedan con posterioridad al inicio de su vigencia. De tal manera que, normalmente rige la regla *tempus regit actum*, mediante la cual los hechos deben necesariamente sujetarse a la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso.¹¹⁹ El principio de irretroactividad penal implica una prohibición directa para el legislador y para el juzgador. Para el legislador, la de no aprobar leyes que regulen supuestos acaecidos con anterioridad al inicio de su vigencia y para el juez, le impone la limitación de no poder aplicar la ley para resolver el caso sujeto a su resolución judicial respecto de hechos acontecidos con anterioridad al inicio de su vigencia, pues en definitiva, es a éste a quien corresponde establecer cuál es la norma aplicable al caso concreto, en situaciones en que se produzca una sucesión de leyes penales en el tiempo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce una importancia superlativa a la legalidad y a la irretroactividad. Considera que en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos

¹¹⁹ Cabe recordar que en el sistema penal nacional-socialista en Alemania, no se reconoció la irretroactividad de la ley con rango constitucional. CREUS, Carlos expresa que en el referido sistema: "(...) admitieron la costumbre y la analogía como fuentes, no existió la irretroactividad de la ley con rango constitucional, el "sano sentimiento del pueblo" fue límite (evidentemente vago y caprichoso) para definir el delito y, fundamentalmente, para otorgar contenido a la legítima defensa, a otras causas de justificación, al error *iuris*. CREUS, Carlos, *Op. cit.* p. 40. Pero, también resulta por demás interesante recordar, que los juicios seguidos ante el Tribunal de Nüremberg, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se tramitaron contra los criminales nazis, por delitos que no se encontraban tipificados con anterioridad.

los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.¹²⁰ Efectivamente, el principio de irretroactividad de la ley penal, constituye un efecto del principio de legalidad¹²¹ y sirve además como un límite al ejercicio del *ius puniendi*, y protege la seguridad jurídica,¹²² por lo que resulta verdaderamente imprescindible para la constitución de un Estado de Derecho.¹²³

En Guatemala, el artículo 2º de la Constitución Política impone al Estado el deber de garantizar, entre otros valores, el de la seguridad. La seguridad jurídica, denota la Corte de Constitucionalidad, se refiere concretamente a la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico y

¹²⁰ CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ. Sentencia de 23 de noviembre de 2010; párr. 183.

¹²¹ A pesar de ser ambos principios informadores del Derecho Penal y por ende básicos o fundamentales en un Derecho Penal garantista, la irretroactividad de la ley constituye un efecto o consecuencia del principio de legalidad, puesto que no se aprueba una ley para regular hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, quien considera que: “(...) la prohibición de retroactividad es el complemento indispensable del principio de legalidad, porque sin esa prohibición el principio se convertiría en una burla, más que en una garantía de los derechos individuales.” Introducción al Derecho Penal, *Op. cit.* p. 153; A su vez, el autor argentino CREUS, Carlos considera que la retroactividad es un efecto del principio de legalidad, al manifestar que: “En el derecho penal en particular, se lo afirma como un efecto obligado del principio de legalidad. Como relación jurídica, puede decirse que la del “delito” nace cuando el autor observa la conducta penalmente tipificada; es en ese momento cuando, sobre todo, se delinea la culpabilidad en cuanto relación (“interna”) de la ley con el hecho que servirá de base al juicio de reproche.” *Op. cit.* p. 96; BACIGALUPO, Enrique, agrega: “El principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas al legislador y a los tribunales. Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales (...))” Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 105.

¹²² La seguridad jurídica es imprescindible para los ciudadanos, quienes confían en la ley. En ese sentido, VALENCIA ZEA, Arturo expresa: “Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además, cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo” Derecho Civil. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989. p. 184.

¹²³ Para PACHECO, Máximo: “La ideología liberal elevó a postulado fundamental la irretroactividad de la ley penal, es decir, ella no se puede aplicar a los hechos anteriores a su vigencia. Este principio constituye una dimensión del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. En efecto, la seguridad jurídica y los derechos de las personas se derrumban si el legislador transforma lo lícito de ayer, en lo ilícito de hoy. En estas circunstancias, el hombre -que es racional y libre- no tiene la posibilidad de elegir conscientemente entre obedecer y desobedecer la norma, y el Derecho, por tanto, no puede reprochar una acción, so pena de transformarse en instrumento de injusticia. La irretroactividad de la ley penal está reconocida en la mayoría de los países del mundo, y la “Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas” de 1948, la acoge expresamente. El principio, no obstante, admite algunas excepciones cuando la ley posterior beneficia al delincuente. La irretroactividad penal es desconocida con frecuencia por regímenes políticos que no respetan la dignidad del hombre.” Teoría del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990, pp. 227 y 228.

en consecuencia considera, que las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar en observancia de ese principio y respetar las leyes vigentes y principalmente la ley suprema.¹²⁴ Una ley retroactiva violenta indubitadamente la seguridad jurídica. El principio de irretroactividad, coadyuva a evitar a que se desquebraje la confianza de los ciudadanos en el imperio de la ley.

El artículo 15 de la Constitución Política de República de Guatemala prescribe brevemente que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. La previsión del precepto constitucional contempla una prohibición expresa de la aplicación desfavorable, en cambio, admite la retroactividad beneficiosa. Siguiendo a GARCÍA RAMÍREZ, se produce una doble consecuencia que se puede expresar de manera procesal. Así, rige la *reformatio in melius*, o sea la alterabilidad de situaciones jurídicas favorables y se desecha la *reformatio in pejus*, o sea, la alteración de situaciones jurídicas por cambios perjudiciales.¹²⁵ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha manifestado:¹²⁶

“(...) La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y que rige para el futuro a partir de su promulgación; que se aplica en el presente, que no puede ser aplicada al pasado y que rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de hechos anteriores a ella. La retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento, a uno anterior al de su creación, por lo que se contemplan ciertas situaciones fácticas pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su realización. Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar

¹²⁴ Auto de fecha 29 de enero de 2009; expediente 3350-2008.

¹²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, p. 29.

¹²⁶ Sentencia del 26 de junio de 1991; expediente 364-90. En sentencia del 27 de septiembre de 2011, expediente 2156-2011, siempre referente al principio de irretroactividad expuso: “(...) cabe afirmar que uno de los principios elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. Se puede señalar entonces que la naturaleza jurídica del principio mencionado es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.”

condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los efectos de un derecho plenamente realizado.”

La Corte de Constitucionalidad desarrolla en la sentencia anterior, lo que debe entenderse por retroactividad de la ley y enfatiza lo concerniente a la aplicación hacia el futuro de esa ley, de manera general a excepción de su aplicación en materia penal cuando sea favorable,¹²⁷ pues de lo contrario, se debilitarían peligrosamente las bases de un derecho penal de acto, propio de un Estado Democrático de Derecho.

El principio de irretroactividad, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, se cimenta en la previsibilidad contemplada en la ley, de los efectos del comportamiento escrito como delictivo. La irretroactividad es un derecho humano intangible que impide la aplicación de una ley posterior, a un supuesto realizado con anterioridad al inicio de su vigencia. En sentido contrario, se admite la retroactividad únicamente en materia penal, cuando se trate de una ley más benigna.

Pero además, sirve de resguardo legal al imputado o condenado, lo que supone la seguridad jurídica que no se le aplicará una ley distinta al momento de la realización delictiva, lo que solidifica el Estado Democrático de Derecho, al evitar el ejercicio arbitrario del poder.

¹²⁷ BACIGALUPO, Enrique explica ampliamente la excepcionalidad que se produce en la irretroactividad de la ley penal, al manifestar: *“Una larga tradición determina que el principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto de las leyes penales posteriores al momento de comisión del delito pero más favorables al acusado. Se trata de una excepción con un fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquéllas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista, es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales, es decir, la prohibición de retroactividad de la ley penal, sólo se instituyen para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una nueva situación legal más favorable”*. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 188.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL (II)

2. Proporcionalidad

Uno de los principios informadores básicos del Derecho Penal, lo constituye el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso. Este principio limita la potestad punitiva del Estado, al propugnar por una adecuada estabilización entre la conducta reprochable y la reacción estatal para reprimirla. Sin embargo, este principio constituye uno de los principios informadores más violentados en la *praxis*. Efectivamente, puede observarse a menudo como en la individualización de la pena, se irrespeta cotidianamente la igualdad que debe existir de forma indefectible, entre los sujetos pasivos que fueron condenados en sentencia dictada por los jueces penales competentes. Pero también, al analizar las leyes penales, se determina la excesiva penalización en algunos delitos.

El principio de proporcionalidad cobra especial trascendencia,¹²⁸ al constituir un límite a la potestad punitiva estatal, pues la exigencia de que se observe una proporcionalidad en la aplicación de las penas por los delitos cometidos conlleva la protección de los derechos fundamentales. Ya desde tiempos del iluminismo,

¹²⁸ De acuerdo con BACIGALUPO, Enrique: *“El principio de proporcionalidad tiene también trascendencia en la medida en la que el derecho penal constituye una limitación de derechos fundamentales: entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, en relación al bien jurídico protegido. De esta forma, el legislador está doblemente limitado con respecto a la gravedad de las penas: por un lado no puede imponer penas inhumanas o degradantes, por imperio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona, y por otro, debe establecer penas proporcionadas a la gravedad de los ilícitos que se sancionan.”* Principios Constitucionales de Derecho Penal. *Op. cit.* p. 252.

BECCARIA¹²⁹ pensaba visionariamente, que: *“Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último.”*

Que el legislador logre un equilibrio entre los delitos y las penas, para que no se produzca una desproporcionalidad en las penas y por ende, una violación a los derechos fundamentales del condenado; así como, que el juzgador dicte la sentencia correspondiente, debidamente motivada y que contemple realmente dentro de los parámetros del *maximum* y *mimumum* de la pena, las circunstancias en cada caso en particular, como lo son entre otros, la idoneidad del tipo y el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo.

1.1 Importancia

El principio de proporcionalidad es fundamental en el ámbito de la individualización de la pena contemplada en la ley -lo que se conoce como proporcionalidad abstracta- y además, en la aplicación judicial de la pena -lo que se denomina proporcionalidad concreta-. Tanto es así, que, de acuerdo con FUENTES CUBILLOS:¹³⁰

“Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia

¹²⁹ BONESANA, César, Marqués de BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas. *Op. cit.* p. 69.

¹³⁰ FUENTES CUBILLOS, Hernán. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concreción en el ámbito de individualización de la pena. Revista Ius Et Praxis, año 14, no. 2. Universidad de Talca, Chile, 2008, p. 19.

de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.”

En efecto, la gravedad de la pena debe aplicarse coherentemente con la gravedad del hecho delictivo.¹³¹ De ahí, que no deben sancionarse gravemente aquellos hechos de una ordinaria relevancia, sino que deben ser sancionados en forma proporcional al daño provocado por el mismo. En ese mismo sentido, MUÑOZ CONDE manifiesta que este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.¹³²

LUZÓN PEÑA referente a la gravedad del hecho, reflexiona en dos clases de gravedad que pueden ocasionarse. Por un lado, la “gravedad intrínseca del hecho”, producida por el grado de desvalor del resultado y de la acción, que toma en cuenta como parámetro la importancia y número de bienes jurídicos afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención. Por otro lado, la “gravedad extrínseca del hecho”, provocada debido al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, la cual considera que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción.¹³³

Es innegable que cuando el hecho delictuoso provoca un daño, debe efectuarse una valoración proporcional respecto del mismo, para que así, la pena a

¹³¹ Para VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España, 2003, p. 136: *“En el marco de la medición de la pena, el principio de proporcionalidad con el hecho debe acentuarse igualmente cuando se parte de la perspectiva orientada al reproche. La severidad de la pena refleja el grado de reproche, una pena proporcionalmente elevada expresa una mayor censura, al igual que una pena leve representa un reproche menor. Como consecuencia de esta estrecha relación conceptual entre gravedad de la pena y reproche, y no como consecuencia de los efectos sobre la fidelidad normativa de los ciudadanos, las penas deben corresponderse con la gravedad del hecho.”*

¹³² MUÑOZ CONDE. Francisco. *Introducción al Derecho Penal. Op. cit.* p. 134.

¹³³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.* p. 85.

ser aplicada no genere el empleo de una pena desproporcionada e ilimitada del ejercicio de la represión estatal. Este principio no sirve de fundamento para legitimar el poder punitivo estatal de manera retributiva, sino que al contrario, constituye otro límite al ejercicio del *ius puniendi* al restringir la utilización de penas descomedidas al hecho delictivo cometido. Además, de manera amplia, este principio propugna porque exista una correlación entre la afectación de derechos frente a la magnitud de la lesividad provocada. Como lo asevera ZAFFARONNI:¹³⁴ *“La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto.”*

El principio de proporcionalidad pues, persigue tanto que la individualización de la pena se realice en forma coherente con el hecho delictivo cometido, es decir, pretende una correlación distributiva entre la conducta reprochable y la represión estatal, así como sancionar únicamente aquellas conductas que lesionen los bienes jurídicos más relevantes.¹³⁵ En ese aspecto, se evidencia su trascendencia como principio limitador del *ius puniendi*, porque deben castigarse solamente los hechos que requieran necesariamente ser sancionados penalmente, debido a que no pudieron ser solucionados por la normativa de otras disciplinas jurídicas distintas.

El autor COTE-BARCO siempre en ese mismo orden de ideas, prioriza la importancia que representa la constitucionalización del Derecho Penal asegura que

¹³⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 130. Agrega este autor que: *“(...) dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida, (...)”* Ibídem.

¹³⁵ En cuanto a este aspecto, MIR PUIG, Santiago. El Principio de Proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009, p. 1360, dice que la carga aflictiva de las penas no deberá representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Añade que tampoco deberá castigar si no es necesario para la protección de los ciudadanos, ni deberá hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen.

el principio de proporcionalidad implica que en el Derecho Penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas.¹³⁶

Pero, el principio de proporcionalidad no sólo debe observarse por el legislador en el desempeño de sus actividades, cuando tipifica una conducta como delictiva, sino también es importante su observancia por los órganos jurisdiccionales en la imposición de las penas, con el propósito de evitar que se apliquen penas desproporcionadas, como muchas veces ocurre en la realidad. Resulta mucho más difícil el control de la actividad legislativa en la creación de nuevas figuras delictivas que contengan sanciones drásticas para nuevos hechos, que la del juez en la imposición de la pena.

Debe recordarse que la desproporción en el establecimiento de las penas, se produce generalmente por la inexistencia de parámetros técnicos para la creación de las penas. Lo que origina una vulnerabilidad en cuanto a la posibilidad de incrementar inconsistentemente el máximo de las penas, ante presiones de la población debido a la existencia de un caso en particular.

El juzgador se encuentra obligado a fundamentar su resolución, con la clara finalidad de explicar las razones fácticas y jurídicas que le motivaron a tomar esa decisión. Además, fuera del aspecto argumentativo señalado, en relación a la actividad jurisdiccional, normalmente la propia ley penal, establece un margen

¹³⁶ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. Vniversitas. ucls. No. 116, Bogotá, Colombia, julio-diciembre de 2008, p. 133. Agrega este autor que, dado que el Estado debe recurrir al Derecho Penal en tanto mecanismo último para la protección de derechos fundamentales al tiempo que con este recurso también los limita, el principio de proporcionalidad se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del Derecho Penal en los derechos de las personas incluso para algunos también como una prohibición de protección penal deficiente de esos mismos derechos. Considera que de esta forma la proporcionalidad se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende darle al Derecho Penal el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible. *Ibíd*em, p. 133.

limitado al juez, al impedirle que traspase los extremos punitivos establecidos específicamente por el legislador.¹³⁷

1.2 Inconstitucionalidad por desproporción de la pena

Uno de los aspectos interesantes que ocurren como consecuencia de la inobservancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización de la pena contemplada en la ley, lo constituye la posibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad. No obstante, durante el reproche de la norma considerada inconstitucional, debe necesariamente señalarse los preceptos constitucionales que se estimen vulnerados debido a la desproporción de la pena. Pues, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional de España en la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, *“el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales (...) Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad”* (en igual sentido, se encuentra la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

El Tribunal Constitucional en STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, define el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, de la siguiente forma: *“se trata de*

¹³⁷ En cuanto a este aspecto, HURTADO AGUILAR, Hernán. Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal. Editorial Landívar. Guatemala, Segunda Edición. 1984, p. 130. Para el caso de Guatemala, comenta que el juez tendrá que explicar las razones por las cuales fija la pena a imponer. Agrega, que podrá lógicamente usar el extremo mínimo cuando las circunstancias sean del todo favorables al reo, es decir, que no hayan circunstancias agravantes. Que concurren circunstancias atenuantes, que no sea socialmente peligroso, que el delito lo haya cometido en situación más o menos explicable (¿?), si previó o no exactamente los resultados de su acción y las incidencias de la misma. Su conducta dentro de su medio o comunidad, si se ha comportado como buen padre de familia, la forma en que ha atendido sus obligaciones personales, etc. Para el extremo máximo, estima que para el extremo máximo debe determinarse si las condiciones fueren desfavorables para el reo.

valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un “patente derroche inútil de coacción”

La desproporción de la pena debe ser notoria para que pueda declararse con lugar la inconstitucionalidad. Caso contrario, se correría el riesgo de que existiera una intromisión en la política penal del legislador. Cabe recordar la prevalencia en materia constitucional del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Por otra parte, también debe resaltarse que el legislador se encuentra sujeto a la Constitución, por lo que al fijársela cuantía de las penas, debe indefectiblemente observar entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que debe existir entre delito y pena.

ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, comentan que en la STC 136/1999 el Tribunal Constitucional Español, por primera vez, declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada. Agregan que sin entrar en las críticas que suscitó la argumentación de la sentencia, el Tribunal no ha vuelto a declarar una inconstitucionalidad por desproporción de la pena y cuando algún juez ha planteado, vía cuestión de inconstitucionalidad, una conclusión de este tipo, el Tribunal no ha encontrado buenas razones para neutralizar o interferir en la política penal del legislador (SSTC 49/200938, 60/201039).¹³⁸

¹³⁸ ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, María Ángeles. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Ponencia presentada en la Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España, en la Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, celebrada en Roma, Italia, del 24 a 27 de octubre de 2013, p. 17.

En Guatemala existen diversas sentencias que tratan respecto del principio de proporcionalidad en sentido amplio,¹³⁹ el cual se encuentra orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia, pero ninguna relacionada con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la proporcionalidad de las penas.

Por otra parte, en países como México puede ejemplificarse en sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 31/2006,¹⁴⁰ donde declaró procedente la acción de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la Nación por regularse en la Ley General de Salud, multas fijas, al establecer como sanciones por las conductas antijurídicas que prevé, además de las privativas de libertad, multa equivalente a cien mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate; y multa equivalente a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, en sus respectivos casos. El Tribunal consideró que el artículo 464 Ter, fracciones I, II y III, de la Ley General de Salud prevé multas penales excesivas y, por tanto, contrarias a los artículos 16 y 22 constitucionales, al establecer como sanción -por diversas conductas relacionadas con la alteración y venta de medicamentos- multas fijas y estimó que:

“Ello es así, por un lado, porque mediante el sistema de imposición de penas pecuniarias en porcentajes fijos no es posible la individualización judicial de la pena, toda vez que cualquiera que sea la conducta omitida o realizada, el porcentaje de la sanción será siempre, para todos los casos, invariable, con lo cual se cierra la posibilidad de justificar adecuadamente la determinación de la pena, en relación con la culpabilidad del sujeto y las circunstancias en que se produjo la conducta antijurídica; y por otro, porque la inflexibilidad que

¹³⁹ Ver por ejemplo, sentencias de 7 de septiembre de 2012, expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011; 14 de agosto de 2012, expediente 2729-2011.

¹⁴⁰ En la citada sentencia, se menciona como apoyo jurisprudencial, otras sentencias parecidas, en las cuales se ha declarado que el establecimiento de multas fijas es contrario a los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución. Entre las mismas se mencionan: P./J. 10/95; y P./J. 17/2000.

suponen las cantidades fijas genera que no pueda existir proporción y razonabilidad suficiente entre su cuantía y la gravedad del delito cometido.”

Como corolario, el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo que pueda invocarse aisladamente de los preceptos constitucionales que se consideren trasgredidos por la desproporción de la pena. Sin embargo, constituye un principio limitador del *ius puniendi*, que exige un equilibrio entre la imposición de las penas con relación a los hechos delictivos regulados por la ley pena y que tiene su base en el principio de igualdad.

El principio de proporcionalidad ha cobrado mucha relevancia, no solamente en el ámbito del Derecho Penal, sino que en el Derecho Constitucional. Este principio resulta útil como un mecanismo mediante el cual se logra la despenalización de determinadas figuras delictivas, en las cuales existe una desproporcionalidad en una norma penal. Los principios informadores del Derecho Penal, han sido constitucionalizados, lo que demuestra la importancia que el constituyente les ha reconocido dentro de la ley suprema. Como se ha ejemplificado, el principio de proporcionalidad constituye uno de los principios informadores que mediante la utilización de la inconstitucionalidad, se han hecho valer en la *praxis* forense.

El problema consiste en que generalmente el legislador omite aplicar, adrede o por un mal asesoramiento legal, el principio de proporcionalidad, al momento de creación de la ley penal. LASCURAÍN SÁNCHEZ,¹⁴¹ considera que debe computarse como coste de la norma penal, no sólo el que supone la pena, sino también los constituidos por la prohibición y la administración policial, judicial y penitenciaria de la norma, lo cual no elimina el postulado garantista de que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho.

Derivado de lo anterior, debe recordarse que el garantismo sostiene que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, pero como se ha manifestado, se evidencia en la práctica que se crean leyes penales

¹⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. ¿Restrictivo o Diferente? El control de la Ley Penal por parte del Tribunal Constitucional. INDRET, número 3 Universidad Pompeu Fraga. Barcelona, España, 2012, p. 8.

desproporcionadas, que si bien es cierto, son analizadas mediante un juicio de inconstitucionalidad de las mismas, en el fondo no deberían ser promulgadas, porque contienen una prohibición de exceso e incrementan el trabajo de los tribunales innecesariamente. Sin embargo, como principio básico, la proporcionalidad garantiza que la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho.

2. Culpabilidad

Dentro de un estado democrático de derecho, el Derecho Penal no debe ser únicamente represivo, sino que derivado de su función, el mismo debe ser sobre todo preventivo. Para el logro de esta finalidad, es donde desempeña una labor preponderante el principio de culpabilidad como límite al ejercicio del *ius puniendi*, porque condiciona que a una persona pueda imponérsele una pena, sino se demuestra previamente el juicio de reproche, respecto del hecho que se le atribuye. ZAFFARONI incluso lo considera el más importante de los principios que se derivan en forma directa del estado de derecho, al expresar:¹⁴²

“Pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante. En este sentido, es válida la distinción entre un modelo de derecho penal autoritario y lo que, en realidad, es un derecho penal irracional, que imputa sin presuponer ni delito ni ley.”

¹⁴² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *OP. cit.* p. 139.

Como lo hace ver ZAFFARONI, la importancia de la culpabilidad en el Derecho Penal moderno es indiscutible. Tiene tanto defensores como detractores. Para BRUERA el concepto de culpabilidad, ha sido siempre el más debatido en el Derecho Penal, porque es el que más nos liga a la interrogación sobre el destino mismo del derecho de castigar.¹⁴³ QUINTERO OLIVARES por su parte, considera que la culpabilidad es nuclear en el sistema penal pues se le atribuyen diversas funciones esenciales: individualizar la responsabilidad, fundamentar la pena y limitar la duración de ésta.¹⁴⁴

En el ámbito penal, la culpabilidad puede ser estudiada desde diversos puntos de vista. De manera general, la culpabilidad puede ser analizada, siguiendo a QUINTERO OLIVARES, como concepto dogmático y como principio de política criminal.¹⁴⁵ Para efectos de este estudio, interesa como principio de política criminal al ser considerado un principio informador del Derecho Penal limitador del *ius puniendi*. Desde esta última perspectiva, dice RODRÍGUEZ MESA, el fundamento del principio de culpabilidad habría que encontrarlo en la función utilitarista de prevención general propia del Derecho Penal. Añade que sólo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, dado que sólo con respecto a ellos puede la conminación penal desplegar una función intimidante. A nivel de garantías la exigencia de culpabilidad se traduce en los principios de responsabilidad por el hecho, dolo o culpa, e imputación personal.¹⁴⁶

BRUERA plantea que: *“El ser humano responde ante la ley penal por lo que hace, acciones y omisiones, no por lo que es. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que en definitiva el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia.”*¹⁴⁷ El juicio de desvalor recaído sobre el autor, denominado culpabilidad, requiere la existencia previa de dolo o culpa.

¹⁴³ BRUERA, Matilde M. Derecho Penal y Garantías Individuales. Editorial Juris. Argentina, 2000, p. 84.

¹⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.* p. 97

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 96.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ MESA, María José. Manual de Introducción al Derecho Penal. Universidad de Cádiz. Jerez de la Frontera, España, 2006, p. 98.

¹⁴⁷ BRUERA. *Op. cit.* p. 99.

No obstante, contemporáneamente el reproche contra el autor del acto se ha visto severamente cuestionado en cuanto a su tradicional concepción,¹⁴⁸ con el denominado Derecho Penal del Enemigo. PORTILLA CONTRERAS, ha estudiado con profundidad este tema y dice en lo tocante:¹⁴⁹

“Las características del flamante Derecho Penal de lucha se corresponden tanto con la tesis de la excepción schmittiana como con el planteamiento de la “emergencia suprema” de Walzer. De ahí que el Derecho Penal adquiera el perfil de la guerra preventiva en defensa de los criterios “morales” del sistema neoliberal, siendo esa la técnica que se está empleando en la lucha contra el terrorismo y la inmigración; ya no se penalizan comportamientos que lesionan valores sino los riesgos potenciales para la seguridad del Estado. En conclusión, se sustituye el Derecho Penal basado en la culpabilidad por el hecho por otra modalidad de “Derecho” en la que lo que únicamente interesa es la peligrosidad del colectivo al que pertenece el autor.”

El problema con este tipo de corrientes ideológicas, es, como acertadamente lo expresa el autor PORTILLA CONTRERAS, que privilegia la peligrosidad colectiva frente al Derecho Penal basado en la culpabilidad. Restringir hasta su desaparición la concepción tradicional de la culpabilidad por el hecho constituye una posición eminentemente anti garantista. La pena no encuentra coherencia con la medida de la

¹⁴⁸ *“Traspasado de la tradición romana a la cristiana, el principio fue teorizado por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida. Por el contrario, veremos cómo desde fines del siglo pasado se viene produciendo una crisis regresiva de la categoría de la culpabilidad, empañada o negada en distintas formas, en sede teórica y normativa, por obra de doctrinas y ordenamientos autoritarios que tienden a flanquearla, a integrarla o a sustituirla por la «peligrosidad» del reo o por otros medios de calificación global de su personalidad, como son la capacidad para delinquir o la culpa de autor.”* FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Op. cit. p. 488.

¹⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El retorno del Derecho Penal al estado de la naturaleza. Revista Viento Sur. Número 83. Madrid, España, Noviembre 2005, p. 32.

culpabilidad del agente. De un derecho penal de culpabilidad, se ha cambiado a un derecho penal de peligrosidad.¹⁵⁰

La importancia que desempeña el principio de culpabilidad en un Estado Democrático de Derecho, donde domina la visión garantista, es esencial. Para FERRAJOLI la tercera condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del «cuándo» y del «qué» prohibir es la de la culpabilidad.¹⁵¹ Este principio se dirige tanto al legislador como al juez. En el caso del legislador, le ha constreñido la utilización de ciertos principios como el de "*causa causae est causa causati*" y el *versari re illicita*, en la creación de leyes penales. Pero, asimismo, ha limitado la actividad del juez, al obligarlo a que motive la individualización de la culpabilidad y se base en un derecho del acto y no del autor. El principio de culpabilidad continúa siendo un principio básico del Derecho Penal que limita el *ius puniendi* estatal y primordial para garantizar los derechos de las personas.

La culpabilidad puede ser analizada como principio y como nivel de valoración del hecho punible. Como principio, la culpabilidad constituye un límite al poder punitivo estatal. El principio de culpabilidad, *nulla poena sine culpa*, es fundamental para el establecimiento de la pena estatal, en cuanto que exclusivamente se va a sancionar a las personas que poseen capacidad de culpabilidad, es decir, que comprenden perfectamente la ilicitud de su actuación.

El principio de culpabilidad sirve como medio de legitimidad, que sin embargo, en muchas ocasiones es inobservado plenamente por los juzgadores debido a presiones sociales que instrumentalizan al imputado, en lugar de reconocerle su dignidad humana igual que las demás personas. Se le debe condenar, si se demuestra que realizó una conducta delictuosa, pero no por su conducta anterior. Debe observarse en todo caso, que no hay pena sin culpa.

¹⁵⁰ "Comúnmente el derecho penal de hecho se concibe como derecho penal de culpabilidad, porque la imposición de la pena atiende al requisito de la reprochabilidad, es decir, del reproche que se puede formular al autor por su acto, en tanto que el derecho penal de autor se concibe como un derecho penal de peligrosidad: la sanción (que perdería en realidad su carácter de "pena"), tendrá en cuenta la peligrosidad criminal (social) que subyace en la personalidad del autor que el delito revela." CREUS, Carlos. *Op. cit.* pp. 15 y 16.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Op. cit.* p. 487.

Dentro de la postura garantista, este principio es esencial a un Derecho Penal Democrático que genera mucho debate doctrinariamente, debido a su estrecha relación con el derecho a castigar. La pena debe mantenerse dentro de los márgenes de la culpabilidad del autor y no aceptarse que se aplique por motivos de conveniencia pública o como excusa para combatir al terrorismo al criminalizar la peligrosidad.

3. *Ne bis in idem*

3.1 Importancia y origen

El *ne bis in idem*, de acuerdo con CABANELLAS,¹⁵² significa: “no dos veces sobre lo mismo.” El principio del *ne bis in idem* también se constituye en uno de los principios informadores del Derecho Penal que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por este principio se establece que toda persona tiene el derecho a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos. Como puede observarse, por medio de este principio se protege a las personas para que no puedan ser juzgadas o condenadas nuevamente por los mismos hechos delictivos.

Se prioriza la seguridad jurídica ante la búsqueda de la justicia material, puesto que una persona no puede vivir con la amenaza constante de que en cualquier momento el Estado reabra el juicio fenecido, o bien, inicie uno nuevo por los mismos hechos, lo cual violentaría la seguridad jurídica, como se ha expresado. Su ámbito de

¹⁵² CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª. Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 175.

aplicabilidad en materia de protección de derechos humanos se refiere exclusivamente al ámbito penal y no al disciplinario.¹⁵³

Entre sus antecedentes más remotos se encuentra lo dicho por Demóstenes en el año 355 antes de Cristo, en el Discurso contra Leptines, donde afirma: “las leyes prohíben que un mismo hombre sea juzgado dos veces por el mismo motivo.” También se menciona el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, o en el Derecho Canónico, como un principio de derecho natural, derivado de un comentario de San Jerónimo sobre el profeta Nahúm, donde expresa: “Porque Dios no juzga dos veces por el mismo pecado.”¹⁵⁴

Un antecedente trascendental de esta prohibición, plantea ANSELMINI, está representado por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que la incluye como una garantía de seguridad individual. Esto denota una de las primeras visiones políticas expresas del “*ne bis in ídem*”, pues en el contexto del *common law* se la formula como un límite al poder punitivo del Estado establecido en favor de los ciudadanos.¹⁵⁵ En los Estados Unidos, como consecuencia de la V Enmienda (1791), se formaliza la figura del *double jeopardy*, por la cual se establece: “(...) *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; (...)*

¹⁵³ De esta forma lo ha establecido el **Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General No. 32 (2007)**, “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia” (**artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**), 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, párrafo 57, al señalar: “*Esta garantía concierne a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto. (...)*” En igual sentido se había pronunciado el **Comité de Derechos Humanos, en el caso Jacobus Gerardus Strik vs. Países Bajos**, Comunicación No. 1001/2001 (2002), CCPR/C/76/D/1001/2001, párr. 7.3.

¹⁵⁴ Ver para el efecto, VAN BOCKEL, Bastiaan. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Universiteit Leiden, The Netherlands, 2009, p. 1. “*The principle of ne bis in idem is an important fundamental principle of law which restricts the possibility of a defendant being prosecuted repeatedly on the basis of the same offence, act or facts.*1 *The principle has a long history; the earliest known reference to the ne bis in idem principle originates from approximately 355 BC, when Demosthenes reasoned that ‘the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue’.*2 *The principle appeared again in Justinian’s Corpus Juris Civilis.*3 *The ecclesiastical ne bis in idem principle (as a principle of natural law) is based on St Jerome’s comment on the prophet Nahum: ‘for God judges not twice for the same offence’.*4 *It is believed that the protection against double jeopardy, its equivalent in common law, is as old as the common law itself.*

¹⁵⁵ ANSELMINI, Valeria. “*Ne bis in idem*.” La prohibición contra la doble persecución penal. Anales, No. 43. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Perú, 2013, pp. 103 y 104.

3.2 Su inclusión en la Constitución

El principio de *ne bis in idem* no se encuentra expresamente regulado ni en la Constitución Española, ni en la Constitución Política de Guatemala. En el caso de España, al no encontrarse enunciado específicamente este principio, el Tribunal Constitucional, vía interpretativa, temprano, desde su segunda sentencia, lo ha derivado del principio de legalidad.¹⁵⁶ La interpretación dada por el Tribunal Constitucional es de mucha importancia, pues desde el principio buscó reconocerle rango constitucional a este principio, para equipararlo a los otros principios informadores del Derecho Penal, que sí se encuentran enunciados expresamente en el texto fundamental.

Además de vincularlo al principio de legalidad, en doctrina algunos autores consideran que se deriva también del principio de proporcionalidad, como por ejemplo ALCÓCER POVIS, para quien el principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, pues estima que la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, pues tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Así, en STC 2/1981, de 30 de enero de 1981, f.j. 4, el Tribunal Constitucional declaró. “(...) si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53, número 2, de la Constitución y 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.”

¹⁵⁷ ALCÓCER POVIS, Eduardo. La prohibición de incurrir en *bis in idem*. Aproximación conceptual. Publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Perú, 2008, p. 5.

En Guatemala, al igual como sucede en España, como se ha indicado, el principio *ne bis in idem* no se encuentra regulado expresamente en el texto constitucional, pero además en el caso de Guatemala, tampoco en el Código Penal, aunque sí en el artículo 17 el Código Procesal Penal. Esto significa que de las dos connotaciones que se originan del referido principio: material y procesal, en Guatemala, a excepción de la vertiente procesal, el aspecto material del principio relacionado.¹⁵⁸

El principio de *ne bis in idem* se encuentra regulado en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En ese aspecto, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 14 inciso 7, que *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de una sentencia firme y respetuosa de la ley de procedimiento penal de cada país”*. Por su parte el artículo 8.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone, que: *“el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos”*.

Como se colige de lo anterior, la Convención Americana de Derechos Humanos regula el principio *ne bis in idem*, de una manera más amplia que como lo contempla el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. En efecto, el Pacto relacionado lo restringe a “delito”, mientras que la Convención citada, lo hace extensivo a “los mismos hechos”.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵⁹ lo ha reconocido al establecer que: *“Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados*

¹⁵⁸ En sentencia de 6 de noviembre de 2013; expediente 3082-2013, la Corte de Constitucionalidad consideró: *“El principio non bis in idem, contenido en el artículo 17 del Código Procesal Penal, establece que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho y que será admisible nueva persecución cuando se den los supuestos contenidos en esa norma, en otras palabras, prohíbe iniciar una nueva persecución penal contra una misma persona, que tenga como antecedente directo el mismo hecho que originó con anterioridad una persecución de idéntica índole, salvo como quedó asentado, cuando se den los supuestos establecidos en ese precepto legal.”*

¹⁵⁹ En el párrafo 121, del Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas),

por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo "delito"), la Convención Americana utiliza la expresión "los mismos hechos", que es un término más amplio en beneficio del inculgado o procesado." Entre más sea protectora una norma en comparación a otra, debe preferirse su aplicación por ser más garantista y por ende, es de mayor extensión su ámbito de protección.

El principio *ne bis in idem* posee una doble connotación: material y procesal. En ese sentido, contempla tanto la prohibición de que la persona pueda ser sancionada dos o más veces por el mismo delito, como la prohibición de que se le someta nuevamente a juicio por el mismo injusto penal. En cuanto a la connotación material, que es la que interesa para este estudio, se garantiza la imposibilidad de que pueda recaer una doble sanción penal sobre la misma persona por el mismo hecho delictivo, porque de lo contrario, esa actuación constituiría indefectiblemente un exceso del ejercicio punitivo del Estado, lo cual obviamente es contrario a las medidas protectoras que son inherentes a un Estado Democrático de Derecho.

El principio *ne bis in idem* permite evitar el doble procesamiento (vertiente procesal o adjetiva) o la doble sanción a una misma persona por los mismos hechos (vertiente material o sustantiva). Para que proceda este principio, deben coincidir tres aspectos: a) identidad de la persona procesada (*eadem persona*), b) identidad del objeto de persecución (*eadem res*), y c) identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*)

Normalmente, este principio no presenta mayor problema en cuanto a su aplicabilidad en el Derecho Penal interno. Este derecho a no ser sancionado en forma múltiple por los mismos hechos, restringe el *ius puniendi* y garantiza al individuo la prohibición de la doble o múltiple persecución y sanción penal. Donde puede presentar más problema es en el ámbito administrativo y en el Derecho Penal Internacional.

4. Resocialización

4.1 Importancia

Con el devenir histórico ha variado la concepción de la pena. BARATTA afirma que el pensamiento penal después de la segunda guerra mundial se orienta preferencialmente hacia una ideología utilitarista-humanística de la pena, en cuyo ámbito está ubicada en primer plano la función de resocialización.¹⁶⁰ No obstante, esta transformación del pensamiento penal, que otrora había efectuado una clasificación de los delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena, hacia la aplicación de conocimientos pedagógicos-sociales más evolucionados, surgió a partir de los años '60.¹⁶¹

Estos cambios provocaron, de acuerdo con BACIGALUPO, en primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de *resocialización*. En segundo lugar, se procuró dar cabida a las consideraciones que ponen de manifiesto la *corresponsabilidad* de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. Y, en tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la *idea de tratamiento*.¹⁶²

En el Derecho Penal moderno no puede considerarse como finalidad de las penas, la retribución de la culpabilidad. Al contrario, debe prevalecer la resocialización como un principio limitador de la potestad punitiva estatal y como una garantía de la persona, en cuanto se le protegerá adecuadamente aún y cuando se le haya condenado por la comisión de un hecho delictivo y se utilizarán los

¹⁶⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 14.

¹⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 36.

¹⁶² *Ibíd.*

mecanismos apropiados para lograr su reinserción a la sociedad. No se pretende la abolición de las penas, sino su relativización mediante la búsqueda de una resocialización del condenado. Aunque, en realidad, tal pretensión en muchas ocasiones pareciera ser más teórica que práctica. Sobre todo si se observa la manera en que se encuentran sobrepobladas las prisiones y la carencia de políticas tendentes a lograr la reinserción a la sociedad de los condenados, por lo que en la práctica se cumple una función retributiva.

4.2 Su inclusión en la Constitución

El principio de resocialización se encuentra regulado en el artículo 25.2 de la Constitución de España, que establece: “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.”

De la lectura del artículo precedente se colige que el referido artículo contempla la exigencia referente a que la orientación que debe otorgársele a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad es la búsqueda de la reeducación y la reinserción social.

MAPELLI CAFERANA indica que la expresión resocialización se ha ido incorporando de forma generalizada en los ordenamientos jurídicos penitenciarios, pero con muy variados términos.¹⁶³ Así, por ejemplo, agrega, que en España se utilizan los de “reinserción social” y “reeducación” y que contrasta, por lo demás, la falta de contenido de dichas expresiones en el propio ordenamiento jurídico y esto es algo común a la mayoría de las legislaciones penitenciarias.

¹⁶³ MAPELLI CAFERANA, Borja. Criminología y Ejecución Penal. En Prevención y Teoría de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995, pp. 179-180.

Efectivamente, se ha criticado la dificultad interpretativa que representan los términos de “reinserción social” y “reeducación” en el texto constitucional, sobre todo por su vaguedad.¹⁶⁴ Sin embargo, no todo ha sido crítica, pues como lo señala DELGADO DEL RINCÓN, la constitucionalización en el artículo 25.2 de la Constitución, de estos dos temas (el fin de la reeducación y la reinserción social de las penas privativas de libertad y el reconocimiento de los derechos fundamentales a favor del colectivo social de los reclusos) hace que estemos en presencia de un precepto original e innovador, ya que carece de parangón en los textos

¹⁶⁴ Para tener una mejor idea en cuanto a lo que hacen referencia estas críticas, conviene leer lo que ZAPICO BARBEITO, Mónica explica: “Sin embargo, debido a las dificultades de interpretación que suscita el artículo 25.2 de la CE, ha sido objeto de numerosas críticas tanto doctrinal como jurisprudencialmente. El primer problema que plantea es que se refiere a la “reeducación y la reinserción social” pero no ofrece ninguna definición de ambos conceptos. Se trata de conceptos indeterminados que exigen una interpretación y delimitación para tratar de conocer exactamente a qué se refería el legislador constituyente al decir que las penas se orientaran hacia la reeducación y la reinserción social. A nadie se le escapa que esta es una cuestión importante, pues sabiendo el alcance de estos conceptos podremos entender, por una parte, cuando no estamos ante una verdadera política de reorientación de las penas hacia la reinserción y, por otra parte, de qué modo han de ser los tratamientos en prisión para lograr este objetivo. El segundo problema que plantea es que únicamente se refiere a la reinserción y reeducación social como mandato orientador de las “penas privativas de libertad”, olvidándose del resto de penas previstas en el Código Penal (CP). Parece más acertada la opinión de RODRIGUEZ DEVESEA quien considera que la reinserción y reeducación debería extenderse al resto de las penas, tanto las pecuniarias como las privativas de derechos. De todos modos, algunos autores han entendido que la Constitución limita acertadamente la reinserción y la reeducación social a las penas privativas de libertad, al entender que el resto de las penas, por ser cumplidas en régimen de libertad, no comprometerían los vínculos sociales de la persona y por tanto no afectarían a su reinserción. Un tercer problema que presenta el artículo 25.2 CE es la ambigüedad que supone la referencia a que las penas “estarán orientadas” a la reeducación y la reinserción. Surge así el debate sobre si el legislador constituyente quería caracterizar o no la reinserción y la resocialización como fin exclusivo y excluyente de la pena -los preventivos generales o especiales- ya que, como veremos, las consecuencias de una u otra interpretación son muy diferentes y en nada intrascendentes. El cuarto problema, y que constituye el núcleo de este trabajo, es si nos encontramos o no ante un derecho fundamental a la reinserción social. Su trascendencia radica en que las consecuencias en cuanto a la protección que recibe un derecho fundamental son sustancialmente diferentes a las que se derivan de un mero mandato orientador de la política penal, penitenciaria, la actuación del poder judicial o ante un principio constitucional. En quinto y último lugar, aunque no menos importante, una vez analizada cual puede ser la naturaleza de la reinserción, en qué consiste y cuáles son los problemas que plantea la interpretación del artículo 25.2 CE, interesa analizar la situación de la resocialización en la actualidad. Pues, al margen de las discusiones sobre su auténtica naturaleza, no resulta una novedad decir aquí que nos encontramos en un momento de crisis de, no solo la reinserción como un derecho fundamental, sino del ideal resocializador”. ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE. En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña –AFDUDC-, (Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional), No. 13. La Coruña, España, 2009, p. 921.

constitucionales históricos, así como en los de los países más significativos del entorno cultural español.¹⁶⁵

El Tribunal Constitucional ha considerado entre otras, en sentencias SSTC 91/2000, de 30 de marzo (FJ 9º) y 8/2001, de 15 de enero (FJ 1º) que el principio de resocialización no constituye un derecho fundamental, sino que se trata de un mandato del constituyente dirigido al legislador, con el propósito de orientar la política penal y penitenciaria, del que no se derivará ningún derecho subjetivo.

En Guatemala por su parte, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo conducente establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos. En Opinión Consultiva de 28 de enero de 1987; expediente 170-86, la Corte de Constitucionalidad declaró que: *“El espíritu del artículo 19 Constitucional se refiere expresamente a "readaptación social", esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios.”*

La Corte de Constitucionalidad, delimita claramente los efectos de la readaptación social a ser practicados “en los establecimientos penitenciarios”. Es decir, no acepta el intérprete máximo constitucional, que pueda ser factible legalmente, de acuerdo con el texto constitucional, resocializar a una persona que se encuentre privada de su libertad.

¹⁶⁵ DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad. En Revista Jurídica de Castilla y León. Número Extraordinario. Valladolid, España, Enero 2004, p. 341.

4.3 Necesidad de la reinserción

Autores como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE ¹⁶⁶ consideran que:

“(...) el postulado resocializador y reeducador del art. 25.2 CE debe entenderse en la dirección de búsqueda de alternativas a la prisión, ya que una resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, pues no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad. También, como se ha destacado, la resocialización de por sí resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad, ni tampoco hasta qué punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, ni cuáles son los valores cuestionados, cuáles los de reemplazo y por qué (...)”

Ciertamente, de manera general se cuestiona muchas veces, como lo hacen estos autores, que se pueda resocializar a una persona que se encuentre privada de su libertad, debido a lo inasequible que resulta dar cumplimiento a los procedimientos pedagógicos para lograr tal finalidad. Contrario a ello, la prisión se convierte en un centro de educación para el aprendizaje de nuevas modalidades delictivas¹⁶⁷ o para

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Editorial Trotta. Madrid, España, 1997, p. 177.

¹⁶⁷ Ver para el efecto el artículo escrito por el profesor CID MOLINÉ, José, de la Universidad Autónoma de Barcelona, titulado: ¿ES LA PRISIÓN CRIMINÓGENA? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). En Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª. Época, No. 19. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, España, 2007. p. 435. En la nota a pie de página No. 10, específicamente, se indica lo siguiente: “10 Dejong analiza una muestra de hombres (n. 4.505) condenados a diferentes penas (prisión y pena alternativa) y se hace un seguimiento de 3 años. Se utiliza un método cuasi-experimental con grupo de control no equivalente. Las variables analizadas son: edad, historial delictivo, estado civil y ocupación (empleado-desempleado). Los resultados muestran que respecto de los/as

lograr el perfeccionamiento de las ya adquiridas, lo que redundante lamentablemente en que se incremente para los delincuentes primerizos, la probabilidad de reincidencia, lo que confirma el carácter criminógeno de la prisión.

Aunado a lo anterior, existen diversas corrientes ideológicas en el ámbito penal, que han criticado la posibilidad de lograr una efectiva resocialización del condenado.¹⁶⁸ MEDINA CUENCA, asevera que estas y otras realidades han reforzado el criterio de que la cárcel sea considerada como un mal necesario y de imposible desaparición, con muy escasas posibilidades de transformar la conducta de los internos, lo que sitúa en un retorno al afianzamiento de los fines retributivos de la pena privativa de libertad, que de hecho convertiría a las prisiones en un simple lugar de castigo.¹⁶⁹

La prevención especial en cuanto a la resocialización genera posturas antagónicas irreconciliables, en cuanto a sus procedimientos, a sus efectos y en general, a la forma de enfrentar el tema sancionatorio penal. En efecto, por una parte se observan posturas radicales que propugnan por la corresponsabilidad social

delincuentes primerizos, la prisión, en comparación a la pena alternativa, incrementa la probabilidad de reincidencia, concluyendo la autora que, respecto de esta clase de delincuentes, se confirma el carácter criminógeno de la prisión. Este efecto criminógeno de la pena de prisión también se produce con las personas con menos vínculos sociales. En cambio, para las personas con antecedentes y para las personas con más vínculos sociales, el tipo de pena no opera como variable relevante de la reincidencia.”

¹⁶⁸ FALCÓN Y TELLA es del criterio que se debe resocializar a la sociedad y no al delincuente. Para el efecto, estima: “Si se considera que es la propia sociedad la que genera el conflicto, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente para adaptarlo a una sociedad no ideal, sino conflictiva en sí? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad a la que se quiere convertir al infractor es una sociedad justa, con un orden social y jurídico justo. Cuando no es así, ¿para qué sirve la resocialización? ¿No habría primero que empezar por resocializar a la sociedad? ¿Para qué se va a socializar a un joven si cuando salga de prisión regresará a un hogar destrozado, en un barrio marginal de la ciudad, sin un puesto de trabajo y rodeado de amigos y compinches delincuentes? Se propone, frente a la resocialización del delincuente, la resocialización de la Sociedad, haciéndola menos injusta, con menos desigualdades sociales y con unas estructuras que induzcan cada vez menos al crimen. Y en cualquier caso, a modo negativo, hay que evitar la desocialización del delincuente por la propia sociedad. El éxito del tratamiento no dependerá ni exclusivamente ni prioritariamente del éxito en la aplicación de la pena privativa de libertad y de las demás sanciones penales, sino, en gran medida, del modelo de sociedad, o sea, de un factor de carácter extrapenitenciario. Aunque el comportamiento intrapenitenciario sea ejemplar, se trata de un comportamiento asistido. Pero, ¿qué pasará cuando desaparezca la asistencia penitenciaria y el sujeto salga de nuevo al mundo exterior y no limite sus movimientos al recinto cerrado de la prisión? En este sentido, se ha dicho que “es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad” Límites al Derecho de Sancionar. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 6. Universidad Complutense. Madrid, España, 2005, pp. 235-237.

¹⁶⁹ MEDINA CUENCA, Ariel. *Op. cit.* p. 104.

incluida en el fenómeno delincencial y que por tanto niegan categóricamente que la sociedad se encuentre legitimada para resocializar al autor de un delito.

Lo anterior, ya sea que utilicen mecanismos coercitivos para imponer su voluntad, respecto del condenado, como voluntariamente, en el supuesto de que se le pida su opinión al mismo, con relación de su reinserción a la sociedad. Consideran que quien debe resocializarse no es directamente el autor, sino la sociedad, quien en definitiva ha sido la responsable de la conducta del autor que lo ha llevado a delinquir, al permitir el establecimiento de un sistema socioeconómico injusto.¹⁷⁰ Así, MUÑOZ CONDE expresa:¹⁷¹

"La primera objeción que se formula hoy contra la idea de resocialización se refiere al objeto mismo de dicha idea (...) es lógico que se pregunte hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia. No el delincuente, sino la sociedad, es la que debería ser objeto de una resocialización. Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse tiene un orden social y económico que se estima justo":

Pero, ante esta posición, resurge con bríos la tradicional posición conservadora que propugna por un regreso irremediable a las teorías absolutas de la pena, con un discurso más individualista y que pretende justificarse en una superior igualdad y justicia en la determinación de la pena. De esta forma, se encuentran autores como ERNST-AMADEUS y Wolff Michael KOHLER, junto a sus discípulos,

¹⁷⁰ "A los procesados, tras los barrotes, se les niega el derecho a la libertad por requerir de "tratamiento penitenciario" que supuestamente los ha de llevar a su "resocialización"; pero, paradójicamente, ni lo uno ni lo otro existe. Nuestros funcionarios no están en condiciones de hacer el escrutinio de personalidad que ordena el frío texto de la ley. ¡Estamos condenados a la sinrazón! Nuestros jueces condenan a lo imposible: creyendo enviar un hombre a la reeducación, a la resocialización, a la rehabilitación, lo condenan a formarse en la universidad del crimen, en la holgazanería, a la desnutrición, al horror; y de paso, se hace gala de una filosofía peligrosista, que juzga a los hombres no por lo que hacen sino por lo que son; estamos frente a un derecho penal de autor, que no logró erradicar nuestro legislador pese a que consagró tajantemente el principio de culpabilidad (arts. 5º y 61), y, por ende, un derecho penal de acto." ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo y LONDOÑO BERRÍO, Hernando. El tratamiento penitenciario (art. 68 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal. En Nuevo Foro Penal. Revista Trimestral. Año VII, No. 27. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Enero, febrero, marzo 1985, p. 81.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. La resocialización del Delincuente, análisis y crítica de un mito. En Cuadernos de Política Criminal. No. 7. Universidad Complutense. Madrid, España, 1979, p 93.

como los iniciadores de esta tendencia. Pero, tal como lo asevera DURÁN MIGLIARDI, sin lugar a dudas es el profesor Günther JAKOBS quien, con su cambio radical de Luhmann a Hegel, dio partida de nacimiento al neo-retribucionismo.¹⁷²

Estas posiciones antagónicas y extremistas, pueden ser perfectamente matizadas por el principio de reinserción. No se puede alejar de la realidad y tratar de ocultar subrepticamente lo inalcanzable que ha resultado lograr la reinserción social. Es cierto, la cárcel no es la solución, dado sus consecuencias criminógenas, pero tampoco resulta certero seguir una corriente abolicionista, que resulta muy teórica y alejada de la realidad. No obstante, ante el aparente fracaso resocializador queda seguir luchando, porque, siguiendo a SANZ MULAS:¹⁷³

“La meta no debe por tanto variar. La meta a alcanzar mientras exista la cárcel, que parece ser estará con nosotros durante mucho tiempo, debe seguir siendo la resocialización. Ciertamente es una empresa difícil pero no por ello, estamos de acuerdo con Roxin (1981) hay que dejar de intentarlo. Porque la resocialización es, en todo caso, y repitiendo, la única esperanza que nos queda para alcanzar ese Derecho penal menor del que habla Radbruch. Es la inexcusable vía hacia ese anhelado Derecho penal mínimo; un camino que necesariamente nos obliga afrontar el asunto de las alternativas a la cárcel.”

Realmente, no debe olvidarse la orientación garantista que persigue un Derecho Penal mínimo en el cual se respeten los derechos de las personas y el mismo se aplique únicamente en aquellos supuestos estrictamente necesarios, teniendo a la persona y su dignidad como aspectos intrínsecos de su concepción. COTE-BARCO explica que se ha dicho, que cuando la prevención especial se orienta con la idea de resocialización, resulta acorde con los postulados del Estado social de Derecho, debido a que el criterio para la imposición de la sanción es la no

¹⁷² DURÁN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual. En Revista de Filosofía, Vol. 67. Publicación de la Facultad de Filosofía y Humanidades. Universidad de Chile. Chile, 2011, p. 124.

¹⁷³ SANZ MULAS, Nieves. Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. En Revista Justicia No. 20, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia, 2011, p. 140.

comisión futura de más delitos, lo que parece ser coherente con la idea utilitaria del Estado social, con mayor razón si tenemos en cuenta que ésta teoría pone su acento en el efecto que la reacción estatal debe tener sobre la persona que ha delinquirido.¹⁷⁴

La configuración del Estado como un Estado Democrático de Derecho implica necesariamente una limitación indispensable al Derecho Penal. A recomponer sus alcances y delimitar específicamente su ámbito de aplicabilidad a su mínima expresión. Es decir, aboga por una concepción de Derecho Penal mínimo donde prevalezcan una serie de principios informadores constitucionalizados, que regulen de forma coherente los límites que debe tener el Estado en el ejercicio de la potestad punitiva. En definitiva, en los casos en los cuales luego de un procedimiento ajustado a derecho se condena a una persona, precisa que durante su reclusión se consiga reincorporar al recluso a su vida de libertad anterior, a resocializarlo con la finalidad de evitar un mal mayor que agrave los efectos desocializadores. Para finalizar, en lo concerniente a la resocialización, MIR PUIG, dice:¹⁷⁵

“Cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad, disminuyendo en su caso los factores de marginación previa que afectan a la mayor parte de los reclusos. Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.”

De todos los principios informadores del Derecho Penal, el único que no se ha cumplido a cabalidad y muestra un sesgo muy grande en cuanto su propósito es precisamente el principio de resocialización. Sólo basta con observar cómo se

¹⁷⁴ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. *Op. cit.* p. 142

¹⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. *Op. cit.* pp. 143-144.

encuentra el sistema penitenciario para comprender lo nulo que ha resuelto en la práctica conseguir que se cumpla con este principio básico penal.

Las críticas a la inoperatividad de la resocialización han venido de las distintas corrientes del Derecho Penal. Así, se encuentran las críticas producidas por conservadores, liberales progresistas, neo retibucionistas e incluso de la misma corriente garantista. La reinserción a la sociedad de los reclusos, se ha transformado en un objetivo inalcanzable. Las condiciones de vida en la prisión son aberrantes. Aunado a ello, la propia sociedad es criminógena y la reinserción deviene en dificultosa, pues una vida en prisión difícilmente pueda conducir a la resocialización del recluso.

No obstante, la imposibilidad práctica que ha representado la resocialización de los reclusos, la resocialización como tal, debe ser observada en la medida de lo posible, por constituir un principio informador del Derecho Penal y encontrarse regulado en las distintas Constituciones. La inocuización y la segregación social en boga en algunos países que alaban su eficacia, pretender apartar a los individuos debido a su peligrosidad, lo cual representa un retroceso en el ámbito penal. Con todo y sus imperfecciones, debe continuar la difícil lucha para mantener el ideal resocializador en un mundo cada vez más reaccionario, que se desplaza hacia la inobservancia de los derechos fundamentales y subrepticamente se dirige a una sociedad autoritaria.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

1. Importancia

En conexión con el principio de resocialización del recluso se encuentra insoslayablemente unido el principio de humanidad. La pena, a la cual acude el Estado como fin último, *ultima ratio*, para el mantenimiento de la convivencia social y permitir que las normas para tal efecto subsistan, no puede ser aplicada antojadizamente, sino que además de encontrarse regladas previamente en el texto penal (principio de legalidad), deben ser aplicadas únicamente cuando la misma sea imprescindible, conforme la naturaleza de un Estado Social y Democrático de Derecho. Un Estado, en que bajo esa naturaleza, como lo dice QUINTERO OLIVARES, la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo.¹⁷⁶

La humanidad de las penas es esencial para medir el grado de observación de los derechos fundamentales por parte de un Estado, puesto que entre más se respeten los mismos, mientras se actúe de una forma respetuosa de la dignidad humana de los presos, mayor será el grado de respeto de los derechos de los condenados y se evitará un castigo innecesario y degradante en cuanto a su condición humana. Es en ese sentido que, MIR PUIG entiende por principio de humanidad, el que se opone a penas u otras intervenciones penales en sentido amplio que, por su excesiva dureza o por la forma en que se producen, resulten incompatibles con el mínimo respeto que merece toda persona por el hecho de serlo.¹⁷⁷

¹⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.* p. 101.

¹⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. *Op. cit.* p. 136.

Las consecuencias de este principio deben reflejarse en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad, asegura MUÑOZ CONDE.¹⁷⁸ Lo anterior, debido a que la pena no debe aplicarse a los condenados por pura retribución al daño causado, sino que debe buscarse que la aplicación de las penas sea realizada desde una óptica eminentemente humanitaria; que sea una pena que no afecte la dignidad de la persona y la humille, máxime si se considera el fracaso que representan las cárceles como medio resocializador.¹⁷⁹

El respeto a la dignidad humana representa un fundamento sólido en contra de las penas inhumanas. Es decir, el individuo debe ser tratado como persona, de tal forma que no debe ser objeto de torturas, ni de tratos inhumanos o degradantes, entre otros, sino que debe respetarse los derechos fundamentales de las personas que se encuentren detenidas o presas. El principio de humanidad de las penas comprende la observancia de la dignidad humana. En otras palabras, se concretiza en el respeto que debe tener toda persona por el sólo hecho de ser humano. Esta inherencia al ser humano, en el caso de la imposición de las penas comprende un respeto de su condición humana, que no implique una imposición que degrade su condición; que lo humille y le infrinja un dolor innecesario.

Se busca la prevalencia de un Estado Democrático fuerte que no haga distinción alguna en cuanto al trato humano, entre personas libres y aquellas cuya libertad se encuentra restringida. Y en cuanto a este último tópico, debe privilegiarse la erradicación de la dureza de las penas. La observancia del principio de humanidad es imprescindible. El Estado debe tratar humanitariamente y en condiciones de igualdad a todas las personas, máxime si se encuentran privados de su libertad y

¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. *Op. cit.* p. 132.

¹⁷⁹ *“En los últimos años ha surgido la tendencia a trazarnos objetivos más modestos, a no pedirles a las instituciones penitenciarias lo que ya sabemos que no nos pueden dar. Conociendo que los establecimientos penitenciarios no son el lugar ideal para lograr la resocialización de los reclusos, estamos en el deber de luchar por un sistema penitenciario más humano, que ofrezca a los sancionados algo más que la pura retribución al daño causado.”* MEDINA CUENCA, Arnel. *Op. cit.* pp. 104 y 105.

evitar el uso por parte de sus fuerzas de seguridad o de terceros amparados en la impunidad, de mecanismos que atenten o violenten la humanidad de los reclusos.

2 Su incorporación en la Constitución

En cuanto a España, el principio de humanidad tiene su fundamento legal en lo dispuesto por el artículo 10.1 de la Constitución, que se basa en el reconocimiento de la dignidad humana. Además, el artículo 15 de dicha Constitución establece específicamente la prohibición de las torturas y de las penas o tratos inhumanos degradantes. El reconocimiento del principio de humanidad y su incorporación al texto constitucional resulta importante, porque reviste coherencia con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En Guatemala, el principio de dignidad humana se encuentra regulado en el artículo 4 de la Constitución Política.¹⁸⁰ Ahora bien, el principio de humanidad de las penas, encuentra su asidero en el texto constitucional, en el artículo 19 literal a, el cual establece lo siguiente:

“El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

a. Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales,

¹⁸⁰ El artículo 4 citado prescribe: *“Artículo 4.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”* El principio de dignidad humana se desprende del artículo anterior, pero como sucede con otros principios, no se encuentra regulado expresamente como tal, en el texto constitucional.

psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;”

La lectura del artículo precedente, confirma la inclusión expresa del principio de humanidad en el texto constitucional e impone al Estado la obligación de garantizar el cumplimiento del mismo. De esta forma lo ha reconocido la Corte de Constitucionalidad,¹⁸¹ quien expresó lo siguiente:

(...) efectivamente el Estado tiene el deber de velar por la integridad y seguridad de los reclusos dentro de los propios centros penitenciarios; y además velar por la seguridad penitenciaria a efecto que las personas condenadas cumplan efectivamente dichas condenas, lo cual conlleva la adopción de medidas de seguridad que eviten las fugas u otro tipo de situaciones fácticas que alteren el cumplimiento de la condena.”

El trato de los reclusos como seres humanos debe ser certero e implica que toda conducta que atente contra su dignidad quede prohibida y se le considere un ser residual. La protección del principio de humanidad dignifica al recluso y muestra el grado de democracia que ostenta el país.¹⁸²

3. Fines de la pena

De todas las sanciones que el Estado puede aplicar al autor de un hecho delictivo, la más grave de ellas la constituye la pena. Pero qué es lo que justifica que el Estado pueda aplicar una pena. El problema de la justificación de la pena, expresa

¹⁸¹ Sentencia de 28 de agosto de 2013; expedientes acumulados 635-2013 y 636-2013.

¹⁸² En sentencia de 27 de abril de 2005; expediente 1912-2004, la Corte de Constitucionalidad indicó: “(...) atendiendo el carácter finalista del texto supremo, es inaceptable que a un recluso no se le considere como alguien susceptible de ejercer derechos y asumir obligaciones. Tampoco puede aceptarse, en un régimen democrático y en un estado constitucional de derecho, que a un recluso se le considere como un “ser residual”, que como tal únicamente puede ejercer aquellos derechos que el Estado –en una connotación estrictamente punitiva- considere que le asisten, o bien, que aquél (el Estado) a través de sus agentes, esté en condiciones de reconocerle.”

FERRAJOLI, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho.¹⁸³

Efectivamente, justificar la violencia estatal como un instrumento para la conservación del contorno social ha sido objeto de estudio de la filosofía del derecho. ¿Por qué castigar? y ¿para qué castigar? deben ser las dos preguntas imprescindibles de ser contestadas para justificar la aplicación de la pena. Sin embargo, en contraposición a las corrientes justificativas de la pena, se encuentra la posición abolicionista, que critica la legitimidad del Estado para su imposición. Brevemente se analizará cada una de ellas.

3.1 Corrientes Justificativas

Dentro de las teorías relativas de la pena sobresalen dos, que fundamentan la finalidad de las penas en la prevención. La primera de ellas, denominada prevención general, persigue evitar la comisión de hechos delictivos en el futuro mediante la intimidación, o de mantener la confianza en la norma penal, mientras la segunda teoría, llamada prevención especial, busca suprimir el deseo de cometer delitos en el infractor de la norma penal, mediante la motivación, o bien, de lograr su resocialización.

3.1.1 Prevención general

La prevención general considera que el fin de las penas se encuentra en la intimidación que debe producirse en la generalidad de las personas, con el propósito

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. *Op. cit.* p. 247.

de evitar la comisión de hechos delictivos. BECCARIA propugnaba, no por una finalidad retributiva de la pena, como la concebían KANT y HEGEL, sino por una preventiva.¹⁸⁴ En su libro “De los Delitos y las Penas” lo dejó bien claro, al manifestar:¹⁸⁵

“(...) el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. (...) El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”

El principal exponente de esta teoría fue FEUERBACH, quien consideraba a la pena como una “coacción psicológica”, la cual se producía en las personas, con el objetivo de evitar que cometieran delitos. La prevención general como fin justificativo de la pena no ha cumplido con sus propios objetivos, puesto que no se ha podido comprobar fehacientemente la posibilidad de reevaluar su aplicación, lo que origina una ausencia de verificación práctica. En la prevención general, la función motivadora de las penas se dirige hacia todas las personas. Es la forma en que se desarrolla el proceso de motivación, lo que permite distinguir inequívocamente las dos variables en que se escinde tradicionalmente la prevención general: la prevención general negativa y la prevención general positiva. Contrario a sus propósitos dirigidos a evitar futuros delitos de la colectividad, por medio de la intimidación (prevención general negativa) sus acciones han sido orientadas al restablecimiento del orden jurídico y a la realización del valor justicia, (prevención general positiva) mediante la utilización de acciones represivas.

¹⁸⁴ BECCARIA dentro de la vertiente clásica, expuso una prevención intimidatoria, siguiendo criterios utilitarios: “¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres.” *Op. cit.* p. 88.

¹⁸⁵ *Op. cit.* pp. 79 y 80.

3.1.1.1 Prevención general negativa

Mediante este tipo de prevención general, se busca el establecimiento de mecanismos de intimidación a la sociedad, con el propósito de que no se cometan hechos delictivos. Es decir, esta corriente considera que la pena cumple una función intimidatoria que motiva a las personas a no cometer delitos. Persigue que se produzca una abstención en la comisión delictiva por parte de la colectividad. Este proceso de intimidación puede realizarse en dos momentos distintos: en la norma penal y en la ejecución.

La prevención general negativa mediante la intimidación en la norma penal, fue formulada primigeniamente por FEURBACH, impulsor de la denominada “Teoría de coacción psicológica”, quien propugnaba la existencia de una vinculación psicológica entre la colectividad y la norma penal, que como resultado provocaba la inhibición psicológica del individuo frente a la pena. Esta prevención sin embargo, no va dirigida al individuo en concreto, sino a la comunidad, pues con el establecimiento de las penas en la norma penal, se pretende lograr una disuasión del conglomerado social en la comisión delictiva.

En cuanto, al proceso de intimidación en la ejecución penal, fue promulgada por el filósofo inglés BENTHAM, quien consideraba que el efecto disuasorio de la pena debía estar en su ejecución. Es decir, que el efecto intimidatorio se lograba cuando la colectividad podía comprobar el fin que les esperaba a las personas que delinquieran y transgredían la paz colectiva, al ser reclusos en las cárceles destinadas para el efecto. El condenado era instrumentalizado para servir de ejemplo a la comunidad.

La prevención general negativa no cumple con sus propósitos intimidatorios y de disuasión, porque entre otros motivos, existen delitos como los pasionales, en los cuales no puede demostrarse que el carácter intimidatorio de la pena, sea disuasorio para evitar su comisión. Además, en términos generales, se le critica el hecho de que

en su afán de servir como elemento disuasorio, no le importe instrumentalizar al condenado, con tal de lograr sus fines.

3.1.1.2 Prevención general positiva

También se le ha denominado prevención-integración y ha sido influenciada por los estudios elaborados en el ámbito del psicoanálisis. En términos generales, la prevención general positiva busca justificar la pena, no en la intimidación del probable delincuente, sino en la reafirmación de los individuos por medio de la pena, de la confirmación de la vigencia de la norma penal. Esto lograría reafirmar a la sociedad, puesto que a pesar que las normas sean violentadas, las mismas conservan inalterable su vigencia. Se trata de confirmar la confianza en la norma jurídica.¹⁸⁶ JAKOBS, principal exponente de esta teoría en su versión más radical, le atribuye a la pena una función de prevención general positiva, y la desarrolla en términos de psicología social. Utiliza la concepción sustentada por Luhmann, (teoría sistemática del Derecho)¹⁸⁷ con un instrumento que sirve de estabilización del sistema social, así como de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Para él, la única meta que tiene el Derecho Penal, es la de garantizar la función orientadora de las normas jurídicas.

Contrario a la posición de JAKOBS, ROXIN realiza una defensa de la prevención general positiva, pero como elemento limitador de la intervención penal,

¹⁸⁶ MIR PUIG expone que esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. De esa manera, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según esta doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994, p. 131.

¹⁸⁷ HASSEMER, manifiesta: "*Jakobs construye -influido por la teoría sistémica de Luhman- su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una «sociedad de riesgo».*" Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. En Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995, p. 33.

al considerar que la intimidación implica un peligro en la elevación excesiva de la pena. ROXIN considera que la pena adecuada a la culpabilidad, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. Este autor denomina a la prevención general positiva “prevención general compensadora” o “integradora socialmente”, mientras que a la prevención general negativa la llama “prevención general intimidatoria”.¹⁸⁸

La teoría de la prevención general positiva ha sido considerada como una teoría de la función simbólica del Derecho Penal. Así, BARATTA¹⁸⁹ es de este criterio, al afirmar que *“La teoría de la prevención general positiva es, entonces, una teoría de la función simbólica del Derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción.”*

A la prevención general positiva se le critica de sustentarse únicamente con aspectos teóricos, pero que carece de elementos de verificación práctica de los efectos del Derecho Penal, y que como teoría legitimadora de la intervención punitiva del Estado resulta limitada.

3.1.2 Prevención especial

A la teoría de la prevención especial, también se le denomina “prevención individual”. Se orienta en prevenir que los individuos que ya han infringido la norma

¹⁸⁸ MIR PUIG, Santiago. Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva. En Prevención y Teoría de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995, p. 55.

¹⁸⁹ *Op. cit.* p. 84. Agrega este autor que: *“La defensa de los bienes jurídicos no puede ser considerada como una función principal de las normas penales, según la teoría de la prevención-integración. Desde este punto de vista, el Derecho penal no es tanto un instrumento de imposición de la “moral dominante”, sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta.”*

penal, cometan nuevos hechos delictivos. Este propósito persigue conseguirlo de dos maneras opuestas entre sí, la primera, denominada prevención especial negativa, que busca evitar que el condenado cometa nuevos delitos en un futuro. Se basa en la coacción al autor del hecho delictivo, para que no vuelva a delinquir, ya no se dirige a la colectividad. Esto lo pretende lograr mediante su inocuización, es decir, volver inofensivo al autor para que no vuelva a cometer un delito; o bien, por medio de la prevención especial positiva, que procura la resocialización del delincuente. La prevención especial positiva, a pesar de la creciente justificación para determinados delitos, como violaciones, seguridad del Estado, terrorismo, etc., es contrario a los propios fines de un Estado Democrático de Derecho, y lesiona gravemente la humanidad de las penas, al inobservar el principio de culpabilidad y privilegiar el derecho de autor.

A pesar de sus imperfecciones, la resocialización resulta indispensable en cuanto a que busca reducir las consecuencias desocializadoras que puede provocar en el reo su conducta delictiva, y mantiene viva la posibilidad para que pueda reintegrarse a la sociedad, aunque en la práctica no logre alcanzarse. Es bien sabido que nunca en el devenir histórico, se ha logrado cumplir con los fines rehabilitadores mediante el castigo. No obstante, la prevención especial negativa que procura la resocialización del condenado, debe ser defendida por el Estado Democrático, a falta de una mejor propuesta, debido a que representa una visión más humana de la pena.

3.2 Corriente Abolicionista

Esta corriente plantea prácticamente una crítica a la totalidad del sistema de justicia penal. Es producto del discurso criminológico crítico, ya sea que derive del enfoque marxista, estructuralista, fenomenológico o fenomenológico-historicista.¹⁹⁰ En

¹⁹⁰ PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. El problema de la antinomia de los fines de la prisión provisional como obstáculo para la reinserción social. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2009, p. 15.

todo caso, propugna por desconocer la legitimidad del Estado¹⁹¹ para la imposición de las penas, debido a que considera que la misma resulta ineficaz para lograr el cumplimiento de sus fines.¹⁹²

El abolicionismo es sumamente crítico del Derecho Penal y no se conforma con una simple reforma del mismo, sino que propugna en su forma más radical, en una total desaparición del sistema penal, debido a que considera la imposibilidad de justificar satisfactoriamente su conservación, puesto que conforma un problema social en sí mismo. Está corriente denominada abolicionismo penal radical tiene a Louk HULSMAN entre sus principales exponentes. En un sentido más restringido, se busca la abolición de un aspecto concreto dentro del sistema penal, como lo sería por ejemplo, una posición abolicionista ante la pena de muerte. Está corriente es también denominada abolicionismo institucional, y se encuentra entre sus exponentes a Thomas MANTHIENSEN.

En cierta medida, se considera que el Derecho Penal mínimo, también constituye una forma de abolicionismo, en cuanto a que reconoce lo inútil que resulta el sistema de represión estatal. Pretende la aplicación de un derecho en el cual prevalezcan las características de ser fragmentario, de *ultima ratio*, accesorio y de mínima intervención, en el cual prevalezcan además, los principios de proporcionalidad, humanidad y el de resocialización. En síntesis, el Derecho Penal mínimo, persigue la minimización de la violencia en la sociedad y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi, considera abolicionistas únicamente aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el Derecho Penal, ya sea porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, o bien, porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. *Op. cit.* p. 248.

¹⁹² “Tanto la criminología crítica cuanto el abolicionismo, se encuadran en un movimiento general de penalismo crítico cuya base es la llamada deslegitimación del sistema penal. No es uniforme el criterio de intelección de éste ya que en distintos autores aparece como una necesidad reduccionista, en otros fundado sobre la incongruencia del discurso penal ante la imposibilidad de conseguir las finalidades que el mismo proclama, en unos terceros como ausencia de toda justificación ética, etcétera.” CREUS, Carlos. *Op. cit.* p. 46.

4. Prohibición de la pena de muerte

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno.”¹⁹³

Efectivamente, como lo ha manifestado FERRAJOLI, en el párrafo precedente, la pena de muerte resulta aberrante¹⁹⁴ y aunque tanto en la teoría como en la práctica resulte sumamente criticado el fin resocializador de las penas, contrario a lo utópico que resulta el abolicionismo radical en sus diversas vertientes, la mayoría de las legislaciones modernas contemplan tanto en la Constitución, como texto supremo, como dentro de su normativa penal con relación a las penas, un fin resocializador. El logro de esta finalidad puede alcanzar en cierta medida como resultado de considerar la observancia de un Derecho Penal mínimo, que garantice la defensa de los derechos humanos de las personas que se vean sometidas al ejercicio del *ius puniendi* estatal. A la vez, que lo limite y que garantice plenamente la existencia de un Derecho Penal fragmentario, de *ultima ratio* y de mínima intervención.

Como lo indica BOBBIO, la tesis del Derecho Penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del Derecho Penal máximo (que culminan en la defensa de la pena de muerte), pero no puede pasar por alto las doctrinas abolicionistas o

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. *Op. cit.* p. 386.

¹⁹⁴ Para BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.* p. 68, “(...) ninguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal. En ese sentido significa que el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio. Sobre este fundamento se ha excluido la pena de muerte y el presidio perpetuo en las legislaciones penales más avanzadas. El art. 15 CE señala, concretando este principio, que nadie puede ser sometido a «torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». También el art. 25.2 va en esta línea cuando establece que la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social no podrá consistir en trabajos forzados; que el condenado gozará de los derechos fundamentales; que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios sociales, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

sustitutivistas, según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer.¹⁹⁵

Junto a la resocialización como principio del Derecho Penal, se encuentra íntimamente ligado el principio de humanidad de las penas, mediante el cual se pretende que las mismas sean aplicadas con respeto de la dignidad humana. Se busca que no se apliquen penas degradantes. Dentro de las “penas” que siguiendo una concepción de prevención especial negativa, persiguen neutralizar a la persona que ha cometido un delito grave, por estimarse que ya no pueden convivir en sociedad y que por lo tanto se evita la comisión de futuros delitos lo constituye la pena de muerte.¹⁹⁶ Ésta es una sanción penal gravísima que atenta contra la dignidad humana y que contra la corriente doctrinaria y legislativa general, se mantiene en diversos países.

Para MIR PUIG, la pena de muerte se considera, si no absolutamente inhumana, demasiado *cruel* y desde luego *poco humana*.¹⁹⁷ Además, en muchas ocasiones, la pena de muerte se ha aplicado no solamente para infracciones graves, sino también para infracciones leves, lo que justifica aún más su abolición,¹⁹⁸ y lo injusto de su aplicación se evidencia al observarse una posición estatal

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto, Prólogo al libro: Derecho y Razón. *Ibíd.*, p. 15.

¹⁹⁶ MIR PUIG, efectúa un análisis sobre la manera en que el neoliberalismo ha conducido a una política criminal expansiva, la cual endurece las penas y vuelve a aplicar la pena de muerte. “*Durante las tres últimas décadas se ha impuesto, principalmente en los EE.UU. pero también en otros países que han seguido su ejemplo en mayor o menor medida, un neoliberalismo neoconservador que ha modificado la concepción de las funciones del Estado y ha tenido graves consecuencias para la Política criminal y el Derecho penal. Lo curioso de ello es que este neoliberalismo ha abandonado la tradicional relación entre liberalismo y Política criminal restrictiva, de tal modo que, por el contrario, el neoliberalismo ha conducido a una Política criminal declaradamente expansiva, que vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad, a la vez que disminuye sus posibilidades de sustitución por otras medidas. Junto a la exigencia de un Estado mínimo en la intervención económica, se ha reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del Estado contra el delito. Esta asimetría parte de la asunción expresa de una distinta consideración por parte del Estado de los ciudadanos honrados y de los delincuentes.*” Bases Constitucionales. *Op. cit.* p. 21.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 138.

¹⁹⁸ Luigi FERRAJOLI, Derecho y Razón. *Op. cit.* p. 386, dice en ese sentido que: “*Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares Pero la ferocidad de las penas no pertenece, desgraciadamente, sólo al pasado. La pena de muerte está todavía presente en casi todo el mundo (...)*”.

discriminatoria en su aplicación a personas pobres y en muchas ocasiones carentes de educación elemental. Así como a enemigos políticos.

El artículo 15 de la Constitución Española prescribe 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.”* En ese sentido, para MIR PUIG, el artículo 15 de la Constitución parte del principio de humanidad, al prohibir penas inhumanas con carácter absoluto y al abolir la pena de muerte por su crueldad. Añade que de dicho principio de humanidad hay que extraer un criterio constitucional que obligue a limitar la dureza de toda pena o medida de seguridad de tal modo que no resulte inhumana o demasiado cruel, y también que conduzca a una progresiva humanización del sistema penal en su conjunto.¹⁹⁹

A pesar que la Constitución Española abolió expresamente la pena de muerte, aún la dejaba vigente para los casos que puedan disponer las leyes penales militares. Sin embargo, no fue hasta 1995 que mediante la Ley Orgánica 11/19895, de 27 de noviembre de ese año, que se abolió definitivamente la pena de muerte en tiempo de guerra. Es preciso manifestar además, que el 16 de diciembre de 2009, España ratificó el Protocolo 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que se refiere a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, sin excepción.

En el caso de Guatemala, se cuenta con toda una tradición de incorporación de la pena de muerte en su ordenamiento constitucional. Así tenemos, que con la vigencia de la Constitución de la República de Centroamérica, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824, se incluyó por primera vez en el texto constitucional la pena de muerte.²⁰⁰ Luego se incluyó en la Constitución de Guatemala de 1825, con el mismo texto, en el artículo 182; en el artículo 157 de las

¹⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales. *Op. cit.* p. 138.

²⁰⁰ El artículo 152 citado, regulaba lo siguiente: *“Artículo 152. No podrá imponerse pena de muerte sino en los delitos que atenten directamente contra el orden público, y en el asesinato, homicidio premeditado ó seguro.”*

Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica, decretadas en 1835; en la *sui generis* Ley Reglamentaria adicional a la de 5 de diciembre de 1839, de 10 de enero de 1852.²⁰¹

Es oportuno anotar, que en la Constitución Política de la República de Centroamérica, Decretada el 9 de septiembre de 1921, en su artículo 32 se abolía la pena de muerte. El citado artículo prescribía lo siguiente: “*La Constitución garantiza a los habitantes de la República, la vida, la honra, la seguridad individual, la libertad, la propiedad, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa. Queda, en consecuencia abolida la pena de muerte.*” Debe aclararse que a pesar que está Constitución Política abolía la pena de muerte, constituía un texto constitucional moderno, que pretendía restablecer la Federación Centroamericana. Sin embargo, a pesar de haber sido firmada por los delegados de cuatro países centroamericanos: Guatemala, El Salvador, Honduras y Costa Rica, nunca cobró vigencia, quedando únicamente como un antecedente constitucional.

Después, al haber triunfado la revolución contra la dictadura del general Jorge Ubico, la Asamblea Constituyente decretó la Constitución de la República de Guatemala, el 11 de marzo de 1945, la cual en el artículo 52 reconocía la aplicación de la pena de muerte, pero que a diferencia de los anteriores textos constitucionales, incluía importantes avances, en cuanto a incluir la observancia del debido proceso para su aplicación; únicamente se permitía su imposición a varones mayores de edad; se establecía que la sentencia no se fundara en presunciones y se aseguraba la admisibilidad de los recursos pertinentes. A pesar de no abolir la pena de muerte, incluía la observancia de derechos constitucionales y de requisitos determinados para su imposición.²⁰²

²⁰¹ “Artículo 24. No podrá imponerse la pena de muerte sino por los crímenes que atenten contra el orden público, por el de asesinato, homicidio alevoso o premeditado y seguro, y por los delitos puramente militares que tengan penal capital por la Ordenanza del Ejército.” Lo curioso de está “Ley Reglamentaria”, es que fue decretada por una Asamblea Nacional Constituyente y por ende con carácter constitucional.

²⁰² “Artículo 52. A nadie debe condenarse sin haber sido citado, oído y vencido en juicio. La pena de muerte sólo se aplicará previa sentencia dictada en juicio por los tribunales de la República, y por los delitos que determina la ley, cometidos por varones mayores de edad. Contra tales sentencias -que nunca podrán fundarse en prueba de presunciones cabrán siempre todos los recursos legales existentes, inclusive los de

Posteriormente, la Constitución, decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956, establecía en su artículo 69 que los tribunales de justicia impondrían la pena de muerte por los delitos que determinara la ley. Agregaba que no podría imponerse con fundamento en presunciones, ni podría aplicarse ni a las mujeres ni a los menores de edad. Por su parte, la Constitución decretada por la Asamblea Constituyente, el 15 de septiembre de 1965, regula la pena de muerte en su artículo 54,²⁰³ otorgándole un carácter extraordinario. Esta Constitución, incorpora nuevamente la mayoría de los aspectos, que en relación a la pena de muerte, regulaba la Constitución de 1945.

La vigente Constitución Política de la República de Guatemala,²⁰⁴ prescribe expresamente en su artículo 18, que la pena de muerte no podrá imponerse en 5 casos:

- 1) Con fundamente en presunciones;
- 2) A las mujeres;
- 3) A los mayores de sesenta años;²⁰⁵
- 4) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos;²⁰⁶ y,

casación y gracia, exceptuándose los casos de invasión del territorio, plaza o ciudad sitiadas y movilización con motivo de guerra.”

²⁰³ “Artículo 54. La pena de muerte tendrá carácter extraordinario. No podrá imponerse con fundamento en presunciones, ni se aplicará a mujeres o menores de edad, a mayores de setenta años, a reos de delitos políticos, ni a reos cuya extradición haya concedida bajo esa condición. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive los de casación y de gracia. Estos dos recursos no serán admitidos en los casos de invasión del territorio, plaza o ciudad sitiadas o movilización con motivo de guerra. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.”

²⁰⁴ Fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, e inicio su vigencia el 14 de enero de 1986.

²⁰⁵ La Constitución anterior (1965) establecía en el artículo 54, que la pena de muerte no se aplicaría a mayores de setenta años, por lo que la Constitución vigente, redujo en diez años el límite máximo de su aplicación.

²⁰⁶ La Constitución Política de 1965, en su artículo 54, únicamente dejaba fuera de la aplicación de la pena de muerte a los reos de delitos políticos. La actual, lo amplió a los delitos comunes conexos con los políticos. Es de hacer notar, que cuando Guatemala aprobó y ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, hizo una reserva en cuanto a que en el país se podía aplicar la pena de muerte a los reos por delitos comunes conexos con los políticos. No obstante, con la promulgación de la actual Constitución Política, como se ha indicado, la excepción de la aplicación de la pena de muerte se extendió a esa clase de delitos, por lo que la mencionada reserva fue retirada posteriormente.

5) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. El referido artículo agrega *in fine*, que la pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos y que el Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.

La Corte de Constitucionalidad, en Opinión Consultiva de 22 de septiembre de 1993; expediente 323-93,²⁰⁷ expresó, referente a la potestad que posee el Congreso de la República de abolir la pena de muerte, lo siguiente:

“Nuestra Constitución sigue una orientación restrictiva y abolicionista de la pena de muerte, toda vez que el artículo 18 citado contempla la posibilidad de abolirla del ordenamiento jurídico y faculta para ello al Congreso de la República, sin que tal decisión implique reforma constitucional, por lo que no requiere del rigorismo que debe cumplirse para reformar parcialmente las demás normas de la Constitución.”

La finalidad perseguida por el Constituyente es la de abolir la pena de muerte, por eso es que dejó plasmado en el texto constitucional la manera de abolirla, sin que se requiera necesariamente una reforma constitucional para el efecto, como lo ha reconocido la Corte de Constitucionalidad en el fallo citado. Si bien es cierto, que la Constitución Política de la República de Guatemala sigue una orientación restrictiva y abolicionista de la pena de muerte, a la fecha el Congreso de la República no ha demostrado una determinante voluntad de querer abolirla. Es más, en la población en lugar de presionar por su abolición, cuando suceden casos de impacto, presiona por su aplicación y por una inflación de las sanciones penales, lo

²⁰⁷ En esa misma Opinión Consultiva, la Corte de Constitucionalidad, efectúa un estudio comparativo entre la Constitución de 1985, actualmente vigente, con respecto a las 3 Constituciones anteriores (de 1945, 1956 y 1965) e interpreta que dichas Constituciones solamente hacen referencia a la pena de muerte, no para establecerla, sino para fijar los casos en que no podrá imponerse la misma y reforzar las garantías procesales de que dispone el condenado a esa pena. Agrega, que establecen excepciones, pero que la referencia común es que la ley determina los delitos en que procede imponerla. Sin embargo, la Constitución Política de la República, actualmente vigente, reconoce explícitamente la pena de muerte, aunque limita su aplicación.

que de implementarse, no constituiría una solución al problema delincencial, como se ha demostrado en otros países y al contrario, significaría un alejamiento de los principios democráticos y de los principios informadores del derecho penal moderno, propios de un Estado Democrático de Derecho.

Actualmente en Guatemala, a pesar que el último fusilamiento ocurrió el 13 de septiembre de 1996, y las últimas muertes por la aplicación de inyección letal acaecieron en el año 2000, continúa vigente lo concerniente a la pena de muerte. El Código Penal regula 7 figuras delictivas que incluyen la pena de muerte. Éstas son las siguientes: 1) parricidio, artículo 131; 2) asesinato, artículo 132; 3) ejecución extrajudicial, artículo 132 bis; 4) violación calificada, artículo 175; 5) plagio o secuestro, artículo 201; 6) desaparición forzosa, artículo 201 ter; 7) En caso de muerte del Presidente de la República o del Vicepresidente, (magnicidio), si las circunstancias del hecho, los medios empleados para realizarlo y los móviles determinantes, se revelare mayor y particular peligrosidad del responsable, artículo 383.

La disminución de la violencia y el combate a la impunidad,²⁰⁸ deben realizarse con los mecanismos legales, dentro de un Estado Democrático de Derecho y abolirse lo concerniente a la pena de muerte. La lucha para lograr tales objetivos continúa y en ese camino, debe existir una mayor promoción de los derechos humanos de las personas e iniciar una verdadera campaña de concientización de los mismos, para erradicar la concepción prevaleciente entre la generalidad de la población, como resultado del conflicto armado interno, que piensa que los derechos humanos protegen con exclusividad a los delincuentes.

También, debe procurarse la abolición de la pena de muerte, que no cumple con los fines resocializadores del Derecho Penal basado en el garantismo y

²⁰⁸ BARATTA propone un control alternativo de la violencia y la defensa de los derechos humanos, para lo cual sostiene que: *“El control debe basarse en los principios de la igualdad y de la legalidad, es decir, debe evitar estratégicamente la criminalización de los más débiles y la impunidad de los más fuertes y funcionar según reglas generales como garantía de las personas que pueden volverse objeto de él para evitar arbitrariedades y la formación de posiciones de poder conectadas con una excesiva discrecionalidad de la intervención. También en la defensa de los derechos humanos se deben respetar los derechos humanos hasta donde sea posible.” Op. cit. p. 351.*

evidencia la incapacidad del Estado en lograr dicho objetivo, pues tampoco evita la comisión de nuevos delitos como elemento disociador. La pena de muerte es aberrante y demuestra la falta de cumplimiento del principio de humanidad de las penas.

5. Prohibición de penas corporales

Además de la pena de muerte, que constituye una pena corporal, existen otras sanciones penales aberrantes que causan un daño físico a la persona en su propio cuerpo, que provoca una violación evidente la humanidad que deben tenerlas penas y afectan su dignidad. Así tenemos, azotes, suplicio, trabajos perpetuos, amputación, entre otras, que se aplicaban en la antigüedad y en época moderna. No fue hasta que los estudios efectuados por los penalistas del iluminismo, que basados en el contractualismo, influyeron notablemente a mediados del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en lograr superar la aplicación de las penas corporales y sustituirlas por penas privativa de libertad. Con esta humanización del Derecho Penal, la privación de la libertad se convirtió en la parte principal del sistema de penas, pues hasta ese momento, la pena de privación de libertad no se aplicaba como pena, sino únicamente con carácter de prevención.²⁰⁹

5.1 Castración química

Pareciera que en pleno siglo XXI la incorporación legal de las penas corporales resultara inimaginable. Sin embargo, lamentablemente todavía se presentan posiciones anti garantistas, que como resabios de tiempos pretéritos,

²⁰⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* p. 286.

pretenden que se aprueben leyes penales que incorporen penas corporales como castración química en el caso de violadores. Guatemala, no es ajena a este tipo de discusiones que persiguen aplicar penas corporales. Recientemente, el diputado Hugo Fernando García Gudiel, del Partido Patriota, en el poder, presentó al Congreso de la República la iniciativa de ley 4459, denominada Castración Química para Violadores y Pederastas y Quirúrgica para Reincidentes, con el propósito que se aplicara una castración química en contra de los autores del delito de violación, especialmente cuando el mismo se efectuara de manera continuada o cuando se tratara de menores de edad.²¹⁰

En la exposición de motivos de la referida iniciativa de ley, el diputado García Gudiel, pretendía reformar el artículo 173 del Código Penal (violación), al abarcar:

“(…) aquellos aspectos que son esenciales para lograr el comportamiento propicio de aquellas personas que han sido condenadas por el delito de violación; este extremo conlleva a arribar a la conclusión que para lograr este fin es evidente lo necesario que es la implementación de penas drásticas y efectivas como consecuencia de la comisión del delito; por lo mismo, incuestionable es la necesidad de la aplicación de la castración química como pena accesoria y complementaria a la carcelaria. El estricto cumplimiento de lo que en adelante se detalla es un componente importante para la búsqueda de aquellos cambios que deben de considerarse obligatorios respecto al comportamiento de las personas que cometen este hecho delictivo. La castración química consiste en la aplicación de un progestágeno llamado

²¹⁰ En la página oficial del Congreso de la República de Guatemala, puede leerse la declaración del diputado Fernando García para justificar su posición: “La idea principal es que los violadores de los menores de edad, reciban una condena mayor a la que ya existe, por ello se está proponiendo que los responsables de las violaciones sean castrados químicamente mediante la aplicación de progesterona sintética, la propuesta también establece la castración quirúrgica a los reincidentes”, explicó el diputado García, en conferencia de prensa. “Vamos a realizar los cabildos que se requieran ante las diferentes bancadas con representación en el Parlamento, para que podamos encontrar los consensos que nos permitan impulsar la aprobación inmediata de la Ley, porque las estadísticas que hemos recopilado nos muestran que al día en el país, se comenten entre 120 y 150 violaciones, lo cual es de suma preocupación”, añadió, el legislador de la bancada del Partido Patriota.”

<http://www.congreso.gob.gt/noticias.php?id=2508>

acetato de medroxiprogesterona que tiene como fin inhibir la libido y la actividad sexual de aquella persona que haya sido condenada por el delito de violación.”

Como puede observarse, se pretende justificar la implementación de una pena drástica y efectiva como consecuencia de la comisión del delito, para dar respuesta a la necesidad de la aplicación de la castración química como pena accesoria y complementaria a la carcelaria de los autores de violación. Afortunadamente, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República de Guatemala emitió dictamen desfavorable, al considerar que la referida iniciativa de ley podría ser inconstitucional, al afectar los derechos humanos de los agresores.

En otros países también se ha presentado la tendencia de querer aplicarla castración química. En España, en el año 2009 en Cataluña, debido las polémicas suscitadas por diversos casos como el del “segundo violador del Ensanche”, Alejandro Martínez Singul, quien fue detenido poco después de salir de prisión, tras cumplir una condena por 17 años, por una gran cantidad de violaciones. El gobierno catalán impulsó la creación de un comité de expertos que propuso, entre otras medidas, la aplicación de la libertad vigilada, la creación de un banco de ADN codificado de violadores condenados o la implantación de un programa de tratamiento con inhibidores hormonales para aquellos delincuentes sexuales – violadores reincidentes o pedófilos- que lo solicitaran.²¹¹ No obstante, el programa no ha tenido éxito. En Francia, Nicolás Sarkozy, ex presidente de ese país, propuso la utilización de la castración química en los caso de pederastas.²¹² En 1996, el Estado de California, fue el primer Estado de los Estados Unidos de América, en aprobar la castración química como condición ineludible para que algunos presos pederastas pudieran acogerse a la libertad condicional.²¹³

Pretender aplicar la castración para ciertos delitos sexuales no es novedoso. Desde tiempos remotos, se aplicó para ciertas conductas reprochables, la extirpación de los testículos. No obstante, sus consecuencias fueron desastrosas, puesto que la

²¹¹ <http://www.abc.es/20120209/local-cataluna/abci-castracion-201202091435.html>

²¹² http://internacional.elpais.com/internacional/2007/08/20/actualidad/1187560811_850215.html

²¹³ http://elpais.com/diario/1996/09/19/sociedad/843084003_850215.html

brutalidad que se empleaba para lograr tal cometido, así como la ausencia de asepsia, provocaban en muchas ocasiones la muerte de la persona castrada. Actualmente, con los avances científicos, ha surgido la castración química como un procedimiento alternativo a la castración tradicional. La castración química en sus orígenes surgió como un tratamiento para los hombres que padecían de cáncer avanzado de próstata. Consiste en un tratamiento indoloro que pretende reducir la libido sexual de los violadores y pedófilos con el objeto de que vuelvan a reincidir.

Sin embargo, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, regula que: *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”* Y el artículo 10.1 del mismo Instrumento, que regula que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La utilización de la castración química atenta contra la integridad física del delincuente y constituye una pena corporal que definitivamente afecta la dignidad de las personas y violenta el principio de humanidad de las penas.

En su obra *Leviatán*, Tomas HOBBS popularizó la conocida frase de Plauto: *“homo hominis lupus”* y expuso claramente el egoísmo de la naturaleza humana que facilita que el propio ser humano cometa acciones contra otros seres de su misma especie, y que dentro de la concepción contractualista un Estado fuerte y con suficiente autoridad proteja a la colectividad social. Lo anterior, no significa que el Estado actúe con un absolutismo tal, que su actividad supere los derechos humanos de las personas. La tentación en que incurren muchos Estados en querer incrementar severamente las penas, sin importar la utilización de penas corporales degradantes para el reo; o pretender efectuar una escisión injustificada entre “ciudadanos” y “no ciudadanos”, no tiene cabida en un Estado Democrático de Derecho inclusivo.

Únicamente, con la observancia de los principios informadores del Derecho Penal, que no pretenden tan solo limitar el *ius puniendi*, sino que además se

garantice la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas, mediante la aplicación de un Derecho Penal mínimo, garantista, que aunque con muchas imperfecciones, representa hasta la fecha el sistema más completo para lograr la convivencia social resquebrajada por la actividad delictiva. No debe olvidarse, que no es mediante el garantismo que el Estado logrará la eficacia en su lucha contra la impunidad, pues no es esa su función. Al contrario, éste busca que la actuación del Estado se encuentre legitimada dentro de los parámetros constitucionales y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Para efectuar tal lucha, el Estado debe basar su política criminal en un Derecho Penal mínimo, de *ultima ratio*, proporcional, humano, e igualitario, entre otros aspectos, que permita combatir la impunidad, dentro de los mecanismos legales, con plena observancia de los derechos fundamentales. Éste debe ser el camino.

CONCLUSIONES

1. La principal función del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho, consiste *per se*, en la protección de los bienes jurídicos de carácter fundamental para la vida en sociedad. De esta manera, el Derecho Penal debe intervenir exclusivamente como *ultima ratio*, frente a los ataques más perturbadores a la convivencia social. Si efectivamente se observa esta función, desarrollada conforme lo establecido en la Constitución, entonces sí se podrá expresar la existencia de un Estado Democrático de Derecho, en el cual se respeten los derechos humanos y fundamentales de las personas.
2. Los principios informadores del Derecho Penal, se convierten en límites inabordables, que como una muralla enhiesta contienen el ímpetu del Estado en utilizar su poder para castigar, al imponerle restricciones, con el fin de evitar que utilice el Derecho Penal, *prima ratio*, como un mecanismo de represión ordinario e irrestricto, aplicado con el pretexto de lograr su eficiencia, sin importar la conculcación de los derechos fundamentales.
3. La culpabilidad puede ser analizada como principio y como nivel de valoración del hecho punible. Como principio, la culpabilidad constituye un límite al poder punitivo estatal. Como nivel de valoración, el principio de culpabilidad, *nulla poena sine culpa*, es fundamental para el establecimiento de la pena estatal, en cuanto que exclusivamente se va a sancionar a las personas que poseen capacidad de culpabilidad, es decir, que comprenden perfectamente la ilicitud de su actuación. En todo caso, la pena debe mantenerse dentro de los márgenes de la culpabilidad del autor y no aceptarse que se aplique por motivos de conveniencia pública o como excusa para combate al terrorismo al criminalizar la peligrosidad.
4. Las críticas a la inoperatividad de la resocialización han venido de las distintas corrientes del Derecho Penal. Así, se encuentran las críticas producidas por

conservadores, liberales progresistas, neo retibucionistas e incluso de la misma corriente garantista. La reinserción a la sociedad de los reclusos, se ha transformado en un objetivo inalcanzable. Las condiciones de vida en la prisión son aberrantes. Aunado a ello, la propia sociedad es criminógena y la reinserción deviene en dificultosa, pues una vida en prisión difícilmente pueda conducir a la resocialización del recluso. No obstante, con todo y sus imperfecciones, a falta de una mejor propuesta, debe continuarse la difícil lucha para mantener el ideal resocializador en un mundo cada vez más reaccionario, que se desplaza hacia la inobservancia de los derechos fundamentales y subrepticamente se dirige a una sociedad autoritaria.

5. Únicamente, con la observancia de los principios informadores del Derecho Penal, que no pretenden tan solo limitar el ejercicio de la actividad estatal punitiva, sino que además se garantice la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas, mediante la aplicación de un Derecho Penal mínimo, garantista, que aunque con muchas imperfecciones, representa hasta la fecha el sistema más completo para lograr la convivencia social resquebrajada por la actividad delictiva. No debe olvidarse que no es mediante el garantismo que el Estado logrará la eficacia en su lucha contra la impunidad, pues no es esa su función. Para efectuar tal lucha, el Estado debe basar su política criminal en un Derecho Penal mínimo, de *ultima ratio*, proporcional, humano, etc., que permita combatir la impunidad, dentro de los mecanismo legales con plena observancia de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

A) LIBROS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos. Revista Penal No. 18. Publicación semestral de Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. Huelva, España, 2006.

ALCÓCER POVIS, Eduardo. La prohibición de incurrir en *bis in idem*. Aproximación conceptual. Publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Perú, 2008.

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Gedisa Editorial. Barcelona, España, Segunda Edición, 2004.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien Jurídico Penal. Más allá del Constitucionalismo de los Derechos. Revista Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIX. Universidad de Santiago de Compostela. Galicia, España, 2009.

ANSELMINI, Valeria. “*Ne bis in idem*.” La prohibición contra la doble persecución penal. Anales, No. 43. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. Perú, 2013.

ARMIJO, Gilbert. Las Bases Constitucionales del Principio de Legalidad en Materia Penal. En Temas Claves de la Constitución Política. Editorial Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 1999.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. En Anuario de Filosofía del Derecho, No. 24. Universidad de Valencia. Valencia, España. 2007.

BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL, Argentina, 1999

-- Manual de Derecho Penal. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

-- Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.

-- Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas. Derecho y Humanidades. No. 16, Vol. 1, Chile, 2010.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Juez y Constitución. Revista de Derecho Político, núm. 47. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España, 2000.

BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Editorial B de F. Argentina, 2004.

BARRIENTOS PELLECCER, César. Los Poderes Judiciales. Talón de Aquiles de la Democracia. Magna Terra Editores, Guatemala, 1996.

BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. Evolución del Concepto de Bien Jurídico en la Dogmática Penal. DIKAIOSYNE N° 22. Revista semestral de filosofía práctica. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. Enero-junio 2009.

BONESANA, César. Marqués de BECCARIA. Tratado de los Delitos y las Penas. Editorial Heliasta, SRL, Argentina, 1993.

BREWER-CARÍAS, Allan. Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho de Venezuela" Universidad Católica Andrés Bello, N° 2 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2001.

BRUERA, Matilde M. Derecho Penal y Garantías Individuales. Editorial Juris. Argentina, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Editorial Trotta. Madrid, España, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª. Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992.

CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la Constitucionalización del Derecho? En Quid Iuris. Publicación del Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, Año 6, volumen 15, México, 2011.

CID MOLINÉ, JOSÉ. ¿ES LA PRISIÓN CRIMINÓGENA? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). En Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª. Época, No. 19. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico. En Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho número 16, ITAM, México, abril 2006.

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. Universitas. ucls. No. 116, Bogotá, Colombia, julio-diciembre de 2008.

CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982.

CRUZ, Luis M. La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. Revista Dikaion, Colombia, 2009.

CRUZ CAMACHO, María Cruz. Revista Alegatos. No. 31, septiembre-diciembre. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1995.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad. En Revista Jurídica de Castilla y León. Número Extraordinario. Valladolid, España, Enero 2004.

DE LOS REYES ARAGÓN, Wilson, Algunos Elementos para Construir una Definición de Derechos Humanos. En Revista Estudio Socio-Jurídica, Bogotá, Colombia, Julio-diciembre de 2008.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista. Revista Jueces para la Democracia, España, 1997.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual. En Revista de Filosofía, Vol. 67. Publicación de la Facultad de Filosofía y Humanidades. Universidad de Chile. Chile, 2011.

ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo y LONDOÑO BERRÍO, Hernando. El tratamiento penitenciario (art. 68 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal. En Nuevo Foro Penal. Revista Trimestral. Año VII, No. 27. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Enero, febrero, marzo 1985.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano. 2010.

FALCÓN Y TELLA, Fernando. Examen Crítico de los diferentes tipos de Estado y el Derecho a Castigar. En Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. 2/2005. Universidad Complutense. Madrid, España, 2005.

-- Límites al Derecho de Sancionar. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 6. Universidad Complutense. Madrid, España, 2005.

FERNÁNDEZ SAGADO, Francisco. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo. Revista Pensamiento Constitucional, año XV, número 15. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995.

-- El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2000.

-- Razones Jurídicas del Pacifismo. Editorial Trotta, Madrid, España, 2004.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Revista Latinoamericana de Derecho, Año I, número 1 enero-junio 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FUENTES CUBILLOS, Hernán. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concreción en el ámbito de individualización de la pena. Revista Ius Et Praxis, año 14, no. 2. Universidad de Talca, Chile, 2008.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La Interpretación Constitucional. Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 2, Castilla y León. Valladolid, España, 2004.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. La interpretación Constitucional como problema. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 86, octubre – diciembre, Madrid, España, 1996.

-- Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª. Edición, Civitas. Madrid, España, 1988.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. La defensa de la Constitución. Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1983.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. Consideraciones sobre el Principio de Legalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 24, Universidad Autónoma de México, México, enero-junio 2011.

GIMENO SENDRA, José Vicente. Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas Ediciones SL. Madrid, España, 1981.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 1980-2005. Cuadernos Tribunal Constitucional, número 33. Chile, 2006.

HASSEMER, WILFRIED. Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45. Ministerio de Justicia. Madrid, España, 1992.

- Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. En Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.
- Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

HASSEMER, WILFRIED y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Economía y al Derecho Penal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1989.

HURTADO AGUILAR, Hernán. Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal. Editorial Landívar. Segunda Edición. Guatemala, 1984.

LANDA ARROYO, César. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. Anuario de Derecho Penal 2005. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. ¿Restrictivo o Diferente? El control de la Ley Penal por parte del Tribunal Constitucional. INDRET, número 3. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, España, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General. Editorial Universitas, S. A. Madrid, España, 1996.

MAPELLI CAFERANA, Borja. Criminología y Ejecución Penal. En Prevención y Teoría de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.

MEDINA CUENCA, Arnel. Los Principios Limitativos del *Ius Puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. En *Ius*. Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosh Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, Segunda Edición, 1982.

- El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994.
- Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva. En Prevención y Teoría de la Pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.
- El Principio de Proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.
- Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La resocialización del Delincuente, análisis y crítica de un mito. En Cuadernos de Política Criminal. No. 7. Universidad Complutense. Madrid, España, 1979.

- Derecho Penal y Control Social. Editorial Universitaria de Jerez, España, 1985
- Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998.
- Introducción al Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2001.

NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica. (Con referencia particular a la Dogmática Penal). Publicación del Instituto de Investigaciones de la Universidad Autónoma de México, México, 1989.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Revista de Derecho. Vol. 14, Chile, 2003.

O'DONNELL, Guillermo Democracia Delegativa. Revista *Journal of Democracy* en Español, Vol. 1, Julio 2009.

PACHECO, Máximo. Teoría del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990.

PALACIOS PÁMANES, Gerardo Saúl. El problema de la antinomia de los fines de la prisión provisional como obstáculo para la reinserción social. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2009.

PÉREZ ROYO, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. CPC. Madrid, España, 1989.

- La influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La defensa del modelo ideológico Neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de bienes penales. En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España, 2003.
- El retorno del Derecho Penal al estado de la naturaleza. Revista *Viento Sur*. Número 83. Madrid, España, Noviembre 2005.
- Bases Teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del “enemigo”. En *IUS*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Aranzandi, Segunda Edición, España, 2000.

ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, María Ángeles. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Ponencia presentada en la Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España, en la Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, celebrada en Roma, Italia, del 24 a 27 de octubre de 2013.

RODRÍGUEZ MESA, María José. Manual de Introducción al Derecho Penal. Universidad de Cádiz. Jerez de la Frontera, España, 2006.

- Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Granada. Granada, España, 2007.

RODRÍGUEZ O., Pablo. Derechos Fundamentales. Editorial Juricentro, Costa Rica, 2001.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El principio de legalidad y arbitrio judicial. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 1. Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.

SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO (H.), Alfonso. Tiempo, Constitución y Ley Penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 2008.

SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1988.

SANZ MULAS, Nieves. Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. En Revista Justicia No. 20, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia, 2011.

SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000.

SIERRA MADERO, Dora María. El Estado de Derecho y el Estado y el Imperio del Derecho en México durante la transición a la Democracia. Anuario de la Facultad de Derecho. Vol. XXIV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, España, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. Año 11 número 33, septiembre – diciembre 1991.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

VAN BOCKEL, Bastiaan. The *ne bis in idem* principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis. Universiteit Leiden, The Netherlands, 2009.

VERNET I LLOBET, Jaume, Sistema de Fuentes y la Constitución. En Temas de Derecho Constitucional (1). Cedecs Editorial. Barcelona, España, 1998.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación Constitucional. Buenos Aires, Argentina. Abelardo-Perrot. 1993.

-- Interpretación Constitucional, Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004.

VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. En Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAPICO BARBEITO, Mónica. ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE. En Anuario da Faculta de de Dereito da Universida de da Coruña –AFDUDC-, (Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional), No. 13. La Coruña, España, 2009.

B) PÁGINAS EN INTERNET:

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2013, núm. 15, p. 01:1-01:27. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. p. 3.

<http://www.congreso.gob.gt/noticias.php?id=2508>

http://internacional.elpais.com/internacional/2007/08/20/actualidad/1187560811_850215.html

<http://www.abc.es/20120209/local-cataluna/abci-castracion-201202091435.html>

http://elpais.com/diario/1996/09/19/sociedad/843084003_850215.html