

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL



*Edgar Orlando
Ruano Godoy*



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala



Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar
IIJ/URL

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Misión

Es una unidad académica de la Universidad Rafael Landívar, cuya misión es el estudio, desarrollo y divulgación de las ciencias jurídicas y sociales, mediante la investigación, capacitación, asesoría, consultoría y difusión de temas nacionales, regionales y mundiales de interés y actualidad, que impliquen la participación de todos los sectores del país, conscientes de las características pluriculturales, multiétnicas y multilingües de América Central y, congruentes con el ideario landivariano.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

Investigación:

Participar activamente en el análisis, discusión y propuesta de soluciones a los problemas jurídicos y sociales de Guatemala y Centroamérica, en el contexto mundial, para formar criterios y alcanzar consensos que conduzcan al desarrollo integral de la persona humana y de la sociedad.

Capacitación:

Formar en las distintas áreas jurídicas y sociales a todos los sectores, académicos, políticos, económicos y sociales interesados, analizando y divulgando los resultados de las investigaciones, para transformar la sociedad.

**PRINCIPIOS INFORMADORES
DEL DERECHO PENAL**

Edgar Orlando Ruano Godoy

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

Edgar Orlando Ruano Godoy



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar
II/URL



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Guatemala, 2015

URL
345.097281
R894

Ruano Godoy, Edgar Orlando

Principios informadores del derecho penal / Edgar Orlando Ruano Godoy, Mgtr. Guatemala : Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (IIJ/URL). Universidad del País Vasco / *Euskal Herriko Unibertsitatea*, 2015.

xiv, 119 p. (cuaderno de estudio ; 134)

ISBN: 978-9929-584-50-1

Incluye: Conclusiones, referencias bibliográficas.

1. Derecho penal – Legislación – Guatemala 2. Derecho penal – Aplicación
3. Derecho constitucional – Guatemala 4. Constitución Política de Guatemala 5. Penas – Análisis y aplicación 6. Administración de justicia penal (procedimiento) 7. Delitos – Penalización – Guatemala 8. Pena de muerte – Abolición 9. Delitos – Teorías constitucionales – Guatemala 10. Garantías constitucionales – Guatemala 11. Derechos humanos – Instrumentos internacionales – Convenios internacionales 12. Bienes jurídicos – Protección 13. Resocialización de condenados.

I. Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas

II. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cuaderno de estudio 134, 2015

Principios informadores del Derecho Penal
Edgar Orlando Ruano Godoy

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio "O",
2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala,
Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Cuidado de la edición: Luis Andrés Lepe Sosa

Impreso en Serviprensa, S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
www.serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Rector

Dr. 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

Lcdo. Ariel Rivera Irías

Secretaría General

Lcda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

CONSEJO EDITORIAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. José Juventino Gálvez Ruano

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Rolando Escobar Menaldo

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Mgtr. Helena Carolina Machado Carballo

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Larry Andrade-Abularach

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa académica e investigadora principal

Mgtr. Patricia Jiménez Crespo

Jefe administrativo

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

Investigador

Dr. Jorge Mario García Laguardia

Investigador

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Gestor académico del Doctorado en Derecho

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

Asistente de investigación

Andrea Natalia Castro Estrada

Asistente de investigación

Rosa Mariela Ortíz Ralón

Recepcionista

Dara Andrea García Batres

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 Laso

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

**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 María 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 Laguia

ÍNDICE

Presentación	XIII
Introducción	1
I. Límites al <i>ius puniendi</i>	3
II. Principio de mínima intervención –Ultima ratio–	11
III. Bien jurídico tutelado	17
1. Importancia.....	17
2. El bien jurídico como límite al poder punitivo estatal.....	20
3. La Constitución y los bienes jurídicos tutelados	21
IV. Legalidad	27
1. Importancia y origen	27
2. Trascendencia del principio de legalidad en el Estado Democrático de Derecho.....	31
3. Sustento constitucional del principio de legalidad	33
V. Irretroactividad	37
1. Ámbito de aplicación.....	37
2. Incorporación y protección constitucional	41
VI. Proporcionalidad	47
1. Importancia.....	48
2. Inconstitucionalidad por desproporción de la pena....	52
VII. Culpabilidad	57
1. Relevancia como principio limitador	57
2. Desavenencias interpretativas actuales	59

3.	Observancia como principio informador.....	60
4.	Incorporación constitucional.....	62
VIII.	<i>Ne bis in idem</i>	65
1.	Importancia	65
2.	Antecedentes	66
3.	Doble vertiente: sustantiva y procesal	68
4.	Su inclusión en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos	69
IX.	Resocialización	75
1.	Importancia.....	75
2.	Su inclusión en la Constitución	76
3.	Necesidad de la reinserción	78
X.	Principio de humanidad de las penas	85
1.	Importancia	85
2.	Su incorporación en la Constitución.....	86
3.	Fines de la pena	88
3.1	Corrientes justificativas	89
3.1.1	Prevención general.....	89
3.1.1.1	Prevención general negativa.....	90
3.1.1.2	Prevención general positiva.....	91
3.1.2	Prevención especial.....	93
3.2	Corriente abolicionista	94
4.	Prohibición de la pena de muerte.....	95
5.	Prohibición de penas corporales.....	103
a.	Castración química	103
	Conclusiones	109
	Bibliografía	111

PRESENTACIÓN

Un principio puede ser definido como aquella norma o idea fundamental que rige un pensamiento o conducta.* En el caso del derecho penal, existen ciertos principios delimitadores o informadores que imponen barreras al *ius puniendi* –es decir, la facultad punitiva del Estado– con el fin de evitar extralimitaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales protegidos en un Estado de Derecho.

En su investigación, el Mgtr. Edgar Orlando Ruano Godoy** desarrolla los principios informadores del Derecho Penal en relación con su fundamento doctrinario, normativo y jurisprudencial. En especial, se enfoca en la relación que existe entre dichos principios y los derechos fundamentales protegidos en la Constitución.

La investigación está dividida en diez partes o segmentos. En el primero de ellos se analiza la necesidad e importancia de establecer límites a la facultad sancionadora del Estado. En los siguientes se desarrolla cada uno de los principios abordados por el autor. Se le da cierto énfasis al principio de humanidad de las penas, especialmente en relación con la abolición de la pena de muerte y las penas corporales.

* Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001, “principio”, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VlsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO>.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar, 2010; Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2002; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1993. Del 2007 al 2009 Fiscal de Sección de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal; del 2009 al 2012 Magistrado Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; del 2012 al 2014 Magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y de Conflictos de Jurisdicción. Actualmente se desempeña como Letrado de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Autor de artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas publicadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (2002), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (2003), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar (2013-2015), Organismo Judicial (2013), Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial (2014) y Corte de Constitucionalidad (2015).

La investigación que hoy se presenta forma parte de la tesis de posgrado/trabajo de fin de máster del autor para obtener el grado de Magíster Universitario en Investigación en Derecho “Sociedad Democrática, Estado y Derecho”, otorgado por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, que representa la culminación exitosa de la primera fase doctoral. Dicho trabajo de fin de máster fue realizado bajo la dirección del doctor Guillermo Portilla Contreras, jurista, catedrático universitario y autor de numerosos libros, artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas.

Agradecemos al Mgtr. Ruano Godoy por compartir su enriquecedora investigación, y a la vez le deseamos lo mejor en la ardua tarea de elaboración de su tesis doctoral.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinador

Doctorado en Derecho

Universidad Rafael Landívar y

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
en Guatemala*

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, julio de 2015.

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. Esta 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 diez partes o segmentos, en los que se justifica la importancia que tiene poner una limitación al *ius puniendi* y se desarrollan los principios informadores del Derecho Penal como lo son: el de mínima intervención, el bien jurídico tutelado, el de legalidad y el de irretroactividad. Asimismo, se 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, 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.

I

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).¹ En ese sentido, es indudable que el Derecho Penal conforma un mecanismo de control social de carácter formal que, como asevera JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y procesos,² que constituyen los principios básicos, no sólo de la administración de justicia, sino del control social en su aspecto laxo.³

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 Penal es solamente su ineludible necesidad para garantizar la protección de la sociedad mediante la previsión general y especial de delitos.⁴ Sin embargo, la legitimación del Estado para sancionar constituye un problema complejo, que puede analizarse complementariamente

-
- 1 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998, p. 29.
 - 2 DíEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "El Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista". *Revista Jueces para la Democracia*, España, 1997, p. 11.
 - 3 "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*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1989, p. 15.
 - 4 Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Universitas, Madrid, España, 1996, p. 79.

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.⁵ Así lo reconoce CREUS,⁶ 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 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.

5 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.

6 *Op. cit.* p. 6.

Si partimos de manera general, dentro del constitucionalismo moderno uno de los deberes (u obligaciones) del Estado⁷ consiste en la protección de los derechos de las personas,⁸ con el 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.⁹ Ciertamente, en el ejercicio del Derecho Penal, el Estado no puede actuar arbitrariamente, a menos que no constituya un Estado Democrático de Derecho, como se ha indicado. Pero este

7 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.

8 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.

9 BACIGALUPO, Enrique. “Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas”. *Derecho y Humanidades*, núm. 16, vol. 1, Chile, 2010, p. 21.

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.¹⁰ 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),¹¹ 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

10 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”.

11 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.

riesgo potencial para la seguridad del Estado. Es el reingreso de la guerra justa y preventiva como paradigma del nuevo 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.¹² 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.¹³ 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,¹⁴ 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

12 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.

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

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

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 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.¹⁵ 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,¹⁶ 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 tendencia 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 esta 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

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

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

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 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.

II

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.¹⁷

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.

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

17 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*, núm. 24. Universidad Autónoma de México, México, enero-junio 2011, pp. 211 y 212.

exagerado intervencionismo del Derecho Penal totalitario.¹⁸ 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:¹⁹

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

18 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*, núm. 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”.

19 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”.

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 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 ataque 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 sólo 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.²⁰

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

20 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*. Iustel, Madrid, España, 2011. pp. 119-120.

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:²¹

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.²² La

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

22 BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. 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

supuesta eficiencia que se busca con la aplicación del Derecho Penal, implica añejo quebrantamiento de los derechos 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.

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".

III

BIEN JURÍDICO TUTELADO

1. Importancia

La autorrealización humana, expone MUÑOZ CONDE,²³ 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.²⁴

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.

23 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2001, 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.

24 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.

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.²⁵ BACIGALUPO²⁶ 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.²⁷ Además,

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

26 *Ibid.* pp. 43 y 44.

27 Acerca de esta importancia, DÍEZ RIPOLLÉS 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 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 castigarán conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables”. *Op. cit.* p. 17.

de acuerdo con HASSEMER, el bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.²⁸ 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.²⁹

28 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*. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 32.

29 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 merecen su defensa". *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. CPC. Madrid, España. 1989, p. 735.

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 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 lo complementan.

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.³⁰

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.³¹ 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 (o sea, lesiones de bienes jurídicos).

30 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.

31 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.

Concluye afirmando que sirve en última instancia, a la protección de bienes jurídicos y carecería de sentido sin ese fin.³²

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 tutelados por otras normativas jurídicas.

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 con 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.³³ Efectivamente, la finalidad de elevar a rango constitucional determinados valores, no es la de servir de

32 Ibid. p. 4.

33 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 jurídicos, por afectar al ámbito de protección jurídico-constitucional, el ámbito susceptible de ser abarcado por el

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.³⁴

Como lo afirma ROXIN:³⁵

... 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.³⁶ 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 Texto Fundamental, deben ser protegidos penalmente y cuando los

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.

34 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.

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

36 Cfr. CRUZ CAMACHO, María Cruz. *Revista Alegatos*, núm. 31, septiembre-diciembre. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1995.

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 con 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 PÉREZ³⁷ considera que 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

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

debe 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.³⁸

38 “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

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.

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.

IV

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, conforme a lo establecido previamente por el ordenamiento jurídico. FERRAJOLI³⁹ 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.

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.⁴⁰ 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,⁴¹

39 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. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Op. cit. pp. 65-67.

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

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

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.⁴² 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:⁴³

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 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,⁴⁴ y

42 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.

43 BONESANA, César. Marqués de BECCARIA. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Heliasta, Argentina, 1993, p. 61.

44 MIR PUIG, Santiago, expresa que en su sentido actual, el principio de legalidad se basó en la teoría ilustrada del contrato social y suponía 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-

por ende, constituía el único que debía establecer los delitos y las penas, mediante una ley, basada 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,⁴⁵ 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.⁴⁶ Estas

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.

45 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*, núm. 1. Madrid, España, 1997, p. 279.

46 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 FEUERBACH un 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.

ideas respecto 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);⁴⁷ en el Convenio (Europeo) Para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950 (artículo 7.1);⁴⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (Art. 15, párrafo 1);⁴⁹ así como la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969 (artículo 9),⁵⁰ entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

47 “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”.

48 “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”.

49 “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”.

50 “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 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”.

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”.⁵¹ 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.⁵²

La premisa de que el Derecho Penal es de acto y no de autor, es indispensable para el sostenimiento incommovible del Derecho Penal Democrático. Las personas deben tener la certeza de 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 extradelitivas. La represión del delito debe indefectiblemente efectuarse dentro de los límites impuestos al ejercicio punitivo, dentro de un Estado Democrático de Derecho. La 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,

51 *Op. cit.* p. 68.

52 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”.

incluso al precio de enormes sufrimientos y sacrificios (sobre todo, de los otros), representa el rasgo característico del fanatismo”.⁵³

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 cauce para el desempeño de la autoridad y garantía para el desenvolvimiento del ser humano”.⁵⁴ 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, 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.⁵⁵

Las finalidades del principio de legalidad son entre otras, asegurar el fundamento del principio de culpabilidad como fundamento de la punibilidad, afianzar 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 políticos.⁵⁶ El principio de legalidad es muy importante

53 FERRAJOLI, Luigi. *Razones Jurídicas del Pacifismo*. Trotta, Madrid, España, 2004, p. 42.

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

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

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

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.

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.⁵⁷ 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.

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

57 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 calificados 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.

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 amnistiable del delito, etcétera.⁵⁸

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.

58 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.

IRRETROACTIVIDAD

1. **Ámbito de aplicación**

Como regla general, las leyes tienen efecto hacia el futuro, *ex nunc*, y no poseen efectos hacia el pasado, *ex ante*, es decir, surtirán efectos para hechos que sucedieron con posterioridad al inicio de su vigencia. De tal manera que normalmente rige la regla *tempus regit actum*, mediante la cual se establece que los hechos deben necesariamente sujetarse a la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso.⁵⁹

De los principios de legalidad y seguridad jurídica emana el principio de irretroactividad de la ley. Pues bien, en materia penal, como resultado del principio de legalidad, se instaura la exigencia de *lex praevia*. Derivado de esta exigencia, se erige, como *condictio sine qua non*, que el comportamiento realizado y la sanción correspondiente al mismo se encuentren descritos en una ley que ha sido emitida con antelación al momento de la comisión delictiva. Pero, adicional al principio de legalidad, se pretende preservar la seguridad jurídica pues, de acuerdo con SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “el destinatario de la norma tiene derecho a conocer las consecuencias jurídicas de sus actos al momento de llevarlos a cabo, lo que resultaría imposible si dichas consecuencias se fueran a derivar de una norma aún no vigente en dicho momento”.⁶⁰ En efecto, las personas tienen derecho a conocer con antelación cuáles

59 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, *Derecho Penal. Parte General*. 3a edición. Astrea, Buenos Aires, 1982. p. 40. Pero también resulta 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.

60 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. “Prohibición de Retroactividad y Cambios de orientación en la Jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993. España, Universidad de Extremadura, p. 245.

son las conductas consideradas disvaliosas por el tipo penal y las sanciones que como resultado de la comisión de las mismas se producen. Las reglas deben ser claras. No pueden existir sorpresas desagradables para las personas, que se traduzcan en actos arbitrarios cometidos por el Estado en la promulgación de leyes *ex post facto*.

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; 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, dada la función jurisdiccional en la solución del caso concreto sometido a su conocimiento y decisión, 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 los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.⁶¹ Ciertamente, como se ha venido exponiendo, el principio de irretroactividad de la ley penal constituye un complemento o consecuencia del principio de legalidad⁶² y busca proteger la seguridad jurídica, de tal forma,

61 ASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ. Sentencia de 23 de noviembre de 2010; párr. 183.

62 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 complemento del principio de legalidad (MUÑOZ CONDE), puesto que no se aprueba una ley para regular hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco 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

que los ciudadanos confíen en la ley. De esa cuenta, el Tribunal Constitucional de Chile ha reconocido en sentencia, rol N° 207, del 10 de febrero de 1995, Considerando 67, que la retroactividad de una ley atenta contra los valores de seguridad jurídica, certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a principios y normas positivas, que son esenciales en un Estado de Derecho.⁶³ Pues, en palabras de VALENCIA ZEA, “Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas”.⁶⁴

Además, se constituye en un límite al ejercicio del *ius puniendi*, lo que provoca que sea verdaderamente imprescindible para la constitución de un Estado Democrático de Derecho,⁶⁵ porque

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.

- 63 En su parte conducente, la referida sentencia declara lo siguiente: “Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución”.
- 64 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. Temis, Bogotá, Colombia, 1989. p. 184.*
- 65 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

debe evitarse un poder omnímodo del Estado, capaz de ser utilizado sin escrúpulos en contra de las personas, por medio del encuadramiento de ciertas conductas en un tipo penal surgido *ex post facto*; mediante el agravamiento en una ley posterior de las penas previamente establecidas en la ley; o bien, por la creación de nuevas figuras delictivas inexistentes con prelación a la comisión delictiva. Ya lo advertía HAMILTON, al aseverar que “El hecho de calificar un acto de criminal después de que ha sido perpetrado o, en otras palabras, sujetar a los hombres a castigo por cosas que no infringían ninguna ley cuando se cometieron, y la práctica de los encarcelamientos arbitrarios, han sido, en todos los tiempos, el instrumento favorito y más formidable de la tiranía”.⁶⁶

A decir de ROXIN, son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p. ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p. ej. subirla de cinco a diez años de prisión)⁶⁷. Por ello, ha afirmado que esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho.⁶⁸

Conforme a lo expuesto, 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 descrito como delictivo. La irretroactividad es un derecho humano

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.

66 HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México, DF. 1994, p. 387.

67 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Civitas, Madrid, España, p. 140-141.

68 *Ibidem*, p. 141.

intangible que impide la aplicación de una ley posterior a un supuesto realizado con anterioridad al inicio de su vigencia.

2. Incorporación y protección constitucional

Como antecedente constitucional más remoto, puede citarse la Constitución de los Estados Unidos de América, que regula en el artículo 1, Novena Sección, Cláusula Tercera, que: “*No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto*”. Así pues, se encuentra en el citado texto constitucional, la denominada cláusula *ex post facto* (*ex post facto clause*) o *ley ex post facto* (*ex post facto law*), que en el derecho estadounidense se aplica como correlativa a la irretroactividad de la ley en materia penal, figura que es utilizada en los sistemas jurídicos continentales, tanto europeos como latinoamericanos. La *ex post facto law* ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en el sentido que prohíbe aplicar retroactivamente las leyes penales en materia sustantiva.⁶⁹

En virtud de la doctrina del precedente (*stare decisis*), que rige el derecho estadounidense, es la jurisprudencia de la Corte Suprema la que establece con efecto de precedente para los tribunales inferiores, los alcances de las referidas cláusulas. El caso más añejo en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América con relación a la *ley ex post facto*, y que es continuamente citado en los diversos fallos pertinentes, lo constituye *Calder v. Bull* 3 U.S. 386 (1798), en el cual el juez Samuel Chase, sostuvo que en las leyes *ex post facto* debía comprenderse únicamente leyes criminales, pero no así las leyes civiles.⁷⁰ Adicionalmente, en la sentencia relacionada

⁶⁹ En efecto, la prohibición de leyes *ex post facto* se limita a las leyes penales en materia sustantiva, puesto que la materia procesal queda excluida de tal prohibición, salvo que se trate de una ley que exija menos prueba que la requerida al momento preciso de la comisión del delito imputado, o de las excepciones específicas que vaya señalando la Corte Suprema conforme se desarrolle lo concerniente al tema. Vid. *Collins v. Youngblood*, 497 U.S. 37 (1990) donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, resolvió que la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva de leyes penales se limitaba a la materia sustantiva, por lo que dejó fuera de su ámbito de aplicación a las leyes penales de carácter procesal. Vid. *Carmell v. Texas*, 529 U.S. 513 (2000) por la cual la Corte Suprema resolvió que la aplicación retroactiva de una regla de evidencia que derogaba el requisito de corroboración del testimonio de la víctima en delitos de agresión sexual riñe con la prohibición de leyes *ex post facto*.

⁷⁰ “*The ex post facto provision of the Constitution applies solely to criminal cases, not civil cases*”.

estableció como aspecto relevante, la clasificación de cuatro categorías de ley *ex post facto*.⁷¹

Por otra parte, en las Constituciones de los países que cuentan con un sistema jurídico de tipo continental, el principio de irretroactividad se ubica en el propio texto constitucional, o bien, se considera mediante una interpretación *a contrario*, que deriva de uno o más preceptos constitucionales. En el caso de 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 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.⁷² Una ley retroactiva violenta indubitablemente la seguridad jurídica. El principio de irretroactividad coadyuva a evitar que se desquebraje la confianza de los ciudadanos en el imperio de la ley.

En Guatemala, el artículo 15 de la Constitución Política 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 retroactiva desfavorable (retroactividad *in malam partem*), en cambio, admite la retroactividad beneficiosa (retroactividad *in bonum partem*), cuando beneficie al reo. Distinto sucede en España, donde no se contempla taxativamente en el texto constitucional lo concerniente a la retroactividad *in malam partem*, puesto que se efectúa, de acuerdo con EZQUIAGA, una interpretación *a contrario* de un precepto constitucional; debido a que del art. 9.3

71 "1st. Every law that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action. 2d. Every law that aggravates a crime, makes it greater than it was, when committed. 3d. Every law that changes the punishment, and inflicts a greater punishment, than the law annexed to the crime, when committed. 4th. Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less, or different, testimony, than the law required at the time of the commission of the offence, in order to convict the offender".

72 Auto de 29 de enero de 2009; expediente 3350-2008.

de la Constitución Española,⁷³ que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, el Tribunal Constitucional ha deducido el principio de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables.⁷⁴ Así, señala para el efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 7 de mayo de 1981, fundamento jurídico 7.

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 peius*, o sea, la alteración de situaciones jurídicas por cambios perjudiciales.⁷⁵ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha manifestado:⁷⁶

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

73 El art. 9.3 de la CE señala que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

74 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2006, p. 58.

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

76 Sentencia del 26 de junio de 1991; expediente 364-90. En sentencia de 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”.

vigentes al tiempo de su realización. Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar 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,⁷⁷ pues de lo contrario, se debilitarían peligrosamente las bases de un derecho penal de acto, en detrimento del Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, se admite la retroactividad únicamente en materia penal, cuando se trate de una ley más benigna. En este caso, la seguridad jurídica que se pretende conceder a los ciudadanos con la exigencia de *lex praevia* no se verá afectada por el reconocimiento de la retroactividad de la ley penal más benigna, porque ella no atenta contra las libertades individuales de los ciudadanos que pretende proteger la seguridad jurídica.⁷⁸

La constitucionalización del principio de irretroactividad es trascendental. En cuanto a los organismos encargados primordialmente de su observación, legislador y juez, contempla intrínsecamente de manera individual una restricción. De esa cuenta al legislador, como ha afirmado BAUMAN, le está vedado constitucionalmente dar retroactividad a un tipo, mientras que

77 BACIGALUPO 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.

78 BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”. *Revista de Política Criminal*. Vol. 4, Núm. 7. Chile, julio de 2009, p. 134.

al juez penal, solo puede aplicar un tipo si el delito existía en el momento del hecho.⁷⁹

Como corolario, puede afirmarse el principio de irretroactividad de la ley, sirve de resguardo legal al imputado o condenado, lo que supone la seguridad jurídica que no se le aplicará una ley distinta a la vigente al momento de la realización delictiva. Lo anterior solidifica el Estado Democrático de Derecho, al evitar el ejercicio arbitrario del poder estatal. Aunado a ello, el principio de irretroactividad es determinante para que pueda efectuarse la función motivadora del Derecho Penal y la confianza en el sistema penal. Porque, a decir de RODRÍGUEZ MESA: “Sólo si el ciudadano conoce la prohibición y la amenaza del castigo, puede sentirse motivado y puede conseguirse el efecto preventivo buscado con la pena. Así, y desde la función del Derecho penal, el principio general de irretroactividad contribuye a la legitimación misma del sistema penal”.⁸⁰

79 BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1973, p. 74.

80 RODRÍGUEZ MESA, María José. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Universidad de Cádiz. Jerez de la Frontera, España, 2006, p. 62.

VI

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 cómo 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,⁸¹ 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, BECCARIA⁸² 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

81 De acuerdo con BACIGALUPO: "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.

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

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 *minimum* 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. 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:⁸³

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 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.⁸⁴ De ahí, que no deben

83 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, núm. 2. Universidad de Talca, Chile, 2008, p. 19.

84 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

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.⁸⁵

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.⁸⁶

Es innegable que cuando el hecho delictuoso provoca un daño, debe efectuarse una valoración proporcional respecto del mismo, para que así, la pena a 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 por que exista una correlación entre la afectación de derechos frente a la magnitud de la lesividad provocada. Como lo asevera ZAFFARONNI:⁸⁷ “La criminalización alcanza un

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”.

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

86 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit. p. 85.

87 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 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

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.⁸⁸ 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 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.⁸⁹

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...”. *Ibidem*.

- 88 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, 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.
- 89 COTE-BARCO, Gustavo Emilio. “Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena”. *Vniversitas. ucls*, núm. 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

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, con relación a la actividad jurisdiccional, normalmente la propia ley penal establece un margen limitado al juez, al impedirle que traspase los extremos punitivos establecidos específicamente por el legislador.⁹⁰

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. *Ibidem*, p. 133.

90 En cuanto a este aspecto, HURTADO AGUILAR, Hernán. *Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal*. 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 concurran 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,

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 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”.

etc. Para el extremo máximo, estima que debe determinarse si las condiciones fueren desfavorables para el reo.

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 fijarse la 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).⁹¹

En Guatemala existen diversas sentencias que tratan respecto del principio de proporcionalidad en sentido amplio,⁹² 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

91 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.

92 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.

Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 31/2006,⁹³ 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 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 penal y que tiene su base en el principio de igualdad.

93 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.

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,⁹⁴ 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 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.

94 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.

VII

CULPABILIDAD

1. Relevancia como principio limitador

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, únicamente si se demuestra previamente el juicio de reproche, respecto del hecho que se le atribuye. Es decir, que no hay delito ni pena sin culpabilidad, *nullum crimen nulla poena sine culpa*. ZAFFARONI incluso lo considera el más importante de los principios que se derivan en forma directa del estado de derecho, al expresar:⁹⁵

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.

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.⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, por su parte, considera que la culpabilidad es nuclear en el sistema penal pues se le atribuyen

95 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Op. cit.* p. 139.

96 BRUERA, Matilde M. *Derecho Penal y Garantías Individuales*. Juris. Argentina, 2000, p. 84.

diversas funciones esenciales: individualizar la responsabilidad, fundamentar la pena y limitar la duración de ésta.⁹⁷

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.⁹⁸ Para efectos de este estudio, interesa estudiarlo como 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.⁹⁹

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”.¹⁰⁰ El juicio de desvalor recaído sobre el autor, denominado culpabilidad, requiere la existencia previa de dolo o culpa. Efectivamente, tiene que producirse una vinculación personal del sujeto con el hecho, puesto que es necesario como presupuesto indefectible, que la persona sea declarada judicialmente culpable para que sea sujeta a una sanción penal.

Una vez que se ha comprobado que el hecho es típico y antijurídico, debe determinarse si puede atribuirse a la persona el resultado de su conducta y convertirla legalmente en responsable. Mientras el injusto penal se valora en el inicio o en el desarrollo

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

98 *Ibid.*, p. 96.

99 RODRÍGUEZ MESA, María José. *Op. cit.* p. 98.

100 BRUERA. *Op. cit.* p. 99.

del procedimiento penal, la culpabilidad en cambio, se determina exclusivamente en la sentencia, cuando el tribunal emite un fallo condenatorio. Si éste queda firme, es hasta entonces que al declararse la responsabilidad penal del sindicado, que la presunción de inocencia queda sin efecto. No obstante, en la substanciación del proceso, pueden emitirse juicios valorativos acerca de la capacidad de culpabilidad del sindicado.¹⁰¹

2. Desavenencias interpretativas actuales

Contemporáneamente, las bases sobre las cuales descansa el derecho punitivo, referentes a que no hay pena sin culpabilidad, *nullum poena sine culpa*, se encuentran tambaleantes, debido a nuevas corrientes doctrinales que atacan la concepción tradicional. Así, entre otras posiciones, se persigue el abandono del principio de culpabilidad y reemplazarlo por un derecho eminentemente represivo, en el cual sobresale el concepto de peligrosidad que se utiliza como cimiento de la sanción penal. Es decir, se prioriza la utilización del derecho de autor, en detrimento del derecho de acto, este último propio de un verdadero Estado Democrático de Derecho.

Atendiendo el planteamiento precedente, la comprensión del concepto formal de la culpabilidad, que incluye los presupuestos para formularle al autor, la imputación subjetiva, o sea, esencialmente, el reproche contra el autor del acto, se ha visto severamente cuestionado en cuanto a su tradicional concepción,¹⁰² con el denominado Derecho Penal del Enemigo, sustentado por

101 RUANO GODOY, Edgar Orlando. “Ámbito de Aplicabilidad Procesal de los niveles de Valoración del Hecho Punible”. En *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. Guatemala. 2002, pp. 55-56.

102 “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. *Op. cit.* p. 488.

JAKOBS. PORTILLA CONTRERAS ha estudiado con profundidad este tema y dice en lo tocante:¹⁰³

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 antigarantista. La pena no encuentra coherencia con la medida de la culpabilidad del agente. De un derecho penal de culpabilidad, se ha cambiado a un derecho penal de peligrosidad.¹⁰⁴

3. Observancia como principio informador

La importancia que desempeña el principio de culpabilidad en un Estado Democrático de Derecho, donde domeña la visión garantista, es esencial. Para FERRAJOLI la tercera condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del

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

104 “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.

«cuándo» y del «qué» prohibir es la de la culpabilidad.¹⁰⁵ 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*”¹⁰⁶ y el *versari in re illicita*,¹⁰⁷ en la creación de leyes penales, debido a la exclusión de la culpabilidad por el resultado. 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 informador y como nivel de valoración del hecho punible, entre otros aspectos. 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.

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

106 Significa: La causa de la causa es causa del mal causado. Este principio se relaciona con la imputación de la responsabilidad por culpa. Consiste en sancionar a una persona debido al resultado acaecido, sin que el mismo le sea imputable.

107 Por este principio, la persona debía responder por las consecuencias propias de sus actos, aunque las mismas fueran de carácter fortuito. Es decir, se producirá la culpabilidad no únicamente cuando exista dolo o culpa del autor, sino también cuando se produce un resultado dañoso por caso fortuito. No obstante, BACIGALUPO, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Op. cit., p. 113, sostiene que contradice la vigencia del principio de culpabilidad el mantenimiento de ciertas presunciones de responsabilidad que se fundamentan en “*versari in re illicita*”. Al respecto, considera que: “Para el caso de Guatemala y El Salvador igualmente vulneran el principio de culpabilidad los derechos de El Salvador y Guatemala que limitan la exclusión de la responsabilidad en los supuestos de caso fortuito sólo para aquellos autores que hubieren ejecutado un acto lícito, haciendo responder, por el contrario, también de las consecuencias no culpablemente producidas a los que obren en forma antijurídica”. Y es que, ciertamente, el artículo 22 del Código Penal de Guatemala, prescribe: “No incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente”. Por lo que en efecto, la exclusión de la responsabilidad penal se encuentra sujeta en este supuesto, a la ejecución de un acto lícito, como un viejo resabio del *versari in re illicita*, lo que debe tenerse en cuenta para ser discutido y corregido en una futura reforma legislativa.

El principio de culpabilidad sirve como medio de legitimidad del *ius puniendi*, 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. YACOBUCCI, por su parte, añade que “el derecho penal de nuestro tiempo ubicó al principio de culpabilidad como uno de los pilares de legitimación del *ius puniendi*. Esto es, como una de las reglas de encauzamiento, realización y limitación de la potestad punitiva del Estado”.¹⁰⁸

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 combate al terrorismo al criminalizar la peligrosidad.

El Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, únicamente puede imponer una pena al autor de un delito, cuando su culpabilidad se encuentre aprobada. De tal manera que derivado de la imputación por el injusto penal y la culpabilidad, surge la potestad punitiva en el caso concreto.

4. Incorporación constitucional

El artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, el artículo 14.2 del mismo cuerpo normativo señala que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

108 YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Editorial Abaco. Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 296.

En ese mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículo 8.2 y 11.1, regula lo siguiente: Artículo 8.2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”. Artículo 11.1: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En Guatemala, aunque no se mencione específicamente el vocablo “culpabilidad”, la misma se encuentra protegida por lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Política de la República, que regula: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”; puesto que, cuando se le declara responsable judicialmente, es porque se ha comprobado legalmente su culpabilidad en el hecho que se le imputa y la sentencia se encuentra firme. La Corte de Constitucionalidad¹⁰⁹ ha expresado que el artículo 14 constitucional contempla:

“(…) una presunción *iuris tantum*”, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor.

Como se desprende de lo expuesto, la prueba de culpabilidad es vital en el ejercicio de la potestad punitiva, porque se garantiza a los particulares que se presuma su inocencia y que exclusivamente luego de un procedimiento, cuando se logre demostrar su culpabilidad, se le pueda imponer una pena.

109 Sentencia de 2 de mayo de 2001; expediente 288-00.

VIII

NE BIS IN IDEM

1. Importancia

El principio de *ne bis in idem*, de acuerdo con Cabanellas,¹¹⁰ significa: “no dos veces sobre lo mismo”. Este principio también se constituye como uno de los principios informadores del Derecho Penal que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por el mismo se establece que toda persona tiene el derecho a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos. Como estriba de lo considerado por OSSA, “la estructura jurídica de la prohibición del bis in ídem tiene doble enfoque y un solo fin. [...] De una parte, impide que una persona sea penada dos veces por un mismo hecho y de la otra, precave que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos”.¹¹¹

Como puede atisbarse, por medio de este principio se persigue proteger a las personas al erigirse una prohibición taxativa, con el propósito de que no puedan ser doblemente juzgadas por los mismos hechos¹¹² o condenadas dos o más veces por los mismos aspectos fácticos. Al decir de OSSA, se concreta a prohibir la duplicidad del juzgamiento y, por ende, la doble sanción por un mismo hecho.¹¹³ Agrega este autor, enfáticamente, que “Esa es la dualidad prohibitiva. Ese es el duplo indebido”.¹¹⁴ Teleológicamente, se pretende evitar la imposición a una misma persona de dos o más sanciones por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento,

110 CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª. Edición. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 175.

111 OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª Edición, Legis, Bogotá, Colombia, 2009, p. 285.

112 Desde un punto de vista procesal, MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires, t. 1. 2da. Edición, 1996. p. 368 y ss. expone: “No obstante las diversas palabras utilizadas para definirlo, lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida”.

113 *Ibidem*, p. 283.

114 *Ibidem*, p. 283.

puesto que ello significaría una desproporción injustificable que provocaría una subsiguiente arbitrariedad, debido a la inadecuada relación originada entre el hecho ilícito tipificado en la norma penal y la doble persecución penal o doble sanción impuesta por ese mismo hecho.

Se prioriza la seguridad jurídica, puesto que una persona no puede vivir con la amenaza constante de que en cualquier momento el Estado reabra el juicio fenecido e inicie uno nuevo por los mismos hechos, lo cual violentaría la seguridad jurídica, como se ha expresado, pues no solo se permitiría que el Estado conozca los argumentos y medios probatorios presentados por el sindicado en el primer juicio –lo que le coloca en una posición claramente desventajosa, sino que además de esta situación desigual–, sino que podría ser utilizado como un mecanismo para perseguir a enemigos políticos del régimen de turno o como medio de intimidación o de acoso contra los ciudadanos.

2. Antecedentes

En cuanto a su origen, su antecedente más remoto se encuentra en Grecia. Efectivamente, en el año 355 antes de Cristo, Demóstenes en su primer discurso político pronunciado en persona, conocido como “Discurso contra Leptines”, afirma: “las leyes no permiten que haya dos veces proceso judicial contra las mismas personas por los mismos hechos, ya se trate de un juicio civil, de un proceso por un asunto en litigio ni cualquier otro pleito por el estilo”.¹¹⁵

También se considera el contenido de este principio en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Libro IX, Título II, número 9), donde se expresa: “El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen”. Además, en el Derecho Canónico, se encuentra como un principio de derecho natural, derivado de un comentario realizado por San Jerónimo con relación al profeta Nahum (Nahum 1:9), donde expresa: “*non*

115 DEMÓSTENES. *Discursos Políticos. Discurso contra Leptines*. Gredos, Madrid, España. Traducción: López Eire.1985, p. 147.

iudicabit Deus bis in id ipsum”, es decir, “Porque Dios no juzga dos veces por el mismo pecado”.¹¹⁶

Un antecedente trascendental de esta prohibición está representado por el constitucionalismo estadounidense, pues en los Estados Unidos, como consecuencia de la V Enmienda (1791), se formaliza la figura del *double jeopardy*¹¹⁷ o doble exposición, por la cual se establece: “tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”.¹¹⁸

El *double jeopardy* es uno de los principios fundamentales contemplados en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que protegen los derechos de las personas a quienes se les ha imputado la comisión de uno o más delitos. Los otros tres son: el derecho a la no autoincriminación forzada (*self-incrimination*), el derecho a un gran jurado (*Grand Jury*) y el debido proceso (*due process of law*).

El establecimiento del *double jeopardy* denota, según ANSELMINI, una de las primeras visiones políticas expresadas 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.¹¹⁹

116 Ver para el efecto, VAN BOCKEL, Bastiaan. *The ne bis in ídem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Universiteit Leiden, The Netherlands, 2009, p. 1. “The principle of *ne bis in ídem* 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. The principle has a long history; the earliest known reference to the *ne bis in ídem* principle originates from approximately 355 BC, when Demosthenes reasoned that ‘the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue’. The principle appeared again in Justinian’s *Corpus Juris Civilis*. The ecclesiastical *ne bis in ídem* 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’. It is believed that the protection against double jeopardy, its equivalent in common law, is as old as the common law itself”.

117 El vocablo *double jeopardy* proviene del francés del siglo XVI: *jeu parti*, que significa juego dividido. Prácticamente hace una referencia al peligro en que se encuentra una persona imputada de la comisión de un hecho delictivo.

118 “... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”.

119 ANSELMINI, Valeria. “*Ne bis in ídem*.” La prohibición contra la doble persecución penal. *Anales*, Núm. 43. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. Perú, 2013, pp. 103 y 104.

3. Doble vertiente: sustantiva y procesal

El principio *ne bis in idem* posee una doble connotación: sustantiva o 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 (vertiente material), como la prohibición de que se le someta nuevamente a juicio por el mismo injusto penal (vertiente procesal). 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.

Para que proceda este principio, deben coincidir tres identidades: a) identidad de la persona autora del hecho o procesada (*eadem persona*), b) identidad del objeto de persecución (*eadem res*), y c) identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). El Tribunal Constitucional de España, en sentencia STC 2/2003 de 16 de enero de 2003, sostuvo que:

La garantía material de no ser sometido a “*bis in idem*” sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

De esto se desprende, que la vertiente material del *bis in idem* se encuentra muy relacionada a los principios de tipicidad y legalidad. Es por ese motivo que se considera que el citado principio constituye un derecho subjetivo público y fundamental. 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.

4. Su inclusión en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos

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 con un argumento en contrario, temprano, desde su segunda sentencia, lo ha derivado inicialmente del principio de legalidad.¹²⁰ La interpretación dada por el Tribunal Constitucional es de mucha importancia, pues desde el comienzo buscó reconocerle rango constitucional a este principio, para equipararlo a otros principios informadores del Derecho Penal, que sí se encuentran enunciados expresamente en el texto fundamental.

Además de vincularlo al principio de legalidad y al de tipicidad, 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.¹²¹

120 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.

121 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 no se encuentra regulado expresamente en la ley penal sustantiva.¹²²

El *ne bis in idem* se encuentra regulado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El ámbito de aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en materia de protección de derechos humanos se refiere exclusivamente al ámbito penal.¹²³

En ese aspecto, el principio del *non bis in idem* se encuentra regulado tanto por el artículo 14.7 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como por el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese orden de ideas, el artículo 14.7 del Pacto, prescribe lo siguiente: “7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un delito** por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. (El resaltado no pertenece al texto original)

122 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”.

123 De esta forma lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General Número 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.

Por su parte, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, contempla: “8. Garantías judiciales (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio **por los mismos hechos**”. (El resaltado no pertenece al texto original).

A primera vista, ambos artículos pareciera que son similares en cuanto al ámbito de protección que persiguen; sin embargo, una lectura más detallada permite establecer que el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un delito**, mientras el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio **por los mismos hechos**. Es decir, que la referida Convención no limita la observancia del principio *ne bis in idem* exclusivamente al mismo delito, como sí lo realiza el Pacto citado; contrario a ello, la Convención Americana utiliza un término de mayor amplitud al Pacto, al incluir “los mismos hechos”, lo cual deviene en una mayor protección del procesado, al no limitarlo únicamente a “delitos”, pues en este caso, implica una calificación jurídica previa otorgada a los hechos.

Así, en la sentencia de la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO MOHAMED VS. ARGENTINA**,¹²⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció expresamente en el párrafo 121, que:

121. Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados 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 inculpado o procesado.

124 Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Como se desprende de la lectura anterior, la Corte Interamericana es enfática en cuanto a reconocer la amplitud contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso concreto, la Corte Interamericana estimó que el señor Oscar Alberto Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos y que el Estado de Argentina, no conculcó lo dispuesto por el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed. Efectivamente, en los fundamentos jurídicos 125 y 126 de la sentencia analizada, concluyó lo siguiente:

125. La Corte reitera que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos.

126. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado no violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

Si bien, el principio *ne bis in idem* se encuentra regulado por ambos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, debe aplicarse la que regula una mayor protección de los derechos humanos. En este caso, es la Convención Americana de Derechos Humanos la que cumple con dicho supuesto y, por ende, la que debe ser aplicada, dada su mayor amplitud de protección de los derechos de los procesados y conforme a una interpretación *pro homine*.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos ya había sostenido un criterio similar en el Caso Loayza Tamayo vs Perú,¹²⁵ al considerar en el párrafo 66, que:

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección

125 Caso Loayza Tamayo vs Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, (fondo).

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 de la víctima.

Para concluir, el principio *ne bis in ídem* constituye un principio limitador del ejercicio punitivo del Estado, quien no puede ejercitar ese referido poder dos o más veces en contra de una persona. Al contrario, por este principio el Estado solo cuenta con una oportunidad para hacerlo, encontrándose imposibilitado para ejercerla de nuevo, puesto que este principio se configura como un derecho fundamental de las personas frente al derecho punitivo estatal, quien se encuentra limitado a perseguirlo y a condenarlo por unos hechos que en su oportunidad fueron sancionados penalmente.

IX

RESOCIALIZACIÓN

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.¹²⁶ 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 pedagógico-sociales más evolucionados, surgió a partir de los años 60.¹²⁷

Estos cambios provocaron, de acuerdo con BACIGALUPO, en primer lugar, que 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*.¹²⁸

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 aun cuando se le haya condenado por la comisión de un hecho delictivo y se utilizarán los 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

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

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

128 *Ibid.*

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.

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.¹²⁹ 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.

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.¹³⁰ Sin embargo,

129 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.

130 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 orientarán hacia la reeducación y la reinserción social. A nadie se le escapa que esta es una cuestión importante, pues

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 constitucionales históricos, así como en los de los países más significativos del entorno cultural español.¹³¹

sabiendo el alcance de estos conceptos podremos entender, por una parte, cuándo 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 RODRÍGUEZ DEVESA 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 privativa de libertad, o bien esta expresión permite al mismo tiempo dar entrada a otros fines 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 cuál 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), núm. 13. La Coruña, España, 2009, p. 921.

131 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.

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.

3. Necesidad de la reinserción

Autores como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE¹³² consideran que:

... el postulado resocializador y reeducador del art. 25.2 CE debe entenderse en la dirección de búsqueda de alternativas a la prisión,

132 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Trotta. Madrid, España, 1997, p. 177.

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 delictivas¹³³ o para lograr el perfeccionamiento de las ya adquiridas, lo que redundaría lamentablemente en que se incrementa 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.¹³⁴ MEDINA CUENCA asevera

133 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, núm. 19. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, España, 2007. p. 435. En la nota a pie de página núm. 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 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".

134 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

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.¹³⁵

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 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 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

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.

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

que lo ha llevado a delinquir, al permitir el establecimiento de un sistema socioeconómico injusto.¹³⁶ Así, MUÑOZ CONDE expresa:¹³⁷

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, 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.¹³⁸

136 “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, núm. 27. Temis, Bogotá, Colombia. Enero, febrero, marzo 1985, p. 81.

137 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”. En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7. Universidad Complutense. Madrid, España, 1979, p. 93.

138 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

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:¹³⁹

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) en que 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 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 esta teoría pone

penal actual". En *Revista de Filosofía*, vol. 67. Publicación de la Facultad de Filosofía y Humanidades. Universidad de Chile. Chile, 2011, p. 124.

139 SANZ MULAS, Nieves. "Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión". En *Revista Justicia*, núm. 20, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia, 2011, p. 140.

su acento en el efecto que la reacción estatal debe tener sobre la persona que ha delinquido.¹⁴⁰

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:¹⁴¹

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

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

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

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-retribucionistas 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, pretende 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.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

1. Importancia

El principio de resocialización del recluso se encuentra insoslayablemente unido con 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.¹⁴²

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.¹⁴³

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.¹⁴⁴ 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

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

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

144 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal.* *Op. cit.* p. 132.

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.¹⁴⁵

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 deben 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 inflija 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 privadas de su libertad y 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

145 “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.

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.¹⁴⁶ 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, 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,¹⁴⁷ quien expresó lo siguiente:

146 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.

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

... 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.¹⁴⁸

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 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.¹⁴⁹

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

148 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".

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

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 manteniendo 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, logrando 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 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.¹⁵⁰ En su libro *De los delitos y las penas* lo dejó bien claro, al manifestar:¹⁵¹

... 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

150 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.

151 *Op. cit.* pp. 79 y 80.

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.

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 FEUERBACH, 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 delinquirían 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 de que las normas sean violentadas, las mismas conservan inalterable su vigencia. Se trata de confirmar la confianza en la norma jurídica.¹⁵² 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

152 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*. Ariel, Barcelona, España, 1994, p. 131.

sustentada por LUHMANN (teoría sistemática del Derecho)¹⁵³ 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, 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”.¹⁵⁴

La teoría de la prevención general positiva ha sido considerada como una teoría de la función simbólica del Derecho Penal. Así, BARATTA¹⁵⁵ es de este criterio, al afirmar lo siguiente:

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.

153 HASSEMER manifiesta: “Jakobs construye –influido por la teoría sistémica de Luhmann– 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.

154 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.

155 *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”.

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 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 contraria 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.¹⁵⁶ En todo caso, propugna por desconocer la legitimidad del Estado¹⁵⁷ para la imposición de las penas, debido a que considera que la misma resulta ineficaz para lograr el cumplimiento de sus fines.¹⁵⁸

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. Esta 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. Esta 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

156 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.

157 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.

158 “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.

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.

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.¹⁵⁹

Efectivamente, como lo ha manifestado FERRAJOLI en el párrafo precedente, la pena de muerte resulta aberrante¹⁶⁰ 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

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

160 Para BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL 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".

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 sustitutivistas, según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer.¹⁶¹

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.¹⁶² Esta 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*

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

162 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 delinquentes”. *Bases Constitucionales*. Op. cit. p. 21.

humana.¹⁶³ 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,¹⁶⁴ y lo injusto de su aplicación se evidencia al observarse una posición estatal 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.¹⁶⁵

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 11/1985, 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

163 *Ibíd.*, p. 138.

164 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...”.

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

Fundamentales, que se refiere a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, sin excepción.¹⁶⁶

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.¹⁶⁷ Luego se incluyó en la Constitución de Guatemala de 1825, con el mismo texto, en el artículo 182; en el artículo 157 de las 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 1852.¹⁶⁸

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

166 En la exposición de motivos de la citada ley se establece lo siguiente: “El artículo 15 de la Constitución española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla. Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico”.

167 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”.

168 “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 pena capital por la Ordenanza del Ejército”. Lo curioso de esta “Ley Reglamentaria” es que fue decretada por una Asamblea Nacional Constituyente y por ende con carácter constitucional.

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 esta 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.¹⁶⁹

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 a las mujeres ni a los menores de edad. Por su parte, la Constitución decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de

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

1965, regula la pena de muerte en su artículo 54,¹⁷⁰ 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,¹⁷¹ prescribe expresamente en su artículo 18 que la pena de muerte no podrá imponerse en cinco casos:

- 1) Con fundamento en presunciones;
- 2) A las mujeres;
- 3) A los mayores de sesenta años;¹⁷²
- 4) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos;¹⁷³ y,
- 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.

170 “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 sido 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”.

171 Fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985 e inició su vigencia el 14 de enero de 1986.

172 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.

173 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.

La Corte de Constitucionalidad, en Opinión Consultiva de 22 de septiembre de 1993,¹⁷⁴ expediente 323-93, 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 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, 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 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.

174 En esa misma Opinión Consultiva, la Corte de Constitucionalidad efectúa un estudio comparativo entre la Constitución de 1985, actualmente vigente, con respecto a las tres 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.

Actualmente en Guatemala, a pesar de 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 siete 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 de 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,¹⁷⁵ 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 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.

175 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.

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 a la humanidad que deben tener las 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 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 privativas 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.¹⁷⁶

a. Castración química

Pareciera que en pleno siglo XXI la incorporación legal de las penas corporales resultara inimaginable. Sin embargo, lamentablemente todavía se presentan posiciones antigarantistas, que como resabios de tiempos pretéritos, pretenden que se aprueben leyes penales que incorporen penas corporales, como la 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 de 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.¹⁷⁷

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

177 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

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 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.

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 cometen 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>.

En otros países también se ha presentado la tendencia de querer aplicar la castración química. En Cataluña, España, en el 2009, debido a 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 de 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.¹⁷⁸ No obstante, el programa no ha tenido éxito. En Francia, Nicolás Sarkozy, expresidente de ese país, propuso la utilización de la castración química en los casos de pederastas.¹⁷⁹ En 1996, 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.¹⁸⁰

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 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 no vuelvan a reincidir.

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

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

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

Sin embargo, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos 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 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.

Con la observancia de los principios informadores del Derecho Penal, no se pretende 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, este 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. Este 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 combatir 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-retribucionistas 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. Con la observancia de los principios informadores del Derecho Penal, no se pretende 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 mecanismos legales con plena observancia de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

A) Libros

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos”. *Revista Penal*, núm. 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 in bis in idem. Aproximación conceptual*. Publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Perú, 2008.

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*, núm. 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.

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

_____. *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.

_____. “Filosofía e Ideología de la Teoría de las Penas”. *Derecho y Humanidades*, núm. 16, vol. 1, Chile, 2010.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”. *Revista de Política Criminal*. Vol 4, Núm. 7. Chile, julio de 2009.

- BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. B de F, Argentina, 2004.
- BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1973.
- BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. “Evolución del Concepto de Bien Jurídico en la Dogmática Penal”. *DIKAIOSYNE*, núm. 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*. Heliasta, Argentina, 1993.
- BRUERA, Matilde M. *Derecho Penal y Garantías Individuales*. Juris. Argentina, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Trotta. Madrid, España, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª. Edición. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- 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, núm. 19. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España, 2007.
- COTE-BARCO, Gustavo Emilio. “Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena”. *Vniversitas. ucls*. Núm. 116, Bogotá, Colombia, julio-diciembre de 2008.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1982.
- CRUZ CAMACHO, María Cruz. *Revista Alegatos*, núm. 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.
- DEMÓSTENES. *Discursos Políticos. Discurso contra Leptines*. Credos, Madrid, España. Traducción: López Eire, 1985.
- DÍEZ 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, núm. 27. 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. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2006.
- 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.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta. Madrid, España, 1995.
- _____. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2000.
- _____. *Razones Jurídicas del Pacifismo*. Trotta, Madrid, España, 2004.
- 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 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*, núm. 24, Universidad Autónoma de México, México, enero-junio 2011.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas Ediciones SL. Madrid, España, 1981.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México DF. 1994.
- HASSEMER, Wilfried. “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.

- _____. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45. Ministerio de Justicia. Madrid, España, 1992.
- HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción a la Economía y al Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1989.
- HURTADO AGUILAR, Hernán. *Derecho Penal Compendiado. Comentarios a la Parte General del Código Penal*. Landívar. Segunda Edición. Guatemala, 1984.
- 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.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Universitat, Madrid, España, 1996.
- MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires, t. 1, 2ª. edición, 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. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel, Madrid, España, 2011.
- _____. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel, Barcelona, España, 1994.
- _____. “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, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2009.
- _____. “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.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998.
- _____. *Introducción al Derecho Penal*. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- _____. “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”. En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7. Universidad Complutense. Madrid, España, 1979.
- 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.
- Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2ª edición, Legis, Bogotá, Colombia, 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.
- 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.
- _____. “El retorno del Derecho Penal al estado de la naturaleza”. *Revista Viento Sur*. Número 83. Madrid, España, Noviembre 2005.

_____. “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.

_____. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. CPC. Madrid, España, 1989.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 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.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “El principio de legalidad y arbitrio judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1. Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Civitas, Madrid, España.

RUANO GODOY, Edgar Orlando. “Ámbito de Aplicabilidad Procesal de los niveles de Valoración del Hecho Punible”. En *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. Guatemala. 2002.

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

- SANZ MULAS, Nieves. “Sistema de Sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión”. En *Revista Justicia*, núm. 20, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia, 2011.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. “Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la Jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993. España, Universidad de Extremadura.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo I. 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.
- 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.
- YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Abaco. Buenos Aires, Argentina, 2002.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 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 Interdisciplinaria Internacional), núm. 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://criminet.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



Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Editorial Serviprensa, S.A. en el mes de junio de 2015. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

Asesoría:

Coadyuvar con los catedráticos y estudiantes en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Particularmente, apoyar la elaboración de tesis, orientando el desarrollo de la investigación para que la misma constituya un aporte a la ciencia y cultura jurídico-social del país.

Consultoría:

Proporcionar apoyo técnico a personas y entidades que lo requieran o lo necesiten, sobre asuntos jurídicos y sociales, aplicando las experiencias obtenidas en las investigaciones.

Difusión:

Compartir con todos los sectores de la sociedad las investigaciones realizadas, con el objeto de participar activamente en la creación de una bibliografía que analice y aporte soluciones a los actuales problemas jurídicos y sociales.

Instituto de Investigaciones
Jurídicas –IIJ–
Universidad Rafael Landívar
Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16
Edificio “O”, 2º. Nivel, O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad
de Guatemala, Guatemala
01016.
Tel.: (502) 2426-2626;
Ext. 2551.
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

En su investigación, el autor desarrolla los principios informadores del Derecho Penal en relación con su fundamento doctrinario, normativo y jurisprudencial. En especial, se enfoca en la relación que existe entre dichos principios y los derechos fundamentales protegidos en la Constitución. La investigación está dividida en diez partes o segmentos. En el primero de ellos se analiza la necesidad e importancia de establecer límites a la facultad sancionadora del Estado. En los siguientes se desarrolla cada uno de los principios abordados por el autor. Se le da cierto énfasis al principio de humanidad de las penas, especialmente en relación con la abolición de la pena de muerte y las penas corporales.

Edgar Orlando Ruano Godoy es estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar, 2010; Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2002; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1993. Del 2007 al 2009 Fiscal de Sección de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal; del 2009 al 2012 Magistrado de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; del 2012 al 2014 Magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y de Conflictos de Jurisdicción. Actualmente se desempeña como Letrado de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Autor de artículos de revistas y colaboraciones en obras colectivas publicadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (2002), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (2003), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar (2013-2015), Organismo Judicial (2013), Instituto de Magistrados de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial (2014) y Corte de Constitucionalidad (2015).



Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar
IJ/URL

Cuaderno de estudio número 134
Guatemala, 2015

