

ENSAYO SOBRE LA ACCIÓN LEGISLATIVA Y EL DERECHO PENAL

ESSAY ON LEGISLATIVE ACTION AND CRIMINAL LAW

¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas.

César Bonesano, Marqués de Beccaria.
Tratado de Los Delitos y de las Penas (1764)

Manuel Vidaurri Aréchiga¹

RESUMEN: El ensayo presenta una perspectiva descriptiva de los aspectos más significativos que deben considerarse en la acción legislativa y el Derecho penal. Se pone atención en la importancia de la ciencia penal, a través de las disciplinas que la integran, y como del conocimiento derivado de sus aportaciones el legislador puede configurar la norma jurídica, con base en criterios de racionalidad técnica.

ABSTRACT: The essay presents a descriptive perspective of the most significant aspects that must be considered in legislative action regarding criminal law. Attention is paid to the importance of criminal science, through the disciplines that comprise it, and as the knowledge derived from its contributions the legislator can configure the legal norm, based on criteria of technical rationality.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, ciencia, criminología política criminal.

KEY WORDS: Criminal law, science, criminal political criminology.

SUMARIO: Introducción; I. Algo sobre la ciencia penal, 1.1 dogmática jurídica penal, 1.2 la criminología, 1.3 la política criminal; II. Fundamento funcional y político del Derecho penal, 2.1 fundamento funcional, 2.2 fundamento político; III. ¿Qué se entiende por bien jurídico?; IV. Orientaciones derivadas de algunos principios limitadores del *ius puniendi*, 4.1 exclusiva protección de bienes jurídicos, 4.2 intervención mínima y carácter fragmentario, 4.3 efectividad y eficacia, 4.4 de proporcionalidad, 4.5 de culpabilidad, 4.6 de humanidad de las penas y dignidad de la persona humana; V. El poder de legislar: dos reflexiones básicas, 5.1 acerca del legislador responsable, 5.2 el discurso legislativo; Conclusión; Bibliografía.

¹ Universidad De La Salle Bajío. Sistema Nacional de Investigadores.

INTRODUCCIÓN

Se abordan en este ensayo algunas ideas y reflexiones en torno a la labor legislativa relacionada con el Derecho penal. El punto de partida consiste en sostener que una actividad de tan elevada significación social como la de crear las normas jurídicas penales entraña, no sólo el ejercicio del poder punitivo estatal *per se*, sino que también el reconocimiento de una serie de principios que controlan la facultad sancionadora del Estado.

Para desarrollar esta compleja tarea, el legislador debe conciliar los intereses y preocupaciones sociales con las exigencias sistemáticas que caracterizan al Derecho penal de signo garantista. Notoriamente, el reto conciliatorio no parece de fácil acometida, sobre todo si se tiene en consideración la legítima exigencia social de mayor seguridad y de acciones eficaces frente al delito, exigencia que, por otra parte, en muchas ocasiones se inclina por el establecimiento de medidas radicales contra la delincuencia. Al reclamo social sobreviene la intervención legislativa, traducida en la creación de nuevos tipos penales o en el incremento de sanciones para los ya existentes. De suyo, la respuesta del órgano legiferante al fenómeno delictivo es algo que no sólo se desea oportuna, sino que también se confía en su pertinencia técnica.

Una estructura mayoritariamente aceptada por la doctrina juspenalista, identifica como ejes vertebrales de la ciencia penal los representados por la Dogmática penal, la Criminología y la Política criminal. El *saber normativo*, contenido en la dogmática penal, implica la construcción, interpretación, sistematización y crítica de la norma penal. Por su parte, toca a la Criminología (*saber empírico*) ofrecer las explicaciones o análisis de la realidad concreta donde se manifiesta el fenómeno delictivo que motiva la utilización del Derecho penal u otra medida legislativa o preventiva específica, y corresponde a la Política criminal, entendida como acción gubernamental, decidir el tipo de respuesta (legislativa, asistencial, educativa, etc.) más adecuada al problema detectado.

Los ejes disciplinares mencionados, auténticos soportes técnicos de la ciencia jurídico-penal, no podrían cumplir cabalmente su cometido si no fuera por la influencia y complementariedad que sobre los mismos tienen los Derechos Humanos. De tal modo que, en definitiva, se impone la integración de los diversos instrumentos de Derechos Humanos en la medida que aportan un elemento insustituible en los asuntos criminales: la noción de dignidad humana. Tal sería el marco conceptual que circunscribe la labor legislativa jurídico-penal.

Si alguna utilidad puede tener este ensayo, será la de poner de relieve el significado que tiene para la configuración de la norma penal la asunción de los elementos científicos o doctrinales derivados de los ejes mencionados antes, así como las prescripciones vinculantes de los ya referidos instrumentos de Derechos Humanos.

El objetivo principal del presente ensayo de investigación es el de ofrecer a las y los legisladores una opinión que fortalezca su quehacer como representantes sociales, especialmente en su vertiente de creadores de instrumentos legales.

I. ALGO SOBRE LA CIENCIA PENAL

Vale decir que es prácticamente generalizado el reconocimiento doctrinal acerca de la existencia de una ciencia de lo jurídico penal, compuesta de tres disciplinas concurrentes: la Dogmática penal, la Criminología y la Política criminal. A cada una de estas disciplinas les compete el estudio de un objeto preciso de estudio, el que se realiza siguiendo las metodologías que les son mas apropiadas.

Por lo que respecta a la ciencia penal, el objeto de estudio será el orden jurídico en su conjunto y, en particular, aquél referido a la cuestión penal. El método seguido por las disciplinas integradoras de la ciencia penal se ajustan a cada uno de éstas. Así, el estudio analítico de las normas jurídico-penales se realiza a partir de la utilización del método dogmático (o técnico jurídico); la Criminología se vale del método empírico e interdisciplinario y la Política criminal, al constituir un *saber vinculante*, ubicado entre la dogmática penal y la Criminología, adopta un método interdisciplinario.

1.1 Dogmática jurídico penal

Se dijo antes que el método adecuado para conocer el contenido del Derecho penal es la dogmática penal. Sirve para interpretar el sentido y teleología de las normas, así como para vincularles sistemáticamente con otras normas penales o de otro tipo; también sirve para realizar un ejercicio de revisión crítica de los alcances y deficiencias que, eventualmente, tengan las normas de cara al cumplimiento de sus funciones. En términos generales, la dogmática penal -ciencia penal en sentido estricto- se ocupa del Derecho positivo vigente. En este empeño, la dogmática muestra cuatro fases o dimensiones destacables, a saber: creación, interpretación, sistematización y crítica.

La fase de **interpretación** de las normas es la actividad intelectual de la que deriva la comprensión de aquello que el legislador ha querido regular. Los criterios gramatical, histórico, sistemático y teleológico son los usados por los juristas para desentrañar el sentido de la norma, aunque no serían los únicos pues cabe mencionar también los criterios interpretativos que surgen de la actividad jurisdiccional y de la realizada por los académicos -denominada doctrinal-, pero sobre todo la que surge del sentido que el propio legislador asignó a la norma, la conocida como interpretación auténtica. Esta última es de especial interés en el presente ensayo, puesto que implica que el autor de la norma debe cuidar celosamente las palabras utilizadas, más si es que las mismas poseen alguna connotación técnico-jurídica.

Por lo que respecta a la **sistematización**, como fase del quehacer de la dogmática penal, esta indica que se requiere la adopción de un sistema de estudio del Derecho penal. En este caso, el sistema debe entenderse como un medio y no como un fin en sí mismo. Naturalmente, el sistema debe tener en cuenta las necesidades reales, así como los fines perseguidos por el colectivo social, para no convertirse en un ejercicio de erudición soberbio e inútil. Otro aspecto de singular importancia en este rubro consiste en lograr un equilibrio entre el pensamiento sistema y el pensamiento problema (uno ve al devenir estructural y funcional del propio sistema, y el otro atiende más a la búsqueda de soluciones a los problemas concretos). El espacio académico es proclive a la revisión analítica de las sistemáticas, siendo de tales discusiones de donde surgen nuevos paradigmas que luego, en virtud de su congruencia lógica, son aprovechadas e instrumentalizadas por el legislador.

Un antídoto al inmovilismo científico radica en la actitud **crítica**. Esta dimensión propicia el desarrollo de la disciplina penal. La crítica jurídica es la que se proyecta sobre el principal producto legislativo: la norma jurídica; se realiza fundamentalmente para verificar, por ejemplo, su eficacia, claridad, cuidado técnico en su elaboración, congruencia intra y extrasistemática con el orden jurídico en su conjunto. Es posible hablar también de una crítica de la decisión político criminal de la que la norma jurídica es portadora y cuyo propósito consiste en hacer efectivos objetivos puntuales del Estado en relación con el fenómeno criminal.

1.2 La Criminología

La Criminología representa la sabiduría empírica e interdisciplinaria sobre la cuestión criminal. El dato criminológico posee como características distintivas las de su fiabilidad, verificabilidad y posibilidad de contrastación, atributos propios del conocimiento científico, todo lo cual le permite determinar las principales causas o factores determinantes del fenómeno criminal. Dentro de las muchas funciones que cumple, la de cuestionar la eficacia de las medidas penales adoptadas, por mencionar solo una, le caracterizan como **la conciencia crítica del sistema penal**, lo que se refrenda cuando revisa el funcionamiento de las instituciones que lo conforman y la pertinencia y efectividad del instrumental legislativo utilizado.

Las indagaciones que realiza sobre el crimen, el sujeto delincuente, la víctima y los mecanismos de control social formales e informales utilizados, constituyen parte de su fortaleza disciplinar, situándole en la inmejorable plataforma desde la que se formulan explicaciones y medidas estratégicas de prevención del delito y de la conducta antisocial. Los resultados de la investigación criminológica constituyen, pues, la mejor evidencia empírica que fundamenta el diseño e implementación de la Política criminal.

1.3 La Política criminal

Se la entiende como parte de la política social del Estado. Son las medidas o acciones que la autoridad gubernamental realiza para cumplir con los objetivos que le son inherentes. Aplicada al problema delictivo, se manifiesta a través de las decisiones legislativas mediante las cuales son creados nuevos tipos penales y se ajustan las sanciones preexistentes. Hablar de política criminal es hablar de la orientación seguida por el sistema penal, así como de sus objetivos concretos y la forma en las que se busca alcanzarlos. En buena medida, el legislador penal es responsable del contenido y orientación de las líneas de acción político-criminales adoptadas por el Estado.

El uso del Derecho penal es una forma de contribuir en la definición de la línea de control social por la que transitarán las instancias estatales. Al punto, es deseable que la política criminal sustente sus contenidos y derroteros en las aportaciones criminológicas, convirtiéndose de este modo en una política criminal basada en evidencias.

Recapitulando sobre lo anotado antes, es notoria la relación existente entre Dogmática penal, Criminología y Política criminal. Les vincula indiscutiblemente el interés manifiesto de luchar contra la criminalidad, aunque cabe decir que las formas en las que participan en tal objetivo asumen diferentes perspectivas y se valen de herramientas diferentes. Que la Política criminal sea considerada como una teoría de la legislación y que la Dogmática penal sea directamente asociada a la tarea jurisdiccional, es un hecho que demuestra nítidamente la especial forma en la que ambas disciplinas se integran para articular su discurso en torno al delito, discurso al que habría que adicionar la impronta empírica de la Criminología de la que surgen los insumos realistas e insoslayables de la decisión político criminal.

La creación legislativa en materia penal no puede mantenerse al margen de las aportaciones y alcances que emergen de cada una de las disciplinas de la ciencia penal, al modo de configurar los elementos conceptuales y técnicos del discurso o argumento legislativo. La Criminología aporta información valiosa acerca de las conductas antisociales que luego, por intervención del legislador, pueden adquirir una connotación jurídica (como tipo penal con consecuencias), mediando para esto la decisión político-criminal, expresión técnica de una exigente ponderación legislativa.

II. FUNDAMENTO FUNCIONAL Y POLÍTICO DEL DERECHO PENAL

Un ejercicio reflexivo sobre la actividad legislativa no puede ignorar el fundamento funcional y político sobre el Derecho penal. Se presenta enseguida una más que breve recensión sobre tales puntos.

2.1 Fundamento funcional

Se tiene asumido que el fundamento del Derecho penal radica en la protección de bienes jurídicos. Propio del Derecho penal es la protección de la sociedad; protección que se logra cuando se protegen los más importantes intereses sociales de ataques o vulneraciones injustificadas. Una característica evidente de la convivencia social es la de su permanente estado de conflicto. No existen sociedades sin delito, tal parece que es consustancial a su devenir cotidiano. Por lo tanto, suponer la existencia de una sociedad compuesta por seres respetuosos de las normas sociales y jurídicas que, en todo momento, y bajo cualquier

circunstancia, ajustan sus comportamientos a las indicaciones normativas, no deja de ser más que un utópico anhelo.

Tampoco es lógico asumir que el individuo puede vivir aisladamente, pues es la convivencia la que le permite lograr determinados fines, además de satisfacer sus más elementales necesidades. La regulación de la vida comunitaria depende pues, en buena medida, de la observancia de la norma jurídica, aunque no solamente. Tanto o más que las jurídicas, las normas sociales contribuyen igualmente a controlar aquellos impulsos humanos que, de una u otra manera, lesionan intereses generales o individuales.

En cualquier caso, la protección de bienes jurídicos se obtiene mediante el uso de penas y medidas de seguridad, orientadas a la prevención general y especial de delitos.

2.2 Fundamento político

Bajo este epígrafe se quiere dar respuesta a la interrogante que se formula acerca del porqué el Estado puede valerse del Derecho penal. Es frecuente en la doctrina escuchar la aseveración, cierta por lo demás, de que a cada forma de Estado le corresponde una expresión del Derecho penal. En este sentido, queda claro que un Estado autoritario el Derecho cumple una función de mero control y dominación que se extiende en todos los ámbitos de la vida social (político, social, económico, cultural, religioso, etc.). En el modelo de Estado no democrático, el Derecho es un enérgico instrumento de represión. Cosa diferente sucede bajo el modelo de Estado democrático, donde el Derecho penal se adhiere al marco rector de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, lo que en cierto modo equivale a decir que respeta la dignidad humana y procura cumplir el catálogo de principios garantistas que velan, tanto por los derechos de la víctima, como por los del autor de los hechos delictivos.

Sostener que el Derecho penal cumple una función social remite directamente al reconocimiento de la responsabilidad que con la sociedad tiene Estado, ente al que toca asegurar la prevalencia, respeto y garantía de los intereses más preciados de la comunidad, esos que luego de ser evaluados por el legislador alcanzan el rango de bienes jurídicos. Que tales bienes jurídicos sean protegidos por el Derecho penal significa, en definitiva, que se trata de intereses de suprema trascendencia para el colectivo.

Esta doble vertiente fundamentadora del Derecho penal sirve al efecto de entender mejor que, por un lado, su función inmediata consiste en proteger bienes jurídicos y, de otro lado, que esta protección no puede hacerse sin respetar una serie de principios limitadores

del poder penal estatal. Se impone, pues, ocuparse de dilucidar lo que se entiende por bien jurídico y cuales son y en qué consisten esos pregonados límites o principios que domestican el *ius puniendi*.

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR BIEN JURÍDICO?

A través del Derecho penal el Estado tiene el deber y obligación de cumplir con una trascendente función social: proteger bienes jurídicos. Esta función es el resultado de la acción legislativa mediante la cual se producen las tipificaciones penales que consignan determinados supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. Es pertinente recordar que el de bien jurídico es uno de los conceptos más discutidos en la teoría penal, debate que escapa al espacio disponible en este texto.

Sin embargo, no sobra adelantar una definición de bien jurídico, que puede entenderse como aquel interés humano que reclama especial protección. Naturalmente, estos intereses humanos deben ser de tal magnitud o trascendencia que, por lo mismo, deben ser garantizados y protegidos por el Derecho penal. En este punto es pertinente indicar que el legislador no crea nuevos bienes jurídicos, puesto que lo que realmente hace es reconocer y valorar ciertas categorías ya existentes y que necesitan protección frente a eventuales ataques.

Cuando el legislador se propone tipificar alguna conducta no puede ignorar las funciones que cumple el concepto de bien jurídico. Esta noción constituye el núcleo duro de la norma jurídica, es decir, el interés ponderado al mayor nivel de protección, al modo de una destacada función **axiológica** que le relaciona directamente con la esencia valorativa del Derecho. A la anterior se suma la función de tipo **sistemática**, que considera la relevancia concreta del bien jurídico permitiéndole al legislador generar una clasificación de los tipos penales, su gravedad y la más adecuada consecuencia jurídica.

Otras funciones indiscutibles son la **dogmática** y la **limitadora del *ius puniendi***. Por lo que respecta a la primera, dígame que es a partir de su afectación o puesta en peligro que puede apreciarse la antijuridicidad material: toda acción humana, siendo típica, va referida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Y como límite de *ius puniendi*, debe entenderse como mandato dirigido al legislador, para que en su función creadora de normas se asegure que éstas protegen, efectivamente, bienes jurídicos y no otra clase de intereses.

IV. ORIENTACIONES DERIVADAS DE ALGUNOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

Una acción legislativa orientada por la ciencia penal no descuida la consideración de las prescripciones que, a modo de principios, contribuyen en la generación de la norma jurídico penal. La mera enunciación de algunos principios en estas páginas reviste un objetivo conmemorativo. Tienen una función de reconducción del papel del Estado en el marco del Estado democrático, impidiendo que se convierta en instrumento para la defensa o promoción de una ideología política o una concepción moral específica. La idea que anida en el seno de las sociedades contemporáneas de cuño democrático se sustenta en la noción del pluralismo y, con esto, cobran especial significado y alcance la tolerancia y la dignidad de la persona humana, auténticos valores estructurales de la democracia. Impiden, del mismo modo, excesos o usos indebidos de la norma penal.

Siendo numerosos y con alcances diversos, en este documento solo pueden ser comentados algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*, elegidos en atención a la incidencia directa que pueden tener en la acción legislativa. Estos principios son:

4.1 Exclusiva protección de bienes jurídicos

Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir ante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, no estando facultado el legislador para establecer sanciones por la ejecución de conductas que, aunque inmorales, realmente no afecten bienes jurídicos. Por lo demás, un fundamento funcional de este principio se sustenta en el principio de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, de lo que se sigue la comprobada ineficacia y desproporcionalidad de una respuesta tan intensa como la que ésta representa ante conductas que no ataquen bienes jurídicos.

Recordando al penalista alemán M. E. Mayer, el bien jurídico exhibe tres cualidades de especial trascendencia, y que son las de **merecer**, **necesitar** y **ser capaz de protección**, tales cualidades deben ser reconocidas inexcusablemente por el legislador en su quehacer. Al hablarse de ser **merecedor de protección** esto depende del valor atribuido a ese bien por una determinada cultura. Por su parte, la **necesidad de protección** dependerá del fracaso o insuficiencia de protección del bien jurídico de parte de otras ramas jurídicas. Y al tratarse de la **capacidad de protección** tal aspecto radica en el hecho de que no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección son igualmente capaces o idóneos para

esa protección. En cualquier caso, téngase en cuenta que la misión del Estado consiste en asegurar la prevalencia del orden externo y no tutelar moralmente a los integrantes del colectivo social.

4.2 Intervención mínima y carácter fragmentario.

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el **principio de intervención mínima**, lo que quiere decir que el Derecho penal sólo debe utilizarse en aquellos los casos que signifiquen ataques realmente graves a los bienes jurídicos más importantes; las lesiones menos intensas o más leves del orden jurídico pueden ser objeto de atención y protección de otras ramas del Derecho (civil o administrativo, por ejemplo). Una consecuencia de este principio es la que asigna al Derecho penal un carácter subsidiario respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico de modo que, si bien cumple la función eminentemente protectora de bienes jurídicos, también es cierto que esa función le corresponde sólo en una parte, ciertamente la última, entendiendo que su intervención se hace indispensable cuando han fracasado las demás barreras protectoras del bien jurídico pertenecientes a otras ramas del Derecho.

Se admite por nuestra parte que el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni penar toda acción u omisión que los vulnere gravemente, y de esta manera se afirma el carácter **fragmentario** del Derecho penal, con lo que se quiere decir que de todas las acciones prohibidas por el ordenamiento jurídico general, el Derecho penal se ocupa única y exclusivamente de una parte, es decir, de un **fragmento**, constituido por conductas que revisten una importancia y afectación mayor.

En las legislaciones penales contemporáneas se evidencia la asunción del carácter fragmentario, lo que se nota en tres aspectos concretos: *i)* al defender el bien jurídico frente a los ataques graves (poniendo especial atención en los delitos dolosos, y en algunos casos excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos supuestos, etc.; *ii)* tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y *iii)* dejando fuera de su consideración acciones sin relevancia jurídica.

Por otra parte, al hacer referencia a la característica deseada de un Derecho penal de *última ratio*, se hace al mismo tiempo una conexión con el ya comentado carácter subsidiario y fragmentario. Es correcto sostener que el Derecho penal debe ser el último recurso al que debe acudir el Estado para cumplir con su función protectora de intereses

sociales, lo que debe asegurarse por todos los medios posibles. No obstante, la doctrina garantista recomienda que antes de acudir al Derecho penal, sean utilizados los medios menos lesivos de que disponga.

En la lógica de una intervención estatal progresiva se sugiere, en primer término, la utilización de medidas desprovistas del carácter de sanción y en su lugar valerse medidas de política social. Si las anteriores acciones no resultan suficientes, podrían aplicarse sanciones no penales, como las derivadas del Derecho civil o del administrativo; y, por último, si las mencionadas medidas no funcionan, el uso del instrumental jurídico penal se justifica plenamente.

4.3 Efectividad y eficacia

Implica la comprensión por parte del legislador de que el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea, aparte de eficaz, adecuado para la prevención del delito. Lo señalado conduce a sostener que su uso debe evitarse cuando sea inoperante, ineficaz o contraproducente desde el punto de vista político-criminal. Téngase en cuenta que la característica negativa de inoperancia, ineficacia o inconveniencia del Derecho penal puede aportarla la investigación criminológica, aparte de la reflexión y análisis desde la dogmática penal. Si fuera el caso, el legislador penal cuenta con la posibilidad de utilizar otras medidas jurídicas, diversas a las penales, que pueden resultar más adecuadas ante el delito.

4.4 De proporcionalidad

Con base en este principio se limita también al *ius puniendi*. Según este principio, la intensidad de una sanción penal debe expresar una relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho antijurídico perpetrado. Es lógico decir que si un hecho denota poca gravedad no puede castigarse del mismo modo que otro que sea expresivo de algo más grave, en medio de este se advierte un ejercicio valorativo.

Es interesante la doble proyección de este principio: en un sentido, hacia el legislador a quien toca definir las penas o medidas de seguridad, cuya intensidad deberá resultar proporcional con la gravedad del ilícito cometido; por otro lado, se proyecta sobre la actividad jurisdiccional, desde la cual habrán de imponerse las consecuencias jurídicas que

correspondan, por su gravedad, al delito cometido. La acción legislativa de base democrática tiene claro que no hay pena más efectiva que la pena justa y proporcionada.

4.5 De culpabilidad

La categoría conceptual de culpabilidad alude al conjunto de presupuestos indispensables para atribuir a alguien el hecho típico y antijurídico cometido y sirve para fundamentar la imposición de la consecuencia jurídica indicada. Hablar de la culpabilidad significa responsabilidad subjetiva que se contrapone con el de inocencia. No obstante, la referencia al **principio de culpabilidad** tiene que ver directamente con una de las principales categorías dogmática del Derecho penal contemporáneo y las funciones que cumple desde la perspectiva político criminal.

¿Para qué sirve este principio? Pues no son pocas sus aportaciones al trabajo legislativo, por ejemplo: impide castigar a alguien por un hecho ajeno; indica que sólo es posible sancionar al responsable por el hecho realizado y no por lo que es el autor del hecho; desautoriza que al autor de un hecho antijurídico que no posea condiciones psíquicas suficientes -los inimputables por causa de enfermedad mental o trastorno mental transitorio o menores de edad, por ejemplo- se les aplique una pena; también sirve para que, en definitiva, la pena guarde proporcionalidad con el grado de culpabilidad del autor del ilícito. No olvidar, por último, que este principio se encadena con el de presunción de inocencia, lo que no es poca cosa.

4.6 De humanidad de las penas y dignidad de la persona

Es uno de los principios que distinguen a los actuales Estados democráticos de Derecho que, aparte de prohibir el establecimiento y la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes por su absoluta incompatibilidad con la noción de dignidad de las personas, busca además compatibilizar esta dignidad con una de las finalidades perseguidas por la pena: la reinserción social.

V. EL PODER DE LEGISLAR: DOS REFLEXIONES BÁSICAS

5. 1 Acerca del legislador responsable

Se asume en este documento la existencia de un legislador ideal, es decir, aquél que se muestra consciente de la trascendencia de sus decisiones, las mismas que son portadoras de restricciones a las libertades de los individuos y que, por medio de la sanción penal, se traducen en limitaciones a derechos y libertades, según la nocividad de la conducta y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Suponemos, también desde la perspectiva ajustada a la idoneidad, que quien legisla cuida de no hacerlo partiendo de prejuicios o bajo la influencia de los medios de comunicación y, menos aun, sometido a consignas o instrucciones políticas, expresivas de intereses egoístas.

El responsable del acto legislativo es -debe ser- el auténtico representante e intérprete de las necesidades sociales. En tal caso, confiamos en que el legislador penal conoce y observa los enunciados teóricos que la ciencia penal ha configurado y sistematizado, y opera desde la plataforma que le ofrece la política criminal respetuosa de la dignidad de la persona. Quien legisla en la materia penal es consciente que sus determinaciones expresan una determinada línea político criminal, cuya materialización se concreta en el momento de su aplicación jurisdiccional.

Enfáticamente, debe sostenerse que los límites al *ius puniendi* no deben ser contemplados como obstáculos a la labor legislativa pues son, por el contrario, valiosas herramientas correctivas y de control frente a los probables excesos o desvíos en los que pudiera incurrirse. En cierto modo, referirse a estos principios equivale a pronunciarse por la necesaria legitimidad del Derecho penal que es, al mismo tiempo, la del propio Estado.

5.2 El discurso legislativo

Podrá resultar reiterativo, pero creemos que la legitimación del Derecho penal deriva del modelo fijado en la Constitución y en los instrumentos internacionales adoptados constitucionalmente. Sin duda alguna, el discurso legislativo -sobre todo en materia jurídico penal- versa sobre la dignidad, libertad, tolerancia y la solidaridad humana. Igual que se hace cargo de las necesidades de protección del individuo frente a ataques indeseados o ilegítimos de que sea objeto, emitiendo un poderoso mensaje en favor de los derechos, facultades y prerrogativas del ciudadano.

Claramente, el discurso punitivo del legislador es una expresión del discurso político en materia de criminalidad. En su formulación legal, la propuesta discursiva busca enfrentar una compleja y problemática realidad social, traducida en comportamientos delictivos de

variada gravedad. Esto no justifica, sin embargo, que su planteamiento deba construirse a partir de ocurrencias o desplantes autoritarios (irracionales) sino que, por el contrario, deberá surgir de una meticulosa articulación entre los componentes teórico-políticos que se desprenden de los tan mencionados principios informadores del poder penal, así como de los planteamientos derivados de la doctrina científica en la materia.

Compaginar los reclamos sociales frente al clima de inseguridad y violencia que se experimenta en el momento actual, implica poner en práctica una serie de medidas y acciones que no pueden menos que ajustarse a las prescripciones constitucionales y a las contenidas en tratados y convenciones de los que nuestro país sea parte. El suyo pues, es un discurso legal, aunque no solamente, pues también deberá ser un discurso técnico, tributario de las más consistentes aportaciones de la actividad científica.

Al necesario análisis de los detalles dogmáticos inherentes a la norma jurídica en construcción, el discurso legislativo podría enriquecerse aún más con la integración de conocimientos criminológicos que aportaran la evidencia empírica indispensable para tomar la decisión mas adecuada, esto es, para definir con precisión la política criminal a seguir.

CONCLUSIONES

Las ideas expuestas en este texto **a modo de ensayo** pretenden abonar conceptualmente a la actividad legisladora. En su redacción se ha tenido en cuenta que la tarea creativa del orden legal involucra conocimiento técnico, compromiso social y sentido de la oportunidad y pertinencia. La creación de la ley es una actividad dinámica que se compone de tres fases (prelegislativa, legislativa y postlegislativa) que se vinculan entre sí, cada una a cuál más de importantes. La racionalidad de las leyes depende, pues, en buena medida de la atención brindada a la necesidad sentida, la respuesta ofrecida y el seguimiento oportuno dado a la norma concebida.

En la **fase prelegislativa**, el conocimiento criminológico juega un rol destacado. Su capacidad de analizar una realidad determinada, generar explicaciones y sugerir acciones concretas, convierten a la Criminología en una disciplina imprescindible. La **fase legislativa**, que es la creadora de la norma propiamente dicha, se caracteriza por su inmersión en el debate político, que es -debería serlo- el debate por la racionalidad, que a su vez debería ser también el escenario para la racionalidad técnico-política, y, finalmente, la **fase postlegislativa**, portadora de los mecanismos de evaluación de los resultados conseguidos.

Al momento actual, se reconoce a los órganos legislativos (el del Estado de Guanajuato, entre otros) una tendencia convenientemente adoptada hacia la adopción de un modelo legislativo enmarcado en las perspectivas *ex ante* y *ex post*, donde lo primero refiere la verificación de un concienzudo análisis previo de la situación requerida de intervención legislativa, y lo segundo apunta a la evaluación de los resultados alcanzados y, en su caso, la realización de los ajustes normativos indispensables. Verificar la eficacia de las leyes es una actividad que denota el firme interés por dotar al ciudadano de las leyes que, en efecto, cumplan con el objetivo para el que fueron promulgadas. El impacto positivo de una norma jurídica consiste en la verificación de que, en efecto, la regulación creada resultó óptima respecto del fenómeno que le dio origen.

La racionalidad legislativa depende, claramente, de que en la formación de la ley se consideren las aportaciones de las disciplinas que conforman la moderna ciencia penal, de las que ya se ha dicho algo en este opúsculo. Pero, además, la racionalidad implicaría reconocimiento a la dignidad de la persona humana, como punto de partida, a lo que habría de agregarse la adjudicación de una finalidad realista de la pena y la definición precisa del bien jurídico requerido de protección.

Del mismo modo, para poder afirmar la racionalidad de la legislación se impone confirmar que la respuesta penal no obedece a demandas minoritarias, cuya fortaleza radica en el ejercicio abusivo del poder político. Se trata, al fin, de que la legislación penal represente los intereses mayoritarios, y que al sancionar una determinada conducta lo sea porque la misma lesiona seriamente la convivencia social. Derecho penal de *última ratio* significa, pues, que otras opciones jurídicas han sido descalificadas en virtud de que su aplicación no resulta idónea.

Apostar por una racionalidad penal tiene que ver, en definitiva, con la decisión político-criminal de utilizar el Derecho penal solo para aquellos casos que por su gravedad e incidencia así lo requieren. El principio de mínima intervención promueve el uso racional (limitado) del Derecho penal, en virtud de que su existencia y eficacia ocupa un lugar secundario o subsidiario, que aparece cuando otras expresiones de la ciencia jurídica no han podido regular el problema específico. No cabe el uso (o abuso) del Derecho penal pues no sirve para todo ni puede resolverlo todo.

Finalmente, decir que la racionalidad de la ley penal deviene directamente de la impronta que impone a sus creadores la consideración de las disposiciones vinculantes de los instrumentos de Derechos Humanos, cuyo respeto, garantía, promoción y defensa son responsabilidad de la autoridad, y por supuesto, eje rector de la actividad legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo, BALCARCE, Fabián, y CESANO, José, Metodología de las ciencias penales, Buenos Aires, Editorial B de F, 2016.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, La racionalidad de las leyes penales, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, El poder punitivo en el Estado democrático, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, Madrid, Editorial Técnos, 1999.

HEFENDEHL, Roland (Ed.) La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Editorial PPU, 1991.

MARTIÑON CANO, Gilberto, El fin del Derecho penal. Apuntamientos para la construcción de una teoría del restablecimiento del tejido social, México, Ubijus, 2019.

MIR PUIG, Santiago, El Derecho penal en el Estado social, democrático y de Derecho, 1ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

SCHÜNEMAN, Bernd, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Buenos Aires, Editorial B de F, 2019.