

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS CARDINALES DEL DERECHO PENAL

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

Prof. da Universidade Nacional de Valparaíso (Chile)

Sumário: 1. Planteamiento preliminar. - 2 Nación y naturaleza. - 3. Terminología. - 4. Caracteres: a) formalismo; b) apriorismo. - 5. Funciones: a) constructiva; b) comprensiva; c) critica y prospectiva. - 6. Deducción. - 7. Proyección. - 8. Enunciación. - 9. Diferencias con las tablas de principios (expresiones de ideales, aspiraciones e intenciones) establecidas en cabeza de algunos documentos legislativos (códigos y proyectos) contemporaneos. - 10. Las negaciones de los principios; sus deformaciones.

1. La doctrina penal de este tiempo se refiere con alguna frecuencia a ciertos principios del Derecho punitivo a los que reconoce o confiere gran importancia y que enumera en catálogos relativamente semejantes, pero de ningún modo coincidentes, antes bien, de diversa extensión, diferente contenido y distinto orden. Aparte del proceder tradicional, que no por serlo deja de perdurar y ser común en nuestros días y que se ocupa de algunos principios por separado en los puntos que estima oportunos dentro del sistema, sin conectarlos entre sí ni, menos, integrarlos en un conjunto¹, tres maneras principales de enfocar la materia se observa en el pensamiento actual: a) una, que se aboca a estudiarlos uno por uno y según un orden lógico, sin entregarse, empero, e ninguna reflexión ni hacer ninguna advertencia acerca de su origen, carácter y relaciones, tomándolos simplemente como aparecen o se los descubre en un ordenamiento determinado, con lo que su inherencia a él y, por lo que hace al plano del conocimiento, su valor dogmático, exento de pretensiones ni

¹ Objeto de este tratamiento aislado y privilegiado son de ordinario los principios de legalidad y de culpabilidad.

posibilidades más amplias o profundas, resultan evidentes²: b) una segunda, que en realidad puede y debe ser tomada como una variante de 1.^a anterior y que los engloba y considera bajo un sucinto epígrafe o un breve párrafo en que se pone de relieve su pertenencia y, por tanto, se limita su radio de acción a un ordenamiento particularizado³, y c) la tercera, que, con mirada más penetrante hacia el trasfondo de los ordenamientos y ambición más preocupada y exigente por extraer de los principios sus consecuencias y aplicarlas, los considera características que individualizan y perfilan los Derechos penales propios de una determinada cultura jurídica, con lo cual, si bien se amplía su significación y la esfera de su validez, situándolos en una perspectiva de política criminal, y por destacada que sea o deba ser su impronta en legislaciones más o menos numerosas y más o menos semejantes o afines, sellándolas con una serie privativa de imperativos diferenciadores, tampoco asumen una prestancia constitutiva y señera, y no pasan de tener un realce empíricocultural, y, por ende, histórico, que como ha venido en una época puede irse y desaparecerá en otro momento⁴.

² Así, señaladamente, Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 1979, *passim*.

³ Ejemplo señero de esta tendencia es Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Civitas, 1977, pág. 49, con la rúbrica "Principios informadores del vigente Derecho penal español", tratando sin más la materia a continuación, págs. 49-55.

⁴ Elocuentemente en esta corriente, Giuseppe Bettioli, *Instituciones de Derecho penal y procesal*. Curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas, trad. de Faustino Gutiérrez - Alvarez y Conradi, Barcelona, Bosch, 1977, pág. 95: "Se hace preciso individualizar los principios fundamentales del Derecho penal vigente, en el actual momento histórico, en los países que responden a un tipo de cultura <<occidental>>, por tanto, a un planteamiento político democrático <<personalista>>"; y, comoquiera que las diferencias entre los códigos de los respectivos países son ahora "mínimas", entiende "que bien podemos hablar de una plataforma legislativa común". Con pensamiento análogo, José Antônio Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general (publicados, 3 vols.), tomo I: Introducción, Barcelona, Bosch, 1979, pág. 36: "La moderna política criminal viene postulando, y la doctrina admitiendo con carácter general, una serie de principios que configuran en definitiva la naturaleza y esencia del Derecho penal en la actualidad". Y con un propósito monográfico, Nilo Batista, *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Revan, 1996, pág. 61: "Existen efectivamente algunos principios básicos que, por su amplia recepción en la mayoría de los ordenamientos jurídicopenales de la familia romanogermánica, por la significación política de su aparición histórica o de su función social, o por la reconocida importancia de su situación jurídica - condicionadora de derivaciones y efectos relevantes -, constituyen un soporte indeclinable, con valor ilimitado para la comprensión de todas las normas positivas"; y añade en seguida, págs. 61-62: tales principios, reconocidos o asimilados por el Derecho penal a través de norma expresa o por el contenido de muchas normas adecuadas a ellas, "no dejan de tener un sentido programático, y aspiran a ser la plataforma mínima sobre la cual se pueda elaborar el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho". También para Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, págs. 17-23, son principios de política criminal, reduciendo la materia, empero, sin ninguna precisión de carácter global sobre ellos, a sólo tres principios: el de culpabilidad, el del Estado de Derecho y el de humanidad. Por lo demás, yo mismo he utilizado varias veces la noción con designios políticocriminales.

Completan y matizan este panorama otras dos líneas doctrinales, que en sus raíces y pretensiones no difieren singularmente de 1.ª última de las anteriores, pero que sin duda integran elementos originales y ostentan personalidad propia. Una de ellas vincula los principios a las concepciones de la ilustración y con buena lógica los hace depender de las prescripciones constitucionales, como limitaciones de la acción del Estado en materia penal y garantías de los derechos individuales, o, mejor, derechos fundamentales del hombre⁵. Y, aunque sin reducir a la Constitución el sentido de los principios, mantiene un fondo común de ideas con la línea precedente la que los ve y los muestra como límites del Derecho penal⁶. La cercanía entre ambas líneas queda bien de manifiesto en la evolución de unos mismos autores que en pocos años va desde sostener que “los llamados principios penales” son “expresión sintética” de

⁵ Destacadamente, Luiz Luisi, Os princípios constitucionais penais, Porto Alegre, Safe, 1991. Asimismo, Cezar Roberto Bitencourt, Licções de Direito penal, Parte geral, 3.ª ed., revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do advogado, 1995, pág. 30 (4.ª ed., revista, ampliada e atualizada, con el nuevo título Manual de Direito penal, Parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 35). Cfr. también Luiz vicente Cernicchiaro, in Luiz Vicente Cernicchiaro y Paulo José da Costa Jr., Direito penal na Constituição, 3.ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995. Con un pensamiento semejante, Lorenzo Morillas Cueva, Curso de Derecho penal español, Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 23-43, los concibe como “principios delimitadores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho”, y establece una larga congerie de ellos. Claro es que esta comprensión de los principios supone que las constituciones se hallen inspiradas por un espíritu liberal y democrático, lo que no siempre ocurre ni lógicamente tiene por qué ocurrir, y, en todo caso, relativiza y restringe mucho su alcance y efectividad.

⁶ En términos muy precisos y expresivos, Miguel Polaino Navarrete, Derecho penal, Parte general, tomo I (único publicado): Fundamentos científicos del Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1983, págs. 127-132 (en 1.ª 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1996, ha variado notablemente su sistema). Francisco Muñoz conde, Introducción al Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1975, págs. 58-98, los trata como “principios limitadores del poder punitivo del Estado”, y los restringe a dos: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada, de cada uno de los cuales se desprenden diversas consecuencias. Santiago Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método, Barcelona, Bosch, 1976, págs. 124-164, habla de “límites del Derecho penal subjetivo”. Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal, Parte general, 3.ª ed., aumentada, corregida y puesta al día, Barcelona, Ariel, 1989, págs. 46-69, los concibe como límites, materiales o formales, del ius puniedi, y para Eugenio Raúl Zaffaroni, en obra en preparación, cuyos originales hemos consultado por gentileza del autor, son limitadores, no del Derecho penal, sino del poder punitivo. Tampoco tales teorías declaran la razón de su intelección de los principios ni el marco sólo dentro del cual esta es aplicable.

“los límites del <<ius puniendi>>”⁷, hasta, sin abdicar de este punto de vista⁸”, denominarlos y estudiarlos como “principios constitucionales del Derecho penal”^{9 10}.

Ahora bien, de ninguna de estas maneras se explica las continuadas y a menudo sacrificadas tendencias, no sincrónicas, pero si indudables y persistentes, que cabe observar a lo largo de la evolución del Derecho Criminal por cobrar conciencia cada día más clara de tales principios, por delinear con rasgos más depurados y perfectos sus respectivas nociones y por hacer que las leyes se conformen mejor a sus demandas; ni se los contempla como criterio y módulo de valor abstracto y permanente para razonar y afirmar la verdadera superioridad de unos modos de concebir y de configurar semejante rama jurídica sobre otros, ni, aún menos, se los entiende como conceptos a que responde y en que se asienta la naturaleza y la calidad de lo penal, o sea, que sustenta y acotan en lo normativo el ámbito de los delitos y sus puniciones y que, en consecuencia, condicionan y rigen en lo cognoscitivo la ciencia que lo estudia, o, en otros términos, que imbuyen a las distintas instituciones penales su índole peculiar y las hacen congruentes entre sí y que dotan de coherencia a las construcciones de los dogmáticos y de unidad armónica al sistema.

2. Sin embargo, reconociendo el subido valor de tales concepciones de los principios del Derecho penal y el de las funciones que así entendidos cumplen, su misma y sola presentación delata la ausencia de solidez en aquéllas y el carácter adventicio de éstos, o sea, no una configuración errónea, sino una falta de razón suficiente que explique su existencia y sus limitaciones, y a la vez suscita la necesidad de ahondar e la materia hasta encontrar las raíces últimas, que en cierto modo son las primeras, de esta rama jurídica en un sentido propiamente humano. Se trata, pues, de una indagación de lo más íntimo y

⁷ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón, Derecho penal, Parte general, 1.ª ed. (completa), Universidad de Valencia, 1984, pág. 60, considerándolos particularizadamente a continuación, págs. 61-94.

⁸ Cobo y Vives, Derecho penal, Parte general, 2.ª ed., Valencia, Tirant 1.ª blanch, 1987, pág. 43: “El ius puniendi se halla sujeto a una serie de límites, que cobran una expresión sintética en los diversos principios penales”.

⁹ *Ibidem*, págs. 45-67.

¹⁰ Con un enfoque también limitativo, pero muy original y bastante difuso o confuso, Alessandro Baratta, Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), trad. de Beatriz Lenzi, en la revista “Doctrina Penal”, de Buenos Aires, Depalma, año 10, 1987, págs. 623-650; y, posteriormente, con un criterio algo heterogéneo, Juan Antonio Martos Núñez, voz Principios penales (en 1.ª Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Seix, tomo XX, 1993, págs. 503-537), pág. 503, dice: “Los principios informadores no sólo responden a exigencias dogmáticas de 1.ª Ciencia penal y el Derecho judicial, sino que, además, expresan las exigencias y garantías de un Estado social y democrático de Derecho”.

constitutivo, que es tanto como decir lo necesario, lo más firme, o, en otras palabras, los fundamentos primigenios y las líneas maestras de su entidad y su desarrollo en el tiempo, y también de su comprensión, siempre, como cuanto concierne al Derecho, en referencia y conforme a una idea de humanidad.

La existencia y la consiguiente dilucidación de ciertos principios que informan y mantienen la entidad de un ordenamiento punitivo y que a la vez condicionan y rigen su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal, permitiendo su identificación como tales y pudiendo muy bien ser llamados por ello cardinales, no tienen carácter empírico ni consienten ser investigadas y establecidas mediante la observación. De otro modo, no serían sino hechos y por ende contingentes, y, aunque servirían para perfilar y distinguir cada ordenamiento en particular y su correspondiente dogmática, no asegurarían su naturaleza penal. Por lo demás, toda entidad ha de asentarse en la existencia de principios que la fundan y al propio tiempo, sin perjuicio de sus relaciones con otras, impiden su confusión con ellas, y todo saber racional, incluso el no científico, se justifica y elabora por la referencia de sus conocimientos a nociones previas, de carácter más abstracto, o sea, de valor más universal.

Esto indica que tales principios han de consistir en criterios formales y aprioristas, congruentes y complementarios entre sí; es decir, en otros términos: que son independientes de y previos a cualquier experiencia jurídica, y que proporcionan sustento lógico suficiente para la entidad y la comprensión de lo penal. O expresado todavía de distinto modo: son nociones abstractas que condicionan y rigen la realidad de los diversos ordenamientos punitivos y, a la vez, la ciencia que los estudia, o sea, la dogmática penal, o, en otras palabras, son constitutivos. Les incumbe, pues, un cometido entitativo y otro cognoscitivo, y tienen un sentido y valor intemporal.

3. A pesar de que la terminología no posee sino una importancia secundaria, tampoco resulta desdeñable examinar las diversas denominaciones de una misma realidad, pues denotan formas diferentes de entenderla o a lo menos suelen poner el acento en aspectos distintos o en funciones especializadas.

Estos principios reciben los nombres de “principios básicos”¹¹, “principios fundamentales”¹², “principios informadores”¹³, “principios constitucionales”¹⁴ y “principios limitadores”¹⁵ del Derecho penal¹⁶; todos los cuales dejan bien en claro la significación capital de los principios para el Derecho punitivo, siquiera sea sin ninguna especificación ulterior¹⁷.

A mí juicio, el título o nombre más apropiado y conveniente es el de principios cardinales, por conservar viva y hacer efectiva la noción de fundamentos en que se asiente y sobre los cuales se eleve el Derecho penal, la de quicio que le dé firmeza y a cuyo alrededor gire, y la de pilares o columnas que lo mantengan y contengan en su ser y su perfil, guardándole de deformaciones y desviaciones o, en su caso, separándole de ellas celosamente.

4. De la mera noción y naturaleza de estos principios se siguen lógica e indefectiblemente sus caracteres, a saber: su formalismo y su apriorismo. a) Formalismo, porque son representaciones ideales que carecen de todo contenido, señalando, no lo que hayan de prescribir las legislaciones, sino cómo o con arreglo a qué condiciones y limitaciones hayan de prescribirlo para merecer el calificativo de penales; y b) apriorismo, porque, en consecuencia, no dependen ni son aprehensibles, no se obtienen, a partir de la realidad jurídica, sino que condicionan y acreditan su conocimiento, sirviendo de criterio y módulo para establecer o deducir lo que en verdad sea penal.

Son nociones vacías; el contenido proviene de y pertenece a la realidad. Y su existencia y valor son ajenas y previas en sentido lógico a tal realidad.

De ahí, que los principios no tengan realidad ni sean realizables; simplemente, regulan y hasta cierto punto informan la realidad y permiten conocerla. Es la realidad la que, dentro de lo que en cada constelación de circunstancias le sea factible, ha de guiarse por ellos y acercarse a sus postulados, en un proceso dialéctico sin fin y a conciencia siempre de la distancia insalvable que media entre un entidad empírica y una representación pura, las separa cada una en su plano y hace que, por más que la primera tienda con constancia y muchas veces con afán hacia la segunda como hacia su norte y plenitud, ésta resulte para aquélla permanentemente inasequible. Nilo Batista

¹¹ Así, en Nilo Batista, op. cit., págs. 61-64.

¹² Según Bettiol, loc. cit., y Bitencourt, loc. cit.

¹³ De esta suerte, Rodríguez Mourullo, loc. cit.; Sainz Cantero, loc. cit., y Martos Núñez, loc. cit.

¹⁴ Expresión preferida por Luisi, op. cit.

¹⁵ Por ejemplo, Muñoz Conde, op. cit., pág. 58. Parecidament ("principios delimitadores"), Morillas Cueva, op. cit., pág. 23.

¹⁶ Sin perjuicio de denominarlos "principios fundamentales", Bitencourt, locs. cit., los llama asimismo "principios limitadores" (y más en concreto, posteriormente, "principios limitadores del poder punitivo estatal") y "principios reguladores del control penal".

¹⁷ Esto es, sin distinguir bajo la expresión común de Derecho penal su referencia a una parcela determinada de la realidad normativa o a la consideración teórica de ella; proceder poco cuidadoso del rigor conceptual y muy dado a equívocos.

habla de la “naturaleza axiomática” de los principios y de “la amplitud de su expansión lógica”¹⁸; y Zaffaroni los considera “orientadores”, “reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished)”¹⁹.

Su formalismo y su apriorismo, que les hace independientes y anteriores, en su entidad y validez, de toda realización efectiva y hace también que su conocimiento sea previo al conocimiento empírico y lo condicione, o, a lo menos, que éste lo presuponga, no impiden, sino que más bien requieren, su proyección en las diversas legislaciones penales, las cuales los concretan y les dan eficacia en latitudes y tiempos diferentes, con modalidades más o menos adecuadas y un nivel o una calidad más o menos depurada, de conformidad con la singular situación cultural en que aquéllas aparecen. Por ello, siendo, como son, principios constitutivos del Derecho penal, permiten concluir ante cada regulación de la materia el grado preciso de su auténtica naturaleza y perfección punitiva.

5. Los principios, es decir, conceptos de su índole y sus características, tienen que ser conceptos funcionales, o sea, que consisten sólo y se agotan en el cumplimiento de unas funciones determinadas: ante todo, una constructiva, y otra, comprensiva; y, dado que se aplican a una realidad de cultura, histórica, que fluye y se modifica en el tiempo, de estas dos y principalmente de la última se deriva una tercera, crítica y prospectiva.

a) En primer término, los principios son meras representaciones intelectuales, en sí y por sí vacías e inertes, que, en cambio, cuando y en la medida en que inspiran a ciertas leyes o un grupo de leyes e incluso un sector individualizado de la legislación que se adecuan a sus postulados o dictados, obrando como forma pura que se infunde en ellas como materia y recibe de ellas un contenido, las rigen y constituyen en penales y son leyes y hasta un ordenamiento penales, acreditando su verdadera naturaleza penal.

b) Por tanto, condicionan la indagación y la comprensión científica de los distintos ordenamientos existentes, comenzando por esclarecer la interpretación de sus normas, resolviendo sus contradicciones y organizando, con un sentido parcial, los conocimientos de las normas relativas a una misma institución en la respectiva construcción jurídica, y, con un sentido total, las distintas construcciones jurídicas en un sistema armónico y completo.

c) Y, en fin, puesto que el Derecho, y dentro de él señaladamente el

¹⁸ Op. cit., pág. 62.

¹⁹ Op. cit.

Derecho penal, está en continuo movimiento y transformación, y, por otra parte, que el conocimiento racional, y, por ende, el científico, es de suyo un saber crítico, uno y otro dato convergen en originar una mirada crítica que pone de relieve las deficiencias y los inconvenientes del Derecho que y como es, las deficiencias y los inconvenientes de orden técnico y con preferencia los teleológicos y los axiológicos, alumbrando los medios de subsanarlos con el objeto de que en el futuro aquél se ajuste a lo que y como debe ser y recomendando en definitiva las correspondientes propuestas de cambio y de mejora, de perfeccionamiento. Por cierto, “también la aprobación de lo existente puede ser razonada y certera, y en ningún caso resulta infecunda, por cuanto puede estimular la posición contraria”, y el hecho de que las modificaciones posteriores en el terreno de las normas no se atengan en muchas ocasiones a las soluciones aconsejadas anteriormente en el plano teórico, no arguye contra el papel dinámico y creador que la doctrina en su aspecto o momento crítico y prospectivo desempeña en las mudanzas del Derecho punitivo, con aspiraciones de mejorarlo y perfeccionarlo, ya que, cuando menos, siempre contribuye a formar o expandir el clima intelectual y social para los cambios jurídicos²⁰.

Estas tres funciones bien pueden y deben ser llamadas, respectivamente, constructiva o fundamentadora y reguladora de la legislación punitiva, comprensiva o fundamentadora y reguladora de la dogmática penal, y crítica y prospectiva o fundamentadora y reguladora de la política criminal²¹. Y, aplicadas a un conjunto normativo o a un aspecto o punto jurídico más o menos amplio o limitado, permiten calibrar su genuina entidad y calidad penal.

6. Todo este discurso no pasaría de ser un juego o una combinación de conceptos ingeniosa o abstrusa, y resultaría intrascendental, si no estuviese fundado en y se dedujera de ideas bien claras y más generales. Pues bien, tratándose de principios jurídicopenales, han de derivarse de las nociones de hombre y de Derecho, supraordinada la primera a la segunda, en su significación más abstracta y general, y semejante proceder será inobjetablemente puro por mantenerse ajeno en absoluto a cualquier observación empírica.

Sin pretender definir aquí al ser humano, costará poco convenir en que se trata de un ser de razón, apto para los valores, que se representa y se propone

²⁰ Rivacoba, *Elementos de criminología*, Valparaíso, Edeval, 1982, págs. 60-61.

²¹ Lo cual dista mucho de significar que la dogmática penal no comprenda la política criminal y que ésta sea ajena a ella, substantiva y autónoma. Cfr. *ibidem*, págs. 55-64.

finés, se sirve de las cosas y ordena su conducta para alcanzarlos, y se considera titular de un destino personal e intransferible, lo que, dicho con otras palabras, se significa con las expresiones usuales de que es fin en sí y sujeto de dignidad, no subordinable, por tanto, a nadie, sino igual, en tal calidad, a todos²²; ser, por lo demás y en concordancia con lo anterior, que se reconoce en sus semejantes y se realiza en sociedad. Y no suscitará hoy graves objeciones la concepción del Derecho como “un ordenamiento predominantemente objetivo de regulación del comportamiento exteriorizado e interindividual de los hombres, mediante normas cuya prescripción, sancionada con la legítima posibilidad del empleo de la fuerza organizada de la sociedad y ejercida con exclusividad por el Estado o por instituciones a que éste se haya subordinado, se orienta a la consecución de fines valorados por cada comunidad según el correspondiente estadio de su evolución cultural”²³; concepción de claros designios realistas, que se atiene al concreto elemento de la tendencia de lo jurídico hacia fines determinados, que implican la protección de aquellos bienes a cuya preservación considera la comunidad ligada las bases de su subsistencia, y, sin excluirlos, tampoco se pierde o entretiene en ningún **tópos ouránios** de valores supremos y absolutos, o e, imprecisables e inasequibles. La imagen del hombre como ser de razón y, sobre todo, de valores y de fines, y la del Derecho como regulación de las conductas que prevenga o resuelva conflictos y garantice la convivencia con arreglo a fines valorados de interés comunitario, suscita de inmediato el problema de la libertad, cuya realidad psicológica parece tan inverificable cuanto es indesmentible y efectivo su carácter de postulado, sin el cual carecen de sustento y de sentido, no ya sólo el Derecho penal ni aun el Derecho en general, sino total el complejo de las valoraciones y las finalidades, las normas y las sanciones, y, así como no cabe demostrar el hecho de la libertad, tampoco cabe negar el hecho, que la experiencia confirma cotidianamente, de que el individuo humano concibe la libertad y se considera o se siente libre, aspira a serlo más cada día y a partir de esta convicción o esta

²² “Lo que es fin en sí excluye toda ordenación jerárquica. Por eso, el concepto de persona es un concepto de igualdad”. Radbruch, Filosofía del Derecho, trad. por José Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 170.

²³ Aunque Max Ernst Mayer, Filosofía del Derecho, trad. por Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1937, pág. 120, advierte, con razón, que “todavía no ha habido un jurista ni un filósofo que haya acertado a formular una definición del Derecho unánimemente aceptada”, y que “esto es raro, pero explicable”, pues a su juicio “el motivo principal consiste en que es imposible comprender y explicar satisfactoriamente las diversas formas manifestativas del Derecho en una única fórmula”, nuestro antiguo discípulo y ya brillante profesor José Luis Guzmán Dálbora ha acuñado con inteligencia y elegancia esta afortunada síntesis..

vivencia prefiere y pretiere, se plantea metas y exigencias, crea un mundo distinto y por encima del mundo de la naturaleza y se mueve en el reino de la cultura²⁴.

Ahora bien, si de semejantes nociones se deducen principios que a su vez sustentan y estructuran uno o varios ordenamientos punitivos, simultáneos y sucesivos, nadie dudará que en todos ellos se da un Derecho penal fundado antropológicamente; y es más: sólo tomándolas por base se puede dar y se puede comprender un Derecho penal de y para los hombres. Lo cual, como es lógico, no obsta a que dichos ordenamientos difieran luego, en mayor o menor extensión, por sus peculiares contenidos; antes bien, reclama esta diversidad, en la que se originan las respectivas elaboraciones dogmáticas. Y es fácil de percatarse de que no forman una serie de enunciaciones y exigencias aisladas, sino que constituyen un plexo continuo, en el que unos de desprenden de y se complementan con otros, no proporcionando sino en su conjunto sustentación lógica y orientación axiológica suficientes a los distintos ordenamientos²⁵; los cuales, con todas sus diferencias entre sí, serán por igual y siempre ordenamientos de substancia y sentido plena y eminentemente humanos, lo que equivale a decir auténtico y señero Derecho penal, y nunca primitivas expresiones reactivas o vindicativas, ni miserables instrumentos de aflicción y tortura ni vergonzantes medios de intimidación e imposición.

Por ello, los principios han de ser establecidos mediante una doble deducción: una, de carácter general que los vaya infiriendo desde las mencionadas nociones de hombre y de Derecho, según un cuidadoso orden lógico, y, luego, una propia de cada uno, que avance desde y lo apoye en los que les precedan. En estas páginas no podemos engolfarnos más que en la primera; el examen de la segunda pertenece al estudio de los diversos principios en particular.

1.º De las dos nociones antedichas se obtiene que la prohibición de ciertas

²⁴ Cfr. Rivacoba, *Configuración y desfiguración de la pena*, Santiago de Chile, Instituto de Chile (Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales), 1980, págs. 13-14. Por otra parte, Radbruch, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches y prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, pág. 9, habla del Derecho y la cultura en general como "reino intermedio entre el polvo y las estrellas, el reino del humano anhelar y crear que se halla situado entre el reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros", y reconoce "al Derecho, como fenómeno de cultura, como obra humana, participe de las leyes de causalidad de la tierra, pero participe también del impulso ascensional hacia las supremas alturas".

²⁵ "El criticismo kantiano nos ha probado que, si bien las formas de la cultura y del Derecho son absolutas y generalmente válidas, su contenido, no obstante, depende de datos empíricos y es, por consiguiente, completamente relativo". Radbruch, *El relativismo en la Filosofía del Derecho* (en su libro misceláneo *El hombre en el Derecho*, trad. de Anbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 95-102), págs. 95-96.

acciones u omisiones por el Derecho y sus amenazas para el caso de incurrir en ellas de privación de bienes de significación social muy importante a seres racionales que, sobre la base de su conocimiento intelectual, sus valoraciones personales, su facultad discursiva y su margen de autodeterminación, conciben y se fijan fines y obran para alcanzarlos, han de ser instituídas y descritas con la mayor precisión posible, no en referencia a sucesos singulares y concretos, sino conceptualmente, en su sentido genérico, abstracto y general, sin aplicabilidad alguna a ocurrencias previas a su establecimiento, sólo para lo futuro, y con un designio de permanencia y de regulación universal, refractaria al arbitrio y al azar. A este pensamiento responde, entre las fuentes formales del Derecho, la ley²⁶; y así surge, constituyendo el Derecho penal y limitándolo en su amplitud, el principio cardinal de **la legalidad**.

En su virtud, se abre en los hechos la vía al agente para, afirmado a la ley, conocer el carácter de sus actos según el Derecho y las consecuencias a que se expone con su obrar, o sea, la vía por la que se forja su certeza²⁷, reflejo subjetivo, esto es, psíquico, de la idea de seguridad jurídica, la cual, a su vez, es base necesaria e inmovible sobre la que se yergue airosa la libertad individual.

2.º Por su propia entidad, el Derecho no puede regular maneras de ser de los hombres, ni tampoco la manera como conformen su personalidad o su vida, ni hacer recaer sobre un hombre las consecuencias jurídicas que se sigan del obrar de otro o de acontecimientos naturales, sino únicamente los actos, positivos o negativos, que haya producido como individuo y que posean significación intersubjetiva, o sea, que hagan relación a otro, habiendo de abstenerse, pues, de cualquier investigación o medida acerca de cuantas actuaciones no tengan más significación que la meramente personal para el sujeto o que no hayan salido de su interioridad. Así aparece, con sus caracteres a la vez constitutivo y limitador del Derecho penal, el principio de **actividad**.

3.º El Derecho, por regular el comportamiento exteriorizado e intersubjetivo de los hombres, tiene que ocuparse de los objetos en que se ocupa este comportamiento por el valor que poseen y el interés que representan

²⁶ Cfr. Rivacoba, División y fuentes del Derecho positivo, Valparaíso, Edeval, 1968, págs. 57, 58-59 y 95-108.

²⁷ Cfr. la magnífica obra de Flavio López de Oñate, La certeza del Derecho, trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, y prólogo a la edición en castellano por Eduardo J. Couture, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

para los hombres mismos y para la sociedad que los agrupa, de la que reciben y a la que prestan medios de realización recíproca y sólo en cuyo seno puede aseverarse, en una acepción que sea más que simplemente biológica, que viven; objetos, pues, que los hombres consideran importantes y aprecian o estiman, elevándolos con ello de meras cosas a verdaderos bienes e incluíndolos en sede de cultura. Los hay de tanta monta y excelencia y estimados hasta tal grado, que no basta para preservarlos una protección de hecho, sino que se los protege jurídicamente, prescribiendo y proscribiendo conductas al efecto; y algunos revisten una significación tan eminente y despiertan un interés tan alto, sea para la subsistencia y organización de la comunidad o como medios o condiciones de vida y desarrollo de los individuos que la componen²⁸, que los atentados contra ellos ponen en movimiento la rama jurídica que expresa y concreto la desvaloración o reprobación más intensa de ciertas acciones u omisiones, sancionándolas con la mayor severidad. Por donde se ve que el Derecho penal, así como es respuesta dichos ataques, no puede obrar, ni siquiera cabe imaginarlo, sin que medie significativa afectación de algún bien de esta índole, o sea, de un bien jurídico de notable entidad, y se hace patente el principio de **ofensividad**.

4.º Porque el Derecho regula ciertos sectores del comportamiento humano y por la índole o condición del hombre como ser de razón y de valoraciones, el Derecho penal tiene que requerir que los actos que haya de condenar, además de ofender siempre un bien jurídico, sean obra, no únicamente en lo físico, sino también en lo anímico, del sujeto, o manifestándolo con mayor exactitud, que el sujeto tenga dominio de ellos como tal, como ser de conocimiento y de voluntad, y también de valoraciones, que conoce o puede conocer y quiere o acepta el acto en su entidad objetiva y en su significación antijurídica, y que puede hacer del deber jurídico motivo de su obrar y obrar así conforme a Derecho. O en resumen: el Derecho punitivo no puede prescindir de la dimensión subjetiva que inspire las actuaciones a que se refiere, dirigida hacia el autor; pensamiento y exigencia, constitutivos y limitadores del ámbito de lo penal, que son lo que caracteriza el principio de **subjetividad**.

En un análisis más detenido y profundo, los principios que le siguen, y especialmente el de subjetividad, extraen y aplican las virtualidades insitas en el de legalidad, pues las acabadas descripciones de los delitos y sus penalida-

²⁸ Interés, en este sentido, siempre comunitario.

des acotan, por un lado, el repertorio de las acciones y omisiones que integran el Derecho criminal o penal y el de sus respectivas sanciones, concretan, por otro, la serie de bienes jurídicos cuya ofensa éste desaprueba y sanciona, circunscribiendo con ello en su extensión y volumen la facultad punitiva, y, en particular, suministran los presupuestos necesarios para los conocimientos y la motivación de los individuos en su obrar.

5° La conjunción de las nociones de hombre y de Derecho hace que éste haya de tomar y tratar a los seres humanos en su identidad radical, sin hacer acepción de personas, mas, como, por otra parte, no se refiere exclusiva ni principalmente a realidades homogéneas, susceptibles de determinaciones iguales o en que unas sean partes de o mensurables por otras, es decir, de identidades o equiparaciones, de conmensuraciones y de magnitudes comprendidas o comprensibles matemáticamente unas en otras, sino que por lo común ha de referirse a entidades de carácter axiológico, entre las cuales se cuentan de manera señalada los delitos y las penas y en las que sólo caben las equivalencias y las proporciones estimativas, no le queda otro recurso, en un esfuerzo o como medio para acercarse o asimilarse a la igualdad, que utilizarlas, y, cuando las primeras no sean del caso, servirse de las segundas, esto es, establecer relaciones de aprecio o estimación que expresen y compensen las diferencias de valor según criterios objetivos y estables y con la mayor exactitud o aproximación posible, siendo de reconocer la innegable y a menudo extrema dificultad de las tareas y los juicios valorativos. Con lo cual se hace presente, siempre con los consabidos rasgos constitutivo y limitador, el principio de **proporcionalidad**.

6.° Finalmente, comoquiera que la noción de Derecho se halla subordinada a la de hombre, aquél ha de orientarse en todas sus manifestaciones a éste, o, expresado en términos más abstractos, a la humanidad, entendida, no como conjunto total de seres humanos, sino como representación constitutiva de carácter ideal. Por consiguiente, cuanto la regulación de las conductas exteriorizadas e interindividuales, para organizarlas en un orden que precisamente las haga posibles y garantice su coexistencia, haya de restringir la libertad de los individuos y les formule y los someta a exclusiones más rigurosas (y, por su propia naturaleza y razón de ser no hay en el ordenamiento jurídico exigencias ni exclusiones más graves que las penales), menos podrá perder de vista y dejar de reconocer jamás que quien infringe sus prohibiciones, es decir, el delincuente, y haya de ser objeto de su sanción, o sea, el penado, es y no

puede sino seguir siendo un hombre, sujeto siempre de dignidad, que vive en convivencia y se realiza en sociedad, y que como tal tiene que ser tratado²⁹; concepción que consagra en el Derecho punitivo el respeto al ser humano y elimina o proscribde de él cualquier disposición o trato que mutile, desfigure o anule al hombre, sea en su personalidad física, sea en la moral o la social³⁰. Pero sería erróneo pensar que semejante orientación del Derecho penal venga impuesta o declarada por simples afecciones sensibles y filantrópicas ni por consideraciones humanitarias, pues se encuentra anclada en fundamentos más sólidos y se deriva de raíces más hondas según una inferencia estrictamente lógica, y, por otra parte, la relación con el delincuente y con el penado como hombre requiere de los demás ejercer y poner a contribución las capacidades que laten en todos los hombres para serlo de manera más plena y auténtica cada vez³¹ o, en otras palabras, responder a la idea de humanidad y regirse por la exigencia y aspiración de una comunidad o convivencia pura, o sea, absoluta.

Así, enriqueciendo a uno y a otros, a todos, se delinea y destaca el principio de **humanidad**, que, si ha de ser entendido correctamente, no se origina en ninguna previsión política o constitucional, sino que es previo a cualquiera de ellas, y que, de forma idéntica a los principios anteriores, constituye y limita el Derecho penal, pero, al mismo tiempo, es el punto de convergencia ideal de todos en una unidad lógica y funcional. Y aquí es oportuno señalar que en la serie de los principios, deducidos conforme a un riguroso proceder lógico, el primero y el último ponen al Derecho penal en relación inmediata con las ideas, hablando con propiedad, de Derecho, respectivamente, la de seguridad jurídica y, todavía más plena y abarcante, la de humanidad³².

Al cabo de estas reflexiones, ya cabe definir **los principios cardinales del Derecho penal como una serie de criterios abstractos, derivados directamente de las meras nociones de hombre y de Derecho, congruentes**

²⁹ El lector advertirá que, sin atenerse absolutamente a él, este pensamiento se origina y basa en el de Rudolf Stammler, Tratado de Filosofía del Derecho, trad. de Wenceslao Roces, Madrid, Reus, 1930, págs. 257-259. Al respecto, cfr. asimismo otras obras del propio autor.

³⁰ Radbruch, Filosofía del Derecho, cit. pág. 212, recuerda la frase de Goethe: "Tanto si se ha de castigar como si se ha de tratar con dulzura, debe mirarse a los hombres humanamente". Y cfr. Rivacoba, Configuración y desfiguración de la pena, cit., págs. 19-20, y Función y aplicación de la pena, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 83.

³¹ En la conocida terminología escolástica, pasan de la potencia al acto.

³² Cfr. Mayer, op. cit., págs. 196, 199-200, 204 y 210-212.

y complementarios entre sí, que informan ciertas disposiciones, secciones o instituciones punitivas y, por tanto, en su conjunto, también el ordenamiento penal, y que, en consecuencia, permiten su comprensión sistemática³³.

7.º Los principios, no por carecer de cualquier contenido (formalismo) y ser independientes de toda experiencia jurídica (apriorismo), ni por su obtención mediante un razonamiento deductivo, sin la introducción de ningún elemento ni necesidad de ninguna corroboración de carácter inductivo, carecen también de eficacia; al contrario, su índole y su razón de ser los constituyen en criterios condicionantes y ordenadores, es decir, en categorías, que rigen y mensuran el pensamiento y el conocimiento penal y el propio Derecho penal, proyectándose así en la teoría y en las leyes punitivas y explicando que aquélla los demande y éstas se acomoden a sus requerimientos según el grado y las características de su desarrollo cultural en un horizonte de humanidad, o sea, de convivencia pura. Con lo cual se explica, además, la pronunciada línea de esfuerzos constantes o intermitentes que afloran en la doctrina y en las legislaciones, y también sus avances y retrocesos, por concebirlos y formularlos y por consagrarlos con progresiva perfección, fidelidad y efectividad.

Claro es que puede haber y que ha habido y hay regímenes punitivos que no responden en ningún aspecto ni medida a estos principios, pero por ello mismo conforman un Derecho penal no antropológicamente fundado, contrapuesto al que se suele denominar Derecho penal liberal, el protector - por decirlo con las elegantes palabras de Carrara - "della libertà esterna, come interna"³⁴. Y a poco que se ahonde en su análisis habrá que concluir que, a despecho de sus apariencias y de su nombre, les falta radicalmente la esencia de lo jurídico, porque, muy a la inversa de constituirse en medio para ordenar y asegurar la convivencia y defender la libertad individual en concurso y armonía con la libertad de todos, no pasan de ser dictados del arbitrio y rudos instrumentos de opresión y represión, en manos del mero poder sin legitimidad ni autoridad.

8.º Luego de cuanto precede, apenas hace falta enunciar estos principios. Son, por su orden: principio de legalidad, principio de actividad, principio de ofensividad, principio de subjetividad³⁵, principio de proporcionalidad y prin-

³³ Martos, loc. cit., los define como "aquellos presupuestos técnicojurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho penal". Y añade: "Constituyen, por tanto, los pilares sobre los que descansan las instituciones jurídicopenales: los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad, así como los criterios que inspiran las exigencias políticocriminales".

³⁴ Programma del corso di Diritto criminale, Parte generale, 1859, Prolegomeni.

cipio de humanidad.

9.º Tampoco habrá dificultad para comprender que estos principios y la teoría acerca de ellos se hallan completamente al margen de las tablas de principios que figuran a la cabeza de algunos documentos legislativos de reciente data, como el lamentable Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica, de 1963-1979³⁶, o, por su inspiración, los Códigos colombiano, de 1980³⁷, y peruano, de 1991³⁸; tablas que más que de principios son de expresión de ideales, aspiraciones o intenciones, no concretadas después y a menudo desmentidas en el articulado de dichos cuerpos³⁹, ni otro efecto, en definitiva, que el de turbar o enturbiar su intelección y su aplicación.

10.º Frente a regímenes punitivos que sean extraños o contrapuestos a tales principios se hace imperativo para la doctrina basada en y conforme con ellos denunciarlos con insistencia y severidad y postular con apremio su sustitución por leyes que sean respetuosas de la dignidad humana y de su propia y verdadera entidad jurídica. Aparte de esto, nada de sorprendente tiene que cuerpos legales informados por los auténticos principios cardinales incurran en su desconocimiento o negación, es decir, que se desvíen de sus exigencias o las contradigan, al regular determinadas instituciones, lo que una dogmática acuciosa descubrirá y pondrá de relieve sin excesivas dificultades, proponiendo de inmediato la debida corrección⁴⁰. Con todo, será más frecuente o insidioso,

³⁵ Por razones que no son de este lugar, se considera más apropiada y precisa la denominación principio de subjetividad que la usual y tradicional principio de culpabilidad, si bien en el fondo no haya inconvenientes para tomarlas y emplearlas como sinónimas.

³⁶ Respecto a él, cfr. Zaffaroni, La reacción penal en el Código penal tipo latinoamericano frente a la Convención latinoamericana de derechos humanos y las actuales demandas de la política criminal continental, en su libro misceláneo Política criminal latinoamericana. Perspectivas disjuntivas, Buenos Aires, Hammuabi, 1982, págs. 115-123, y Rivacoba, Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica, en la obra colectiva Estudios jurídicos sobre la reforma penal, Universidad de Córdoba, 1987, págs. 215-244, y en las revistas "Doctrina Penal", cit., año 10, cit., págs. 713-734, y "Derecho Penal", cit., año 10, cit., págs. 713-734, y "Derecho Penal y Criminología", de Bogotá, Universidad del Externado de Colombia (Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas), volumen XI, número 37, enero-abril de 1989, págs. 55-74.

³⁷ Sobre él, cfr. Rivacoba, El nuevo Código penal de Colombia (1980), en "Doctrina Penal", rev. cit., año 4, 1981, págs. 85-159, y en la "Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca", de Cali (Colombia), número 5, 2.º semestre de 1981, págs. 21-42.

³⁸ En relación con él, cfr. Guzmán Dálbora, El nuevo Código penal del Perú (1991), en "Doctrina Penal", rev. cit., año 14, 1991, págs. 631-731, y en lo concerniente específicamente a los que el propio Código llama \equiv págs. 638, 659 y 671.

³⁹ Obviamente, en un texto legislativo lo que tiene verdadero carácter jurídico y, por tanto, ha de prevalecer sobre cualesquiera declaraciones es su contenido normativo, sus prescripciones de conducta. Aquéllas, al igual que las rúbricas correspondiente, pueden a lo sumo servir de elemento intrínseco de interpretación de éstas.

y entrañará mayores riesgos para la reconstrucción científica, la deformación que, bajo apariencias de fidelidad a sus exigencias, de hecho los desfigure y recorte en su genuíno sentido y alcance.

••••

Introducidos mediante este análisis en el estudio de **los principios cardinales del Derecho penal**, lo que ahora procede es internarse en el de cada uno, examinando por separado su deducción próxima de los que le preceden inmediatamente, y su conexión con ellos; el proceso histórico de su conformación y aparición en las legislaciones, y también en la doctrina, y el grado de fidelidad con que las unas lo realizan y el de acierto con que la otra lo formula; su respectivo significado político; las funciones que cumple, y las consecuencias de muy varia especie que por lógica se derivan de su entidad y finalidad privativa, así como, en fin, sus negaciones o deformaciones.

⁴⁰ Por donde se aprecia y confirma que una dogmática que lo sea propiamente, no una exérgesis disimulada o presuntuosa ni una reconstrucción del ordenamiento temerosa y complaciente, incluye una consideración crítica de éste y se completa a sí misma y culmina en la política criminal.

