

GUILLERMO J. YACOBUCCI

Doctor en Ciencia Jurídica. Profesor titular de Derecho Penal I en la Universidad Austral. Profesor titular de Derecho Penal I en la Universidad Católica Argentina. Profesor adjunto ordinario de Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Juez de Cámara Tribunal Oral en lo Criminal

BIBLIOTECA DE ESTUDIOS PENALES

Consejo académico

Enrique Bacigalupo (Madrid)

Andrea Castaldo (Salerno)

Mireille Delmas-Marty (París)

Günther Jakobs (Bonn)

Sergio Moccia (Nápoles)

~~Francesco Palazzo (Firenze)~~

Gustavo Pansini (Roma)

Claus Roxin (München)

Jesús María Silva Sánchez (Barcelona)

Filippo Sgubbi (Bologna)

*Coordinador del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad Austral*

Guillermo Jorge Yacobucci

Departamento de Derecho Penal



UNIVERSIDAD AUSTRAL

El sentido de los principios penales

*Su naturaleza y funciones
en la
argumentación penal*



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Es posible afirmar entonces que en el derecho penal pueden distinguirse cuatro órdenes de principios. En esa tentativa de clasificación se identifican:

a) los principios que cabe denominar *constitutivos, configuradores o materiales*, como son los de bien común político y de dignidad humana;

b) los principios *fundamentales* del derecho penal de la modernidad, por ejemplo el de legalidad y el de culpabilidad;

c) los principios *derivados*, como serían entre otros los de proporcionalidad, *ultima ratio*, subsidiariedad, intervención mínima, etcétera;

d) y los *estándares*, entendidos como niveles de eticidad exigida en la aplicación concreta de normas, principios o conceptos iuspositivos que no serán objeto del presente estudio.

De esa forma los principios penales materiales hacen presente la racionalidad surgida de valores propios de la persona dentro de la convivencia social. Esos principios pueden operar como instancia de justificación decisoria, especialmente en el nivel de aplicación e interpretación normativa. Garantizan de esa manera la seguridad jurídica, al evitar la arbitrariedad y hacer manifiesto el fundamento valorativo de la resolución en los conflictos más difíciles.

A partir de los *principios materiales* aparece una progresiva determinación histórica y cultural, verificable en los denominados *principios fundamentales*, en los *principios derivados* y en los *estándares* del derecho penal. Sin embargo, los principios *fundamentales* y buena parte de los *derivados* adquieren cierta objetivación a partir de la influencia de los principios *materiales*. En gran medida, los principios de bien común y dignidad de la persona humana deben reflejar su contenido axiológico en la determinación de los principios de legalidad y de culpabilidad.

CAPÍTULO IV

LOS CARACTERES FUNDAMENTALES DE LOS PRINCIPIOS PENALES

En los capítulos precedentes se ha considerado y analizado la idea a la que responde la noción de "principios" en el pensamiento práctico en general y la ubicación y el sentido que estos adquieren, en una primera aproximación, en el campo jurídico penal en particular. Sobre esos fundamentos, cabe ahora señalar algunos de sus principales caracteres dentro del orden jurídico para luego, ya en la segunda parte, reflexionar con mayor precisión sobre sus funciones, particularmente las de legitimación, dentro del sistema penal. Por eso en este capítulo se busca determinar sus aspectos más genéricos, esto es, aquellos que le otorgan un sentido iusfilosófico, constitucional y fundamentador del ordenamiento jurídico penal.

Por eso mismo, este análisis tendrá por objeto solo aquellos principios que podemos denominar principios *materiales, fundamentales y derivados* del derecho penal, es decir aquellos que guían todas las instancias del desenvolvimiento del *ius puniendi*. Quedan fuera de esta reflexión aquellos principios que regulan aspectos solo parciales del derecho penal, como por ejemplo los correspondientes a la antijuridicidad dentro de la teoría del delito.

§ 24. EL SENTIDO IUSFILOSÓFICO DE LOS PRINCIPIOS PENALES

a) *DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA*. — A esta altura de la discusión científica en el campo penal parece difícil sostener que

el derecho penal depende de meras constataciones empíricas o que se desenvuelve en un sentido descriptivo, aun asumiendo como hechos a las normas positivas de un ordenamiento legal hermético y autosuficiente. Ya FEUERBACH hablaba de la filosofía del derecho penal y sus principios, como primera fuente del derecho criminal común alemán¹. Esto, ciertamente, no implica negar la importancia que tienen los análisis de las ciencias sociales y criminológicas a la hora de estudiar el fenómeno penal². Se trata, por el contrario, de señalar la su-

¹ Dice FEUERBACH que "el derecho punitivo general, como filosofía de los fundamentos jurídicos del derecho penal y de su ejercicio, es la ciencia de los posibles derechos del estado a las leyes penales (...) la ciencia del derecho punitivo positivo está integrada por los principios sobre la punición de las acciones antijurídicas en general (parte filosófica o general) (...) las fuentes del derecho criminal común alemán son: 1) la filosofía del derecho penal, en la medida en que su aplicación no esté limitada por preceptos penales positivos (...)" (FEUERBACH, Anselm von, *Tratado de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989). De esa forma, el autor del Código Penal bávaro -que tanta influencia tendrá en la codificación penal argentina- deja ver que la parte general del derecho penal tiene un carácter marcadamente filosófico, estructurado incluso por principios superiores. Se muestra así una visión de la ciencia penal claramente diversa a la positivista o a la analítica. Debe verse sobre esta cuestión en FEUERBACH y FILANGIERI el estupendo trabajo de MOCCIA, Sergio, *La promessa non mantenuta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, ps. 14 y siguientes.

En ese sentido, ZULETA PUCEIRO aclara que el actual reconocimiento de la fiabilidad racional y la pertinencia científica del discurso práctico no implica la anulación de los componentes empíricos y lógicos del saber jurídico, sino su restricción adecuada. Esta rehabilitación del pensamiento práctico permite superar, a su criterio, la idea del ordenamiento como sistema normativo, hermético y autosuficiente, integrando, por el contrario, la idea de un "conjunto de hipótesis problemáticas cuyo alcance debe dilucidarse en cada caso". De esa forma el saber jurídico es interpretado como "saber aluvional", nutrido de perspectivas científicas diversas que concurren al análisis y la solución, poniendo el problema de la decisión y la cuestión de la interpretación en un lugar central (*Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 276).

Sergio MOCCIA indica, en otra obra suya, que "Il rapporto stretto che lega opzioni ideologiche ed ordinamento giuridico riafferma la validità di quell'indirizzo metodologico che, partendo dall'approfondimento dei rapporti tra politica criminale e sistema del diritto penale, ha finito per segnare una vera e propria svolta nella dottrina giuridico-penale (...) Seguendo quest'ordine di idee, a buon diritto si può affermare che la dottrina penalistica si sia affrancata da quel carattere quasi esoterico che ormai la contrassegnava" (*Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 29).

² Señala ROXIN que las soluciones de problemas jurídicos en el derecho penal puede depender de conocimientos obtenidos en otras áreas. Por eso afirma que "un derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha

peración del paradigma positivista -naturalístico o jurídico- en tanto ineficaz para dar razón plenaria de los fines, funciones y conceptos específicos del ámbito penal³.

En nuestro tiempo, el reconocimiento del carácter valorativo del fenómeno punitivo ha puesto en evidencia la necesidad de individualizar, identificar y criticar los principios que están en el inicio y justificación de las determinaciones del derecho penal, en cualquiera de sus instancias. El formalismo del positivismo tradicional es incapaz de responder a los interrogantes sobre el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo que respecta a la ciencia penal o dogmática, cuanto a la política criminal y a la interpretación judicial de las leyes. De suyo, ni la tarea legislativa en materia penal ni la aplicación jurisdiccional de esas normas pueden explicarse eficaz-

colaboración de todas las disciplinas parciales de la ciencia global del derecho penal" (*Derecho penal*, "Parte general", Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 47). En un sentido similar, Carlos PÉREZ DEL VALLE señala que en un planteamiento metodológico del derecho penal vinculado a la justicia no es posible prescindir del conocimiento empírico (ver *Criminología y derecho penal*, en "Rev. Canaria de Ciencias Penales", n° 4, 1999).

Por su parte, JESCHECK afirma que "la política criminal actúa de puente entre la dogmática jurídico-penal y la criminología" (*Tratado de derecho penal*, "Parte general", Comares, Granada, 1993, p. 37).

³ Esto se pone en evidencia cuando se trata la cuestión del concepto material del delito. Al respecto, ROXIN considera que este concepto se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. El concepto material del delito suministra entonces al legislador un criterio político-criminal sobre qué debe penar o dejar impune. Para ROXIN el núcleo de legitimación de los aspectos materiales del delito reside en la afectación de bienes jurídicos a los que el derecho penal debe prestar protección (ob. cit., p. 51). Ver igualmente STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982.

Por su parte, JAKOBS centra la legitimidad formal del derecho penal en la aprobación de las leyes penales de acuerdo a las exigencias constitucionales. En el orden de la legitimidad material, sin embargo, entiende que esta guarda relación con el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe así ningún contenido genuino de las normas penales, sino que este se rige por los contextos de regulación. De esa forma, la noción de bien jurídico pierde la relevancia asignada por ROXIN o por HASSEMER, para ser ocupado su lugar por la idea de "incumplimiento de un deber", entendido este como cumplimiento de las normas esenciales para el mantenimiento de la configuración social (JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, "Parte general", Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 45 y ss.). Sobre esta cuestión debe consultarse igualmente el trabajo de Manuel CANCIO MELIÁ, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

mente desde la metodología del positivismo clásico, la dogmática positivista o el mero análisis del lenguaje.

Por eso dice ROXIN que se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea, constituido atendiendo a finalidades valorativas. Esto permite la congruencia sistemática, con lo cual se obtiene la seguridad propia de un ordenamiento no contradictorio y a la vez se logra la corrección material merced a la cual se garantiza la justicia del caso concreto. De esa forma se salvan los beneficios de un esquema sistemático, imprescindible en derecho penal para evitar meras soluciones "ad hoc" o una lotería de soluciones y se protege la respuesta adecuada —conforme las finalidades rectoras de tipo político-criminal— al conflicto⁴.

Desde esta perspectiva, la interpretación penal, la hermenéutica y la argumentación judicial carecerían de un referente adecuado si se circunscribe el punto de partida al enunciado normativo en su mera literalidad y se omite la noción íntegra de norma jurídica que incluye como aspecto fundamental la finalidad⁵. Se entiende así la advertencia hecha

⁴ ROXIN, ob. cit. p. 217. SILVA SÁNCHEZ pone en evidencia uno de los problemas abiertos por la metodología de ROXIN que, si bien se muestra claramente superadora del modelo positivista, lo cierto es que permanece vinculada a través de la influencia neokantiana a un relativismo de base que no reconoce perspectivas ontológicas relevantes. De esa forma está en debate si la apertura que provoca la referencia del sistema penal a la política criminal reconoce valores que superen el mero consecuencialismo práctico de la aplicación funcional al sistema. En tal sentido, puede verse *Política criminal y nuevo derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 23. Sobre el neokantismo en general, puede verse la obra colectiva coordinada por Agustín Squella, *El neokantismo en la filosofía del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982. Sobre la relación entre principios y política criminal, Francesco PALAZZO señala las funciones limitativas, garantísticas, y de orientación valorativa de aquellas. Ver *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, ps. 10 y 11.

⁵ Este aspecto se muestra especialmente dentro de las teorías contrapuestas de ROXIN y JAKOBS sobre relación entre norma y bien jurídico. En tal sentido, sostiene ROXIN que el concepto de bien jurídico se integra a la norma no solo desde una perspectiva de interpretación teleológica sino político-criminal. El abandono de un concepto político-criminal —dice— "en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatisfactorio" pues no daría respuesta a los problemas materiales que aparecen en las decisiones políticas sobre delitos y penas (ob. cit., p. 55). Por su parte, JAKOBS afirma desde el desenvolvimiento actual del derecho penal que "la equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa

por JAKOBS al referirse al principio de sujeción a la ley. "Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa —no utópica—. Por eso, de seguirse dicha exigencia máxima, el principio degenera en una mera 'idea rectora' sin vinculación al caso concreto"⁶.

En todos estos casos se pone de manifiesto la necesidad de "develar" o exponer los principios que dan sentido y fundamento a las consideraciones, prescripciones y determinaciones adoptadas respecto de textos que son el medio de expresión de una finalidad. En definitiva, resulta imprescindible reconocer la presencia de un determinado marco de valores explicitado a través de prescripciones que otorgan consistencia y fundamento a los razonamientos penales a nivel de la política criminal, la dogmática y la interpretación legal. Se trata, pues, de los principios penales que, al igual que los principios del derecho en el campo general del pensamiento jurídico, expresan un cierto valor o fin y se hacen presentes para permitir la intelección de la materia penal, evaluarla, orientarla y prescribirla. Se puede hablar a ese respecto, y en un sentido genérico, de una filosofía del derecho penal en tanto se la entienda como una explicación completiva de orden valorativo sobre los estratos de significación de la actividad y el conocimiento penal.

La filosofía del derecho —dice JESCHECK—, incluida la penal, se esfuerza por sentar los criterios que permitan al dogmático enjuiciar si las proposiciones del derecho vigente son compatibles con los presupuestos naturales del orden social y las ideas valorativas rectoras de la ética social, y cómo deban interpretarse o, en su caso, modificarse. En ese sentido —dice— libera a la dogmática jurídico-penal del positivismo y le per-

sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional" (ob. cit., p. 52).

Si bien no es este el lugar para ingresar en este debate, pareciera que buena parte de la discusión está fundada en una consideración del bien, incluido el jurídico, y de la sociedad que no posee radicación en sede "ontológica". De esa forma, puede calificarse la postura de ROXIN como relativista.

⁶ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 79. Agrega el autor que la eficacia óptima sólo aparece cuando la exigencia de taxatividad se sitúa tan alta que critica a la praxis, sin ponerla en cuestión globalmente. Por eso, el principio de taxatividad no puede mostrar la misma rigurosidad en todo el derecho penal.

mite hallar la necesaria síntesis en la que concuerden el derecho positivo, como tal siempre inevitablemente imperfecto, y la idea del derecho correcto⁷.

Los principios penales —*materiales, fundamentales y derivados*— se instalan, pues, en una reflexión abarcadora del “todo” penal, constituido por las realidades humanas que lo reclaman, los valores que lo rigen y, necesariamente, como se verá, los fines a los cuales se orienta y que resultan ser la instancia última de determinación de todo lo vinculado con el *ius puniendi*. En este sentido ZAFFARONI muestra que el derecho penal, como ciencia, es una “filosofía especial”, que indaga el qué de una región de entes y que el ser, especialmente el del hombre, no puede estar ausente en esa reflexión. BETTIOL lo explica con su natural expresividad intelectual, al decir que el derecho penal es ante todo filosofía, pues refleja una determinada actitud mental respecto de los máximos problemas de la vida. El derecho penal compromete, a su entender, la naturaleza del hombre, la existencia o inexistencia de su libertad, la idea de culpa moral, de castigo, la posibilidad de redención, de pena de muerte y así sucesivamente⁸.

b) *LA VISIÓN DEL HOMBRE EN LA JURISPRUDENCIA PENAL.* — La visión antropológica y las perspectivas filosóficas y políticas

⁷ JESCHECK afirma que el estudio de la política criminal tampoco puede prescindir de la ayuda de la filosofía del derecho, porque esta le indica dónde deben estar las restricciones que el estado de derecho y la dignidad humana imponen a la lucha contra la delincuencia (ob. cit., ps. 37 y 38).

⁸ Dice ZAFFARONI que “Si la filosofía interroga por el sentido del ser en general, la relación es imperiosa con cualquier ciencia, pues la pregunta acerca del ser de un ente cualquiera no puede ignorar las respuestas que se dan al interrogante sobre el ser en general, debiendo presuponer siempre una cierta idea del mismo. Estas respuestas en su relación con el derecho penal proporcionan la fundamentación filosófica del mismo (...) La política criminal siempre tendrá en mira una concepción antropológica, como criterio sobre el que elaborar su crítica permanente, con directa incidencia en la legislación y en la dogmática” (*Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1987, t. 1, ps. 159 y 160). Véase también BETTIOL, Giuseppe, *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 36.

Un ejemplo aún más claro sobre las relaciones entre filosofía y conceptos penales lo ofrece Michael KÖHLER cuando analiza el concepto de imputación en Arthur Kaufmann, Schmidhäuser, Bockelmann y Wolf. Puede consultarse *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, ps. 80 y siguientes.

para analizar la relación individuo-comunidad son elementos fundamentales de los principios penales. A modo de ejemplo, puede verse en la jurisprudencia de la Corte Suprema el uso de esos criterios axiológicos para fundar decisiones encontradas o dar el sentido último a principios como el de bien común político o de dignidad humana en la resolución de un caso concreto y, obviamente, mediante la aplicación del mismo texto constitucional.

Así, el voto del juez Petracchi en la mayoría del caso “Bazterrica” explica que la garantía del art. 19 de la Ley Fundamental “responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan...”, agregando argumentos de carácter empírico, pero vinculados con aspectos de conveniencia política criminal, al señalar que “en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva (...) además no está probado que la prevención penal de la tenencia, y aún de la adicción, sea un remedio eficiente para el problema que plantean las drogas (...) por eso es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyan las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos” (*Fallos*, 308:1392, consids. 8º, 9º y 10).

Sin embargo, la mayoría en el caso “Montalvo” entendió que “los motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a los tribunales inmiscuirse” y así indica que no es posible a los tribunales “examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga”. Lo más importante, de todos modos, es advertir no tanto la diversa perspectiva político-criminal que se utiliza en ambas sentencias, sino la de tipo filosófico. En “Montalvo” la Corte afirma que la penalización no se dirige a la represión del usuario sino a “reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él y que aquel trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también cons-

tituye un medio de difusión de la droga (...) el efecto contagioso de la drogadicción y la tendencia a contagiar de los drogadictos son un hecho público y notorio o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva que los jueces no pueden ignorar” y es por eso que “no cabe exigir en cada caso (...) la prueba de la trascendencia a terceros”.

Como se comprueba, los fines que desde el punto de vista de la persona, el derecho, la política y la moral se asignan al derecho penal operan como principios axiológicos y supra-positivos propios de aquel, ya que también aquí rige el criterio que muestra que en materia práctica los fines son los principios del obrar y del conocer. La reflexión sobre esos fines, que se constituyen en principios *materiales, fundamentales* y *derivados* del derecho penal y de los cuales derivan incluso estándares operativos, se desarrolla en un marco de análisis que incluye el posicionamiento filosófico del legislador, el juez y el científico.

De esa forma, SILVA SÁNCHEZ refiere que resulta inevitable admitir que las cuestiones básicas del derecho penal, ya sean estas las que conforman los principios del ejercicio legítimo del *ius puniendi*, ya las premisas valorativas de la atribución de responsabilidad penal, son una materia propia de la filosofía jurídica, por mucho que esos razonamientos se concreten en el marco constitucional. Esa toma de posición no es, de todos modos, un acto voluntarista sino que debe ser argumentado a fin de posibilitar el control –incluso axiológico– de la racionalidad de aquella⁹. En definitiva, de poner en evidencia qué principios y valores se han tenido en consideración para resolver, y si estos resultan abarcables por las finalidades de la política criminal anclada en los presupuestos constitucionales.

⁹ SILVA SÁNCHEZ critica la posición de JAKOBS al señalar que “en definitiva, la toma de posición ante el problema de la legitimación del *ius puniendi*, con la opción entre concepciones utilitaristas y no utilitaristas (...) de la legitimación del derecho penal, requiere una toma de posición iusfilosófica”, entendiéndolo como referencia a valores emergentes de ciertos principios y no la mera referencia a una teorización sociológica. Esto se reproduce a su entender en la instancia donde deben decidirse las premisas básicas de la dogmática del delito, para saber si esta se construye de manera dependiente o autónoma respecto de aquellos principios. Por cierto, el autor español reclama la necesaria argumentación sobre la toma de partido para poder ejercer el adecuado control de racionalidad jurídica (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 114).

También en este aspecto es ilustrativa la forma de encarar la hermenéutica del art. 19 de la Constitución nacional evidenciada en los casos “Bazterrica” y “Montalvo” pues, a partir del mismo texto, los fallos llegan a conclusiones diversas. En su voto en el precedente “Bazterrica”, el juez Petracchi sostiene que “no son punibles las acciones de los hombres que constituyan actos en su esfera privada, siempre que no afecten el orden y la moral públicas”, pero asumiendo que la cuestión fundamental es determinar “los criterios para calificar las acciones que afectan al orden y la moral públicos”. A su entender, esos lineamientos no pueden quedar reducidos meramente al fuero íntimo, pues, lógicamente, entonces no habría límite para la intromisión del Estado en conductas con proyección comunitaria. Por ello postula un esquema de “ordenada libertad” que se traduce en el reconocimiento de “un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y solo ocupada por ella...” y la garantía de un “ámbito de exclusión” contra la intromisión estatal y de particulares. La conclusión es, pues, que el orden jurídico debe “asegurar la realización material del ámbito privado concierne a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrada”. De allí que la clave de esta posición esté en “que las acciones privadas de los hombres no se transforman en públicas por el hecho de que el Estado decida prohibirlas, es decir, por su inclusión en una norma jurídica” (*Fallos*, 308:1392).

Desde la perspectiva de la mayoría en el precedente “Montalvo”, por el contrario, se explicita que “las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados cuando de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a terceros, ofensa que se concreta en forma efectiva con la tenencia de estupefacientes aunque se trate de destinados al propio consumo...”, pues “entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante hormiga y el verdadero traficante” (*Fallos*, 313:1333).

c) *EL MODELO POLÍTICO EN LA DECISIÓN PENAL.* — Así como en los argumentos precedentes se infieren concepciones filosóficas y políticas, es posible identificar en los razonamientos judiciales la presencia de principios y valores influidos por el estadio cultural, político, económico y moral del momento en el que se sitúan el legislador, el juez y el científico pero, justamente, la transparencia en cuanto a los puntos de partida de las decisiones y afirmaciones permite la discusión sobre la legitimidad de la toma de posición¹⁰. En la realidad jurisdiccional, eso aparece con cierta evidencia en numerosos fallos. Baste, sin embargo, con hacer referencia una vez más, por su carácter paradigmático, a los fallos encontrados de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la constitucionalidad de la norma penal que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Muchas de las argumentaciones están planteadas, como se vio, desde un referente axiológico, pero además es posible identificar que algunas de las argumentaciones aparecen condicionadas por circunstancias externas al conflicto y motivadas en criterios marcados por el momento institucional.

Por un lado, el voto del juez Petracchi en el caso "Bazterrica" señala, con referencia a la interpretación que dará a las garantías constitucionales, el marco político e histórico que determina en gran medida su perspectiva. Sostiene así que la primera circunstancia condicionante de su interpretación "es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación

¹⁰ JESCHECK advierte que el derecho penal no debe utilizarse de cualquier modo y en cualquier medida para proteger la convivencia, pues el poder punitivo estatal vence el desorden y contiene la arbitrariedad mediante la adecuada limitación de las libertades individuales pero "solo en una forma compatible con el nivel cultural global de la nación" (ob. cit., p. 2). Esto se pone en evidencia con mayor claridad cuando SILVA SÁNCHEZ señala que aun dentro de un mismo modelo constitucional dado y con pretensión de compatibilidad con el mismo, se puedan sostener tesis diversas respecto del ejercicio legítimo del *ius puniendi* y de las premisas de atribución de responsabilidad (ob. cit., p. 14). En un sentido similar, Enrique BACIGALUPO expresa, en su segunda edición de *Derecho penal* (Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 46), que "es evidente la importancia del modelo de una sociedad libre del que se parta: el contenido esencial de la libertad de acción está históricamente condicionado por el sentimiento jurídico de una sociedad en un momento determinado".

normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos". El segundo aspecto del marco general sobre el que se emplaza la cuestión a resolver proviene de que los hechos que se juzgan "se vinculan directa o indirectamente con un problema temible: el tráfico y consumo de estupefacientes. La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas..." (*Fallos*, 308:1392, consid. 5º).

Por su parte, en el precedente "Montalvo", el voto mayoritario de la Corte Suprema hace mérito de que la norma puesta en crisis "contiene un juicio de valor para incriminar la conducta cuestionada de inconstitucionalidad por el recurrente, sin que se advierta el menor atisbo de irrazonabilidad o injusticia que justifiquen la revisión judicial. Antes al contrario, ese juicio de valor emana de un mandato clamoroso de la comunidad —cabalmente entendido por sus representantes— que desea terminar con el flagelo de la drogadependencia, sobre todo cuando ha advertido que su país ha dejado de ser un lugar de paso para el tráfico internacional para convertirse en uno de creciente e intenso consumo" (*Fallos*, 313:1333, consid. 25).

Por eso, no es extraño que JAKOBS sostenga que, en la consideración de los términos de la ley penal, el límite viene dado por la cultura de la interpretación que se practique. En consecuencia, según su criterio, el límite interpretativo está dado no por el sentido que tienen los conceptos del derecho, sino aquel que se les puede atribuir¹¹. La calidad científica de los razonamientos penales opera sin embargo como óbice a un marcado relativismo en el orden de los métodos interpretativos pues, en última instancia, los fines últimos del sistema penal están vinculados con la realidad social propia o natural de los seres humanos. MIR PUIG se encarga de remarcar la búsqueda de objetividad que caracteriza la reflexión penal de los últimos años incluso en lo vinculado con la política

¹¹ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 103.

criminal, en tanto esta depende de los principios constitucionales¹².

Desde nuestra perspectiva, ya en la consideración misma del derecho penal se manifiesta la existencia de principios que lo sostienen y justifican conforme a datos de la realidad, pero valorados según determinados fines. Dice JESCHECK que el fin del derecho penal es en primer lugar el mantenimiento de la paz y de la seguridad jurídicas gracias a la protección de los valores básicos de la convivencia en comunidad¹³. El ordenamiento penal, sobre todo en lo que hace al derecho penal general o material, se hace cargo de los presupuestos de la punibilidad y aplicación de medidas, siempre recurriendo a ciertos principios que operan como fines, garantías y legitimaciones del ejercicio de la potestad penal. A ese respecto, por ejemplo, el autor alemán dice que el principio de estado de derecho indica cómo ha de configurarse el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea de "estado justo"¹⁴.

¹² Explica MIR PUIG que "el examen de la evolución histórico-dogmática del último siglo pone de manifiesto, por una parte, la incapacidad del método naturalístico, al estilo de von Liszt, y del planteamiento ontológico, al modo de Welzel, para proporcionar una base firme a la doctrina jurídico-penal, pero también pone de relieve, por otra parte, la conveniencia de limitar el relativismo subjetivista, típico del neokantismo, si no se quiere renunciar a fundar objetivamente el derecho penal". Dentro de este esquema, el profesor catalán refiere la búsqueda por la política criminal de los últimos veinte años de un fundamento dotado de mayor objetividad que la perspectiva de la racionalidad individual (*Política criminal y nuevo derecho penal*, libro en homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, p. 32).

Por eso MARINUCCI y DOLCINI hablan, siguiendo a Pedrazzi, de "un rapporto d'implicazione" entre derecho penal y filosofía ético social, pues se da una relación que si bien no es de coincidencia, tampoco supone ajenidad. En definitiva, es un vínculo complejo y articulado, de implicación con eficacia en el campo de la prevención general (*Corso di diritto penale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, ps. 282 a 285).

¹³ JESCHECK, Hans H., ob. cit., p. 13.

¹⁴ JESCHECK distingue un concepto material y otro formal de "estado de derecho". En ese orden de ideas afirma que "en sentido material, el principio del estado de derecho indica cómo ha de configurarse el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea de Estado justo. Ahí se encuentra, en primer plano, la salvaguardia de la dignidad humana como norma básica de todo nuestro sistema constitucional de valores. De ello se desprende, para el derecho penal, con la garantía de la libertad general de actuación, su limitación a las intervenciones necesarias para asegurar la convivencia de las personas en comunidad" (ob. cit., p. 22).

Se pone en evidencia entonces que no es posible desarrollar la actividad penal sin tener en cuenta aquello que justamente le da inteligibilidad, que marca su sentido. Los principios penales, tanto aquellos de carácter general —*materiales, fundamentales y derivados*— como los que de manera particular regulan algunas de las instancias analíticas de la teoría del delito, son una realidad constituyente de la hermenéutica, la dogmática penal e incluso la política criminal. En todos estos casos, los principios son operantes porque se vinculan con un marco valorativo —*iusfilosófico y político*— de la realidad humana y de sus fines sociales.

De allí que SILVA SÁNCHEZ resulte terminante al afirmar que un análisis acerca de los fines que ha de cumplir el derecho penal, para ser legítimo, tiene que proyectarse no solo sobre normas sino también sobre determinados principios suprapositivos de aplicación de aquellas. Tales principios son los que otorgan sentido a las normas y ellos mismos representan la expresión de determinados fines legitimadores del derecho penal¹⁵.

§ 25. LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

a) *CUESTIONES PENALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*. — El carácter suprapositivo de algunos de los principios materiales del derecho penal no es un óbice para que se encuentren determinados en cierta forma dentro de la interpre-

Las funciones legitimadoras del principio de estado de derecho aparecen también en ROXIN (ob. cit., ps. 65 y 144) y son analizadas con matices críticos por JAKOBS (ob. cit., p. 80 y 82). Por su parte, Enrique BACIGALUPO remarca que en el constitucionalismo europeo contemporáneo no es el Estado quien otorga los derechos fundamentales sino que deba crear las condiciones de su realización. Esto, a su entender, no es contradicho por el principio de estado social; muy por el contrario, de ese punto de partida surge la necesidad de asegurar las condiciones o presupuestos de los derechos fundamentales que están en la base del estado de derecho (ver *Principios constitucionales de derecho penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 13, 16 y 28).

¹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, ob. cit., p. 196.

tación constitucional¹⁶. Si la Constitución representa mucho más que una serie de enunciados, ya sea de carácter político-organizativo o procedimental, una adecuada consideración debe incluir el núcleo de valores que sostiene al texto fundamental¹⁷. GARCÍA PELAYO explica que originariamente, el constitucionalismo supuso una axiología que fue desplazada por el positivismo normativista¹⁸. Toda convivencia humana se cons-

¹⁶ Enrique BACIGALUPO expresa que las limitaciones del *ius puniendi* en realidad surgen de los valores superiores del ordenamiento jurídico establecidos en particular en la Constitución (Cfr. *Derecho penal*, 2ª ed., ya citada, p. 44). Ahora bien, la mayoría de esos valores requieren de una conceptualización iusfilosófica, de orden suprapositivo. Hablar de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o de derechos inherentes a la persona exige una interpretación que trasciende los enunciados normativos. Así como ESSER destaca el carácter suprapositivo de algunos principios, Herman HELLER señala la existencia de ciertos "principios éticos del derecho" que no tienen carácter positivo pero que operan como normas constitucionales (*Teoría del Estado*, México, 1942).

Vale la pena en esto recordar, como lo hace el jurista chileno Raúl MADRID RAMÍREZ, la distinción entre "prepositivo" y "prejurídico". Dice MADRID RAMÍREZ que la noción de "prepositividad" no es idéntica a la de "prejuridicidad", "pues lo jurídico es una propiedad compleja, que deriva de la concurrencia de más tonalidades que las intrasistemáticas, mientras que la circunstancia de que una norma exista en un sistema con carácter positivamente obligatorio solo puede imputarse al ordenamiento específico que la formula y describe. No se trata, en consecuencia, de atributos convertibles desde el punto de vista lógico: la juridicidad supone la positividad, mas no se agota en ella" (*¿Es el concepto jurídico de familia un principio general del derecho?*, "Rev. Chilena de Derecho", vol. 21, 1994).

¹⁷ SANTI ROMANO advierte que el orden jurídico no se agota en las normas, pues incluye la organización, la formación institucional que dan la entidad política a la convivencia. Este autor pone en la idea de "institución" la base de la unidad firme y permanente del todo político, brindando a la existencia comunitaria el sentido objetivo, concreto, externo y visible que está en el fundamento de la presencia organizada (*Principii di diritto costituzionale generale*).

En un sentido similar, HELLER indica que la constitución y el constitucionalismo no se reducen a una mera técnica organizativa, pues siempre registra un momento valorativo (ob. cit.). Así se expresa igualmente Enrique BACIGALUPO en su obra *Principios constitucionales* . . . , ya citada, p. 33. En nuestro ámbito, Néstor SAGÜES advierte sobre lo que llama "dimensión axiológica" de la constitución, expresada entre otros aspectos remarcables, por el sentido iusnaturalista y trascendente que aparece en la redacción del Preámbulo de la Ley Fundamental argentina (*Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 78 y ss., y t. II, p. 11).

Sobre los diferentes conceptos de constitución, se puede consultar la obra de Alfonso SANTIAGO (h.), *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 59 a 69.

¹⁸ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, ps. 55 y 59.

tituye a partir de ciertos bienes básicos que han de ser preservados para hacer posible la existencia y, a partir de allí, se determinan otros que dan especificidad a esa comunidad.

La Corte Suprema se ha hecho cargo de la cuestión recordando la apreciación del juez Marshall en el caso "Mc Culloch vs. Maryland" (17 U.S. 316 -1819-) cuando expresa que "es una constitución lo que estamos interpretando: una constitución está concebida para proyectarse hacia el porvenir, y, en consecuencia, para adaptarse a las distintas crisis de los asuntos humanos".

Una de las formas de verificar el sentido propio de cada entidad política es discernir los valores y bienes que aparecen como objeto de preocupación fundamental. Esto se realiza a través de la exégesis constitucional, donde pueden hallarse los contenidos axiológicos que esa comunidad política ha puesto como fines principales de su unidad y personalidad, a punto tal de asignarlos a una instancia normativa por naturaleza ajena a los avatares que marcan los intereses circunstanciales. Este hecho, por cierto, no puede confundirse con la búsqueda de la uniformidad social, la unidad totalitaria de criterios o la neutralización de las diversas perspectivas sociales. La riqueza de la vida social, su pluralidad, el orden de libertades y competencias que constituyen la trama de la sociedad civil y su reflejo político-institucional, conforman justamente uno de los contenidos fundamentales de los valores constitucionales.

La Corte Suprema ha referido muchas veces esta cuestión. Entre otras ha dicho "que el estatuto constitucional que rige nuestros destinos (. . .) tiene entre sus propósitos fundamentales el de asegurar la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Las libertades consagradas en su capítulo primero requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de deseo. Pero es necesario puntualizar también que este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los individuos . . ." (*Fallos*, 312:496).

Desde esta perspectiva, la Constitución ofrece una cierta determinación de los principios generales del derecho penal, ya sea explicitándolos a través de ciertas fórmulas normativas, ya sea concretándolos conforme a bienes o valores que repre-

sentan un sentido particular de la existencia política. Así, mientras toda convivencia debe revestir algunas formas necesarias –naturales–; el régimen político, la organización del Estado, el régimen de derechos y garantías, etc., marcan, por otra parte, un determinado perfil institucional que sirve para encauzar aquellos grandes principios. Se trata, pues, de una cierta concreción histórico-cultural de principios básicos que rigen el ejercicio del *ius puniendi*, de lo cual la evaluación histórico-institucional del derecho penal es una prueba de evidencia, que de alguna manera puede eximirnos de amplios argumentos demostrativos.

La natural emergencia del *ius puniendi*, conforme estos principios generales, se instala en un espacio histórico-cultural, dentro del cual la Constitución supone un dato trascendente en esta etapa del desarrollo de la teoría política. Por eso, conviene considerar al bloque de valores constitucionales como un modo de especificación de los principios penales generales y desde aquí analizar su operatividad. El sentido iusfilosófico antes señalado cobra ahora una cierta modalidad histórica, política y cultural a través de este presupuesto normativo del estado de derecho, que domina básicamente nuestra realidad política internacional. La Constitución está en la base del diseño de la política criminal y opera como garantía contra la arbitrariedad de un mero decisionismo político. El punto de partida correcto, dice ROXIN, consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios constitucionales. De allí que las vinculaciones político-criminales solo pueden derivar de los cometidos asumidos en la ley fundamental¹⁹.

¹⁹ Conviene una vez más recordar que, para ROXIN, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios de la Constitución (ob. cit., p. 55). En igual sentido, Enrique BACIGALUPO, *Principios constitucionales...*, ya citado, p. 44. Esto es ratificado por MIR PUIG cuando en su *Laudatio* en el acto de investidura como doctor honoris causa del profesor Roxin en la Universidad de Barcelona sostiene que “puesto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico y ha de inspirar a todo éste, partir de la política criminal de la Constitución es partir de la política criminal que ha de orientar al derecho vigente” (*Política criminal y nuevo derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 33).

Por eso SILVA SÁNCHEZ indica que “desde el punto de vista de una concepción ‘realista’ del sistema del delito, parece claro que la orientación del mismo a los

Por eso ha dicho la Corte Suprema, refiriéndose al control de constitucionalidad de las leyes penales por los tribunales, que “la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la ley fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho” (*Fallos*, 314:441).

La relación entre aquel marco iusfilosófico y este bloque axiológico constitucional es de mutuo sostenimiento y especificación. Por un lado, el ámbito conformado por la postura filosófica posee una mayor generalidad; está “iluminando” toda la estructura de toma de decisiones sociales como un elemento legitimador de última instancia. Por otra parte, los valores constitucionales se potencian o especifican de acuerdo con el factor iusfilosófico dominante que opera brindando un mayor peso o jerarquía a ciertos bienes sobre otros a pesar de su común carácter fundamental²⁰. Esto quedó claramente

finés político-criminales del derecho penal –configurados sobre la base y en el marco de la Constitución– proporciona el más firme soporte posible” (ob. cit., p. 115).

Mireille DELMAS-MARTY, por ejemplo, analiza la evolución del Ministerio Público conforme a los principios directrices del proceso penal en las democracias europeas, tomando como base los principios constitucionales y la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de los Derechos del Hombre (*ED*, t. 175, p. 970).

²⁰ La Constitución plasma, aunque en términos ambiguos, el consenso valorativo de la sociedad, lo que, a decir de SILVA SÁNCHEZ, refleja en buena lógica las ideas culturales dominantes de nuestro tiempo (ob. cit., p. 195).

Más complejo resulta aún, como lo indican MARINUCCI y DOLCINI, discernir si la Constitución tiene prohibiciones absolutas o relativas de incriminación penal, si solo son aceptables de tutela penal los bienes constitucionales y si la constitución impone obligaciones específicas de tutela penal (ob. cit., ps. 344 y ss.).

demostrado en el modo con que la Corte interpretó en fallos encontrados ("Bazterrica" y "Montalvo") el art. 19 de nuestra Constitución a partir de premisas iusfilosóficas diferentes. En tal sentido, la propia Corte ha buscado como referente de esa problemática la utilización del principio de integración normativa. Así ha dicho, con cita de Joaquín V. González, que "si es posible que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, la solución se aclare cuando se los considere en relación con otras disposiciones constitucionales" (*Fallos*, 240:311 y 312:496, consid. 6º).

Otra vía alternativa para brindar contenido específico a principios constitucionales es la consideración del sistema ético y político del Estado, entendido como un ámbito de realización de ciertos valores —igualdad, libertad, orden, etc.—, pues de ese modo se obtiene una cierta impronta axiológica que permita resolver los conflictos. La Corte siempre ha marcado esta cuestión cuando se ha hecho cargo del alcance del art. 19 de la Constitución, poniendo en evidencia que ello depende de la perspectiva valorativa de orden ético-social. Por eso ha dicho que "en cuanto al alcance de esta última norma, cabe recordar que todas las acciones privadas de los hombres afectan de algún modo a los terceros, y si no se considerara la existencia de estos, tampoco podría concebirse la ofensa al orden y a la moral públicos. Y al afectar a terceros, está latente la posibilidad cierta de causarles perjuicio en algún interés que sea legítimo, o sea, cuya última tutela surja de la Constitución nacional. Ahora bien, es evidente que la legitimidad mencionada no depende de que el interés en juego pueda corresponder a una mayoría o minoría de sujetos. La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales (...). La democracia, desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano" (*Fallos*, 312:496, consid. 10).

Sin embargo, el estado de derecho, formado sobre la base del respeto a las leyes, no permite legitimidades que no puedan fundarse de alguna manera en una juridicidad comprobable —demostrable ante terceros—. En ese sentido, el tejido normativo positivo —poseedor de una juridicidad primaria— es un punto de referencia fundamental a la hora de traer al plano

de la eficacia los principios de índole iusfilosófica. Esto se muestra con claridad a partir del principio de legalidad que determina la referencia a una juridicidad vigente en las normas, incluidas las del derecho de gentes, para poder sostener la toma de decisiones, sobre todo jurisdiccionales. El carácter sistemático del ordenamiento penal y su estudio consiguiente deben también llegar a esta instancia decisoria.

De todos modos, está fuera de duda que los actuales textos constitucionales, en la medida que han incorporado derechos fundamentales y principios basados en la dignidad humana, ofrecen un campo difuso de interpretación. Justamente a partir de esta premisa, el marco iusfilosófico de principios cobra una posición determinante, aun en relación con la positivización constitucional de valores. A pesar de esto, no hay fundamentación legítima sin referencia jurídica legal; en este sentido no hay dudas de que la Constitución es una norma y no solo un programa de objetivos básicos. El punto de partida debe estar de alguna manera positivizado, lo que implica, en una consideración amplia del término como es la utilizada aquí, que puede ser objeto de constatación y demostración. Se trata, pues, de una legitimación comprobable, sustentable en aquello que forma parte del presupuesto de juridicidad aunque este, por su generalidad, dé lugar a versiones enfrentadas.

b) *MODELO INSTITUCIONAL Y JURISDICCION PENAL*. — Para este análisis pueden resultar válidos aquellos razonamientos de Carl SCHMITT cuando trata de explicar las significaciones del concepto de "constitución". En sentido absoluto —dice— ella representa la concreta manera de ser de la unidad política existente, reflejada en la especial ordenación política y social que adquiere un carácter dinámico en la continuamente renovada formación y erección unitiva. Solo a partir de esta perspectiva adquiere sentido hablar de la significación como regulación legal fundamental²¹ respecto de la Constitución. En

²¹ SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1992. Giovanni SARTORI advierte que "durante las últimas décadas se nos ha dicho que las constituciones no tienen importancia, que las sociedades libres son el resultado del pluralismo societal mucho más que de los designios constitucionales. Se trataba del conductismo absurdo. Por fortuna, los conductistas están ahora redescubriendo al Estado, admiten que tiene una base organizativa y que es

nuestro tiempo y desde una gran distancia en el posicionamiento teórico, DWORKIN sostiene la importancia de los estándares morales —diríamos iusfilosóficos— como criterios de validez jurídica, especialmente en el nivel de concreción casuística²².

En el orden penal, los principios penales constitucionales pueden estar positivizados y aún así requerir la impronta iusfilosófica de que venimos hablando como forma de responder a esos estándares de validez última. Mucho más fuerte es esta determinación si se trata de principios penales no explicitados sino emergentes de determinado sentido axiológico que “anima” el texto constitucional en general. Se trata de lo que HESSE denomina “fuerza normativa de la Constitución”, entendiendo por tal no solo su operatividad formal sino lo que se define como “vigor jurídico y sociológico” frente a la realidad, esto es, su aptitud para regir el comportamiento general de la convivencia²³.

La conjunción de estos dos campos permite entender la afirmación de ESSER en punto a que ningún principio actúa por sí solo como creador autónomo de normas, sino que esto se produce en unión con el resto del ordenamiento jurídico. A partir de allí es “dogmatizable” en el sentido originario del término, esto es, punto de partida de una ciencia con pretensiones deductivas o por lo menos derivables de puntos de

erróneo concebir estructuras, y en particular las estructuras constitucionales, como simples pautas de actuación” (cfr. *Ingeniería constitucional comparada*, México, 1994, p. 215).

²² Ronald DWORKIN ha mostrado la importancia de la integridad en la constitución de un orden jurídico real, esto es, dinámico y dispuesto a resolver los casos difíciles en un sentido coherente con el marco axiológico que rige el funcionamiento judicial. En este sentido hay que distinguir entre la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación. En este último supuesto, expresa que los jueces deben tratar el sistema de normas públicas como si se respetara y expresara un grupo coherente de principios. La integridad requiere, a su criterio, que las normas públicas sean hechas como si fueran la expresión de un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta. Por eso, una institución que acepta este principio puede alejarse en ocasiones de ciertos presupuestos para ir en búsqueda de la fidelidad a los principios concebidos como lo más importante del sistema (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, cap. 6).

²³ Cfr. Konrad HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; él utiliza el término “fuerza normativa” para indicar el vigor jurídico y sociológico que puede tener la constitución jurídica.

partida no cuestionables. Esto certifica la referencia de ROXIN antes mencionada, respecto de la vinculación entre la tarea legislativa y judicial y el sistema de la Constitución. Por eso ESSER remarca que el principio es apto cuando puede ser accesible a la argumentación jurídica sobre la base de valores de justicia y objetivos políticamente explicitados²⁴. Los principios constitucionales, aun pudiendo sufrir restricciones que llegan hasta el total oscurecimiento, representan por regla el más claro y poderoso sentido jurídico al resultar “condición inmanente del ser y funcionar de las disposiciones singulares”, aunque no están escritos²⁵.

En este sentido, por ejemplo, pueden interpretarse las consideraciones de JAKOBS y de MIR PUIG en punto a las significaciones que una fórmula político-filosófica puede adquirir en el contexto constitucional. MIR PUIG parte así de la noción de “estado social de derecho” como principio del cual deben valerse las interpretaciones posteriores de orden singular²⁶. JAKOBS, por su parte, vincula los matices que los “principios democráticos” pueden otorgarle al principio de legalidad más allá de su contenido básico u objetivo²⁷.

La Constitución —dice SILVA SÁNCHEZ— constituye en realidad un marco más o menos abierto, que si bien delimita la construcción dogmática puede dar lugar a consideraciones diferentes²⁸. El valor de los presupuestos constitucionales re-

²⁴ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, cap. V.

²⁵ Dice ESSER que en el derecho constitucional “existen principios no escritos válidos, pues son presupuestos positivos y necesarios de aquel. Las bases de la organización de una determinada forma estatal son ‘derecho constitucional no escrito’, es más, por lo regular representan ‘normas constitucionales de rango superior’, que pueden convertir en ‘anticonstitucionales’ a otras disposiciones secundarias” (ob. cit., p. 90).

²⁶ MIR PUIG, por ejemplo, asume el sistema de valores y principios constitucionales reflejados en la noción de estado social y democrático de derecho como idea directriz con fuerza material y hermenéutica (cfr. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976). En un sentido contrario, en cuanto a la operatividad de la definición constitucional, puede verse BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal* . . . , p. 209.

Sobre el concepto constitucional de “estado social de derecho”, véase SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 1, ps. 13 y siguientes.

²⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 80.

²⁸ “. . . en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito prescindiendo de

side entonces, mayoritariamente, en posibilitar el control de racionalidad de las decisiones, es decir, su legitimación última. Más que de una construcción verdadera —afirma SILVA SÁNCHEZ— se trata de obtener una fundamentación plausible de cara a los principios del consenso social²⁹. El derecho penal, a través de sus principios generales, busca realizar aquellos valores constitucionales aun en el momento de valerse del instrumento más agresivo del ordenamiento legal.

En este marco, la instancia judicial se muestra como el núcleo privilegiado de realización normativa de esos principios, pues opera en su determinación y aplicación, dando existencia concreta a las exigencias constitucionales.

c) *CONTROL CONSTITUCIONAL Y JURISDICCION PENAL.* — En el ordenamiento jurídico nacional, el Poder Judicial es el encargado del control de constitucionalidad, lo que le permite alcanzar esa posición central a la que se hace referencia más arriba. De allí, su legitimación para desarrollar una labor activa de determinación normativa que en nada contradice el principio de división de poderes y las competencias legislativas que este prescribe. SAGÜÉS, recordando a KELSEN, habla de una función legislativa negativa por parte de los jueces, en tanto pueden invalidar normas emanadas de otros poderes que consideran inconstitucionales. El constitucionalista argentino indica que, al fin de cuentas, el control judicial de constitucionalidad opera como garantía o antídoto dentro del propio sistema con el objetivo de resguardar su vitalidad jurídico-política. Sin embargo, también habla de un rol constructivo de la función jurisdiccional, en tanto de esta surgen medidas y pronunciamientos vinculados directamente con la fuerza normativa de la Constitución, resguardando especialmente la ju-

los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en tales sociedades. Sin embargo, tampoco debe sobrevalorarse el papel de la Constitución en este ámbito, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús, ob. cit., p. 113).

Sobre la concepción constitucional del delito, puede verse MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1992, ps. 58 y siguientes.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, ob. cit., p. 134. En sentido análogo, ROXIN, Claus, ob. cit., p. 54.

risdicción constitucional de la libertad. En este sentido, actúa como "guardián del proceso político", en la terminología de Jonathan MILLER.

Por su parte, Alfonso SANTIAGO (h.) explica que "el derecho constitucional y, de modo especial, la interpretación y el control constitucional, experimentan la tensión entre las exigencias de la realidad política sobre la que actúan y los imperativos de la normatividad que pretenden resguardar (...) esta relación estrecha entre ambas dimensiones del ser constitucional también aparecerá nítidamente en el momento de la interpretación y el control constitucional. En efecto, las exigencias prácticas de la vida estatal de un momento determinado, los problemas y valoraciones de cada época histórica estarán presentes en la interpretación que los operadores constitucionales (jueces, legisladores, Poder Ejecutivo, etc.) hagan del texto constitucional"³⁰.

Estos roles asignados al Poder Judicial encuentran el cauce de realización habitual en la aplicación de los principios constitucionales que, en el ámbito penal, suponen el resguardo de la fuerza normativa de aquellos valores que disciernen las relaciones entre el ejercicio del poder punitivo y las libertades personales. En este "espacio constitucional" los principios penales no solo operan negativamente en cuanto restringen o encausan el ejercicio del *ius puniendi* sino también de manera positiva, conformando un verdadero "programa" de política criminal basado en ciertos valores que la comunidad ha establecido con carácter más o menos permanente. En este último caso, el rol positivo de la jurisdicción penal encuentra en los principios generales del derecho penal el punto de partida para fundamentar deberes, derechos y garantías que resultan relevantes en el conflicto socialmente más agudo, como es aquel que reclama la aplicación de sanciones punitivas.

La Corte Suprema tiene una clara doctrina expuesta sobre la cuestión. Así ha dicho que "resulta oportuno recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fun-

³⁰ SANTIAGO (h.), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 56 a 58.

damental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley. Tales razones hacen que esta Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (...) de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental" (*Fallos*, 226:688; 300:241; 314:439 y 314:440).

La determinación de esos principios penales por parte de la dogmática penal, la interpretación judicial y las decisiones político-legislativas es una tarea que se construye a partir de los valores reconocibles o identificables dentro de la Constitución, que resulta el primer escalón de la política criminal.

§ 26. LOS PRINCIPIOS PENALES COMO FUENTE DEL DERECHO

a) *EL SENTIDO GENÉRICO DE "FUENTE"*. — En su tratado de filosofía del derecho, LEGAZ Y LACAMBRA advierte sobre la complejidad del concepto de "fuentes del derecho", identificando, entre otros sentidos posibles, los de "fuente de conocimiento", "fuerza creadora", "autoridad creadora", "acto concreto creador", "fundamento de la validez jurídica", "forma de manifestación normativa" y "presupuesto de un derecho subjetivo"³¹. A pesar de esa amplitud significativa, la cuestión puede cir-

cuncribirse en un primer momento a dos modos básicos de entender el término "fuente".

Por un lado, es posible atender a un criterio más o menos amplio, en el cual se integran la idea de "fundamento" o "punto de partida" con el de la fuerza social de imposición de valores materiales. Por otro lado, debe obviamente asumirse una expresión técnica de "fuente" que sirve para expresar el origen de las normas en una autoridad habilitada para dar positividad por el ordenamiento jurídico. Sobre esos dos presupuestos se suele hablar, en una segunda instancia, de "fuentes materiales" y "fuentes formales" para referirse, en un caso, a la fuerza social de determinadas prescripciones emanadas de grupos de poder y en otro a los organismos creadores del derecho. Sin embargo, cualquiera sea la clasificación a la que se recurra, lo cierto es que el problema de las fuentes se vincula con el problema de la validez del derecho.

En este sentido se advierte la importancia de identificar el rol de los principios dentro de esta cuestión. Según LEGAZ Y LACAMBRA, los principios del derecho encuadran en la clasificación de las fuentes especialmente cuando se los considera como fundamentos del derecho. De todos modos, reconoce que pueden participar de la noción técnica de fuente cuando se revisten de carácter "subsidiariamente normativo" por disposición del legislador o actualización del juez en el acto de sentenciar³².

Como se ve, la integración de los principios al problema de las fuentes del derecho viene atada al ámbito más amplio de la validez del derecho, especialmente en lo concerniente a la legitimación de las decisiones normativas y jurisdiccionales.

En el caso de los *principios materiales* del derecho penal, el problema adquiere una particular relevancia pues, siendo el *ius puniendi* la significación más extrema del poder político en el Estado moderno, la determinación de la fuente autoritativa de la respuesta penal y de sus instrumentos resulta una cuestión clave para garantizar las libertades personales y sociales. Por esa razón, cuando se teoriza sobre las fuentes penales, la clasificación habitual hace referencia a la distinción entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento. Las

³¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1971, p. 526.

³² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, ob. cit., p. 540.

primeras —explica ZAFFARONI— evalúan la instancia de autoridad creadora tanto de lo que se entiende por delito como respecto de las consecuencias de su comprobación. Delito y sanción pueden ser interpretados como los productos que esas fuentes determinan. En consecuencia, decidir sobre la fuente productiva del derecho penal implica individualizar quién tiene la potestad de establecer delitos y sanciones. En este tiempo, solo el Estado y, particularmente, el Poder Legislativo, son los que resultan habilitados como fuentes de producción del derecho penal³³.

A diferencia del caso anterior, cuando se mencionan las fuentes de conocimiento del derecho penal, se hace referencia a los instrumentos por los cuales este se expresa. En este sentido, la ley penal aparece como instancia básica de expresión penal. La significación más primaria del principio de legalidad pretende circunscribir a la ley penal la determinación instrumental del delito y sus consecuencias.

b) *DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LAS FUENTES PENALES.* — La Corte Suprema ha fijado esto en su doctrina al sostener que “en virtud de la facultad que le otorga (. . .) la Constitución nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas” (*Fallos*, 11:405; 191:245; 275:89; 314:440, entre muchos otros). Por el principio de legalidad —art. 18 de la Constitución nacional— se exige que “la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto”; de esa manera “pone en cabeza exclusiva del Poder legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que ha considerado adecuada (. . .)

³³ ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 124.

Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades” (*Fallos*, 312:1920 y 314:440).

Sobre estas ideas, cuya claridad o evidencia aleja mayores discusiones, cabe sin embargo realizar algunas precisiones para tener una comprensión real del fenómeno penal en lo que a sus principios y fuentes se refiere. Así, el hecho de que sea el Estado y, más precisamente aún, el Poder Legislativo el órgano o fuente creadora excluyente del derecho penal es consecuencia de principios que así lo establecen y que pueden resumirse en la división de poderes y el estado de derecho. A su vez, que sea solo la ley el instrumento cognitivo excluyente del derecho penal es una consecuencia del principio de legalidad que así lo define³⁴. Por último, si se asumiera una noción amplia de fuente penal —esto es, como fundamento—, la referencia a principios penales, de suyo supranormativos y positivos, estaría igualmente admitida con lo ya visto.

Al igual que en el caso de los principios generales del derecho evaluados como fuente, la noción penal de estos es, en consecuencia, compleja y muestra aquello que ESSER describiera como imposibilidad de sujetar a una consideración unívoca la realidad que los principios expresan. Por eso, al evaluar la relación de los principios con las fuentes del derecho penal, conviene recurrir a un encuadre triple.

En primer lugar, los principios materiales y algunos aspectos de los fundamentales son fuente en sentido amplio y supranormativo del derecho en tanto fundamento del *ius puniendi*. De estos puede decirse que constituyen una fuente de orden iusfilosófico y con un marcado contenido ético-político. Puede afirmarse que, a pesar de su amplitud o generalidad, las restantes fuentes penales le están subordinadas, pero solo en tanto son filosófica e ideológicamente dependien-

³⁴ Aclara ZAFFARONI que una cosa es tener en cuenta los principios generales del derecho a la hora de interpretar la ley, y otra distinta es pretender pasar sobre el principio de legalidad llevando como estandarte esos principios. En el primer sentido, los principios tienen plena vigencia para el derecho penal. En el segundo de los criterios, estos principios no pueden esgrimirse de manera contraria al principio de legalidad, puesto que éste es, precisamente, una clara derivación de los mismos principios generales de nuestro derecho penal (ob. cit., t. I, p. 128).

tes. Así, cuando se habla del principio de división de poderes o estado de derecho —que, obviamente, determina de manera inmediata las fuentes de producción y mediatamente las de conocimiento— su real consistencia o fuerza jurídica dependerá de las fuentes “fundantes” del *ius puniendi*. Esta relación de preeminencia no es perceptible en los enunciados normativos o por lo menos no es en ellos donde cobra evidencia, sino en los modos de justificación político-legislativa y judicial, ya que aquí están presentes como un sustento ideológico cuyo punto de partida es prepositivo. A ese respecto, tienen un sentido de fuente material o valorativa. De esta manera, puede decirse que si bien estos principios penales no son fuente de producción del derecho, disciernen sin embargo cuáles han de estar habilitadas para ello dentro de un marco de organización política seleccionada.

Es por eso que, en una vinculación consecuente con lo dicho, los principios penales también son fuente del derecho en punto a la determinación del instrumento cognitivo esencial del derecho penal. Esto es cumplido por la significación que posee el principio de legalidad al instituir selectivamente cuál es el medio de expresión legitimado para determinar los delitos y sus consecuencias. Aquí, de manera mediata, los principios penales operan como fuente cognitiva en la medida que permiten identificar a través de qué instancia llegan los mandatos penales. En este ámbito, puede decirse que el carácter de fuente de los principios penales pasa al plano de la positividad y normatividad en la medida en que son recibidos por la Constitución. Sin embargo, aún así poseen un carácter primariamente material y secundariamente formal, ya que dependen de una nueva concreción normativa. Por ese motivo, actúan coordinadamente con las leyes que surgen del principio de legalidad y operan reclamando subordinación, especialmente en los casos donde está en duda la formación del enunciado normativo, como pueden ser los supuestos de leyes penales “en blanco” o la problemática propia de los decretos y reglamentos complementarios del precepto.

Finalmente, en una tercera consideración, los principios penales son fuente difusa formal de conocimiento, merced a su operatividad en la instancia interpretativa de aplicación judicial. En este caso poseen normatividad, por cuanto operan integrando el precepto penal en el caso concreto. Sobre la ba-

se de que la ley debe ser complementada a través de la interpretación y que esta es un momento de su positivación, los principios penales son fuente de la decisión jurídica particular³⁵. Así, puede decirse que los principios de legalidad y culpabilidad son fuente de decisiones judiciales al determinar interpretaciones que concretan la norma y su significación. Por lo demás, el derecho penal contemporáneo ha puesto de manifiesto la importancia de estos principios en la dogmática correspondiente a la parte general. Es en este nivel donde se hace más evidente la idea de “fuente difusa”, por cuanto si bien el principio no determina directamente qué es delito y cuál es la pena, sí actúa como fuente de evaluación en todas las instancias analíticas de la teoría del delito.

§ 27. UNA NUEVA RECAPITULACIÓN SOBRE EL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

A partir de lo ya dicho, parece oportuno precisar el sentido que adquieren los principios penales como modo de ir avanzando hacia la determinación de sus funciones particulares.

Los principios penales, en tanto implican un cierto contenido material, natural y objetivo, indican las razones o motivos del surgimiento del derecho penal en la vida social. Sin embargo, como los principios se vinculan con bienes y valores,

³⁵ Jerzy WROBLEWSKI explica que en la práctica jurisdiccional se mezclan la interpretación legal que “reconstruye” el significado de la norma con aquella que “atribuye” el significado a la norma. Sin embargo, le resulta evidente que en los casos difíciles la interpretación operativa depende de valoraciones, pues el operador se enfrenta a dudas que resuelve sobre la base de directivas interpretativas que incluyen siempre una toma de decisión. Estas decisiones consultan el “contexto” normativo, que no es solamente lingüístico y sistemático sino también funcional, es decir de evaluación conforme criterios jurídicos, sociales y políticos. Por eso, para referirse a las directrices interpretativas que surgen del sistema axiológico, WROBLEWSKI habla de una teoría normativa de la interpretación que funciona como paradigma o ideal y que regula la justificación de las decisiones, sobre todo en sentido externo (cfr. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, ps. 36, 67, 70 y 59). Sobre la argumentación jurídica, conviene consultar el trabajo de Manuel ATIENZA ya citado, *Las razones del derecho y las teorías de la argumentación*, “Cuadernos y Debates”, nº 31, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

no operan como mera instancia causal, sino valorativa. De esa forma pueden evaluar la legitimidad del *ius puniendi* en tanto aporta un cierto bien o un beneficio relevante para la convivencia, que no sería posible obtener sin su participación.

Los principios penales se revisten así de caracteres iusfilosóficos y preceptivos dentro de la convivencia social, y aparecen representados en directrices, normas, fines o valores a los que debe sujetarse la configuración del derecho penal si quiere fundarse racionalmente.

En nuestro tiempo, dentro del estado de derecho, los principios penales aparecen concretando los valores constitucionales, obteniendo así positividad y legalidad formal. Dentro de este orden resaltan los principios de legalidad y culpabilidad. Ellos, a su vez, se reflejan en los principios derivados, como el de *ultima ratio* o el de proporcionalidad.

El carácter imperativo de los principios penales se pone en evidencia dentro de la política criminal, ya que actúan como un marco o cauce de desenvolvimiento de las decisiones penales en materia legislativa. Por eso puede decirse que justifican y a la vez limitan la actividad penal del poder político.

Es en la instancia jurisdiccional donde, sin embargo, los principios se muestran en su mayor determinación, pues en esta adquieren vigencia evidente, validez concreta y eficacia normativa.

Por eso, los principios sirven como guía hermenéutica en la aplicación de las leyes, el control de constitucionalidad y la resolución de los conflictos, sobre todo donde entran en oposición valores o intereses de similar relevancia social. La función legitimadora de los principios penales se verifica entonces en cada momento de la conformación del todo penal y su operatividad produce el consenso al realizar los aspectos más básicos del bien comunitario. De ese modo, las legitimaciones sirven para demostrar la aptitud del poder para alcanzar los valores que fundan la unidad de la convivencia³⁶. Esto se verifica incluso en sede dogmática al facilitar el surgimiento de un nuevo modelo de saber penal, abierto a valores y congruente con el *status* científico de saber práctico. Los principios penales determinan, entonces, el espacio de legitimidad donde

³⁶ HABERMAS, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981, p. 243.

se desenvuelven las diversas instancias penales que aparecen hoy sumidas en la crisis.

De allí la importancia que tiene discernir el contenido, sentido y funciones que en concreto desenvuelven los distintos principios penales en cada uno de esos campos. De esta cuestión intentará hacerse cargo la segunda parte de la obra, poniendo en evidencia el contenido de los principios materiales o configuradores, el de los fundamentales y el de los derivados. En la tercera y última parte, por el contrario, se buscará señalar el impacto de los principios penales en la política criminal, la dogmática contemporánea y la argumentación judicial.