

PROPUESTA DE CONTENIDOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PENAL.
PROLEGÓMENOS PARA UNA DISCUSIÓN NECESARIA*

DR. MARIO DURÁN MIGLIARDI**
Universidad de Atacama

SUMARIO: 1. Introducción: la noción de Constitución penal, premisas de contexto y esbozo de la propuesta. 2. La Constitución penal como marco valorativo y axiológico del sistema penal: Ámbito de contenidos valorativos. 3. La Constitución penal como delimitador del ius puniendi: Ámbito de contenidos instrumentales o técnicos. 4. La Constitución penal como definidor de las funciones o fines del sistema penal: Aspecto teleológico o de fines. 5. A manera de conclusión.

PALABRAS CLAVE: Determinación, pena, finalidad, prevención.

1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN PENAL,
PREMISAS DE CONTEXTO Y ESBOZO DE LA PROPUESTA

Como vengo señalando,¹ a mi juicio, las vinculaciones entre la Constitución Política de la República y el Código Penal no sólo son de carácter lógico-formal y jerárquico sino también de carácter material, sustancial o teleológicas y, por ello, la Carta Fundamental debe ser entendida como el marco valorativo de todo el sistema penal.²

Este punto de partida permite distinguir en la moderna doctrina penal dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Cons-

* Este trabajo, que en su esencia fue expuesto en las XI Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, realizadas los días 27-28 de noviembre de 2015 en la PUC de Valparaíso, ha sido realizado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt 2012 N° 1120150, titulado “El Derecho penal constitucional como fundamento de los principios, instrumentos y fines del sistema penal. Concepto, alcance y limitaciones en Chile”, de quien el autor es investigador responsable.

** Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho penal y Criminología, Universidad de Atacama. mario.duran@uda.cl

¹ Al respecto, DURÁN, Mario, Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, en *Revista Política Criminal*. N° 11 (2011), pp. 142-162.

² Al respecto, en detalle, MIR, Santiago y CORCOY, Mirentxu (Dirs.), Constitución y sistema penal. (Madrid-Barcelona. 2012).

titución Política respecto del sistema penal y su reforma: la orientación sistemática lógico-formal o dogmática-penal y la orientación sustancial, material o teleológica.³ Orientaciones que se distinguen, entre otras cuestiones, por el rol que le asignan a la Constitución Política en el marco del sistema penal.⁴

Así, mientras para la *orientación sistemática o dogmática-penal*, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo. Esto es, construir principios capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *ius puniendi* estatal y la relación entre la Constitución y el sistema penal —si existe— es una *relación formal-negativa*.

Para la *orientación material, sustancial o teleológica*, en cambio, el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial. Más aún, para esta orientación material, los principios político-criminales rectores del sistema penal no son meros límites formales al *Ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, estructuran un *Derecho penal Constitucional* cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen.

Así, desde esta perspectiva, es en la propia Constitución democrática donde deben encontrarse el cuadro de *valores* y la jerarquía de *bienes* a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal. Esto es, con referencia a la Constitución, en sus conexiones técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, es como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema.⁵ Tarea de interpretación y desarrollo de contenidos constitucionales en

³ En un sentido similar, BERDUGO, Ignacio, *et al.*, Lecciones de Derecho penal. Parte General, (Barcelona, 1999), p. 39 y ss.; GARCÍA, Nicolás, El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho. (Cuenca, 1996), p. 43. Sobre la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, desde la óptica dogmática-penal, TIEDEMANN, Klaus, Constitución y Derecho penal, en *REDC* N° 33 (1991), pp. 145-171. Para un análisis particular sobre la orientación sustancial o teleológica y su visión sobre las relaciones entre Constitución-Derecho penal-Criminología y realidad social, DURÁN, Mario, Introducción a la Ciencia jurídico-penal contemporánea (Santiago, 1996).

⁴ En este sentido, cfr. DONINI, M., Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana en, VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Edic. Universidad. 2001, p. 223 y ss. Para un análisis pormenorizado, cfr. DONINI, M., Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milán: Giuffrè, 2004, p. 61 y ss. Sobre el rol del 'constitucionalismo' y el 'neo-constitucionalismo' en el sistema penal, cfr. ATIENZA, M. Constitucionalismo y Derecho penal en, MIR, S.-CORCOY, M. (Dirs.) Constitución y sistema penal. Ob. cit. p. 19 y ss.

⁵ En este sentido, ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (trad. D.-M. Luzón; M. Díaz y García Conlledo; J. de Vicente). (Madrid,

la cual le cabe un rol fundamental no solo al Legislador penal sino principalmente al Tribunal Constitucional.

Por ello, desde este enfoque sustancial, material o teleológico, la Constitución, más que un mero límite, es el *fundamento* de la pena, de la teoría del delito y del Derecho penal en general.⁶ Esto significa que, tanto la elección de la conducta a sancionar, las técnicas a emplear, los bienes jurídicos a proteger o las sanciones penales a aplicar, entre otras cuestiones, no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador de turno sino que deben tratarse de decisiones fundamentadas directamente en las valoraciones, principios, reglas y decisiones político criminales –condiciones o requisitos– que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal.⁷

En definitiva, todo esto implica que el estándar de legitimidad del Derecho penal o, más en general, de la forma de ejercer el poder punitivo del Estado, proviene del marco valorativo que el respectivo modelo de Estado fija en la Constitución.⁸

Ahora, establecer lo anterior no basta si no se presenta, desde una orientación teleológica o material, una propuesta acerca del posible contenido de la Constitución penal, su rol en el sistema jurídico-penal y los principales ámbitos de aplicación de la misma. Ello, sobre todo, si lo que se plantea es alejarse de las posiciones de dogmática lógico-formales y lo que se busca es iniciar una discusión acerca de las *funciones* que la noción de Constitución penal puede o debe cumplir en el contexto de reforma constitucional que estamos viviendo en nuestro país.

1997), p. 55 y ss.; BRICOLA, F., Teoría general del reato en *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. (Milán, 1997), p. 539 y ss.; MOCCIA, S., Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleologica (Nápoles, 1992); DONINI, M., Teoría del reato. Una introduzione. (Pavova, 1995); De él mismo, Dogmática penal e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione, *Dei delitti e delle pene* N° 3 (1998), p. 37 y ss. ARROYO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución RJCLM N° 1 (1987), p. 97 y ss. En detalle, DURÁN, Mario, El planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional, en *Revista de Derecho. U. Católica del Norte*. Año 20, N° 2, (2013), pp. 305-326.

⁶ Sobre la función de la pena y la teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, MIR PUIG, S. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho (Barcelona, 1994). p. 29 y ss.

⁷ Al respecto, ATIENZA, M., Constitucionalismo y Derecho penal en, MIR, Santiago y CORCOY, Mirentxu (Dir.) Constitución y sistema penal, ob. cit., p. 19 y ss.; MARCILLA, G., Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal en, MIR, Santiago y CORCOY, Mirentxu (Dir.) Constitución y sistema penal, ob. cit., p. 67 y ss.; PRADO, L.-R., Bien jurídico-penal y Constitución (trad. L. Álvarez) (2010); Zaffaroni, E, El marco constitucional iushumanista del saber penal en, de él mismo, En torno de la cuestión penal. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18. Dirigida por G.D. Fernández. (Montevideo-Buenos Aires). 2005, p. 121 y ss.

⁸ En este sentido, MUÑOZ, F.-García, Manual Derecho penal Parte General (Valencia, 1994), p. 64.

Esto es, en dicho contexto de reforma: ¿qué contenidos esenciales se proponen en materia penal para la nueva Constitución?, ¿cuál es el rol que se propone debe cumplir la Constitución respecto del sistema jurídico-penal?, ¿cuáles son los ámbitos de aplicación de la nueva Constitución penal? En fin, ¿qué *funciones o fines* debe establecer para el sistema jurídico penal la nueva Constitución penal?

Para intentar dar respuesta a dichas interrogantes, a mi juicio, se debe partir de ciertas premisas básicas para afinar y transparentar el contexto metodológico del que se parte: Premisa 1: La configuración del conjunto de valores-marco, de los fines u objetivos y de los instrumentos y técnicas en los que se sustenta y desarrolla el sistema penal debe recaer en una Constitución de origen democrático y participativo.

Premisa 2: La propuesta de tales contenidos debe ser de rango constitucional y no debe ser dejada abandonada a la disquisición del legislador de turno. Más aún, si se estima procedente en el proceso constituyente, el legislador solo podría desarrollar y complementar tal contenido en el nuevo Código Penal que de tal proceso derive.⁹

Premisa 3: Debe conectarse la discusión de la nueva Constitución con la reforma del sistema jurídico-penal. Para ello resulta fundamental proponer una reforma penal desde la política criminal más que de la mera dogmática penal. Una reforma desde la Constitución, sus principios y funciones y no desde la ley y sus límites. Esto es, debe abandonarse la metodología del ideal liberal –lógico-formal– de la codificación como fin en sí mismo y adoptarse el ideal sustancial, material y funcional del Estado social y democrático de Derecho.

Sobre la base de estos antecedentes, mi propuesta de contenidos para la Constitución penal se puede esbozar de la siguiente manera: Habitualmente, la denominada Constitución penal se construye a partir de una serie de preceptos que, directa o indirectamente, se relacionan o se les relaciona con el sistema penal y que se encuentran desperdigados a lo largo del articulado de la Constitución, cualquiera sea ella. Así, ya a partir de los títulos preliminares o de las declaraciones de principios generales de la Constitución, se encuentran alusiones directas al tema penal.

Más directamente, se ha entendido que forman parte de la Constitución penal aquellos preceptos que contiene el *sistema de valores* o los Bienes Jurídicos declarados o reconocidos por la Constitución, compuesto no sólo por los tradicionales

⁹ Nuestro Código Penal se ha modificado de manera parcial y de forma reiterada. Más aún, se han formado múltiples y variadas comisiones de reforma y existen varios proyectos más o menos totales o completos de Códigos, pero se mantiene el mismo análisis crítico a su respecto: obsolescencia, alejamiento de la realidad y de los valores sociales actuales, ineficiencia, desprotección de Derechos. Respecto de los proyectos, en detalle, MATUS, J.P., La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del siglo XX y principios del XXI, en *Revista Política Criminal*. Vol. 5, N° 9 (julio 2010), art. 4°, pp. 143-206.

derechos fundamentales, reconocidos por la totalidad de los Estados Modernos, sino también más contemporáneamente, por los derechos de los *ciudadanos*, los valores que de ellos emanan, y aquellos que son necesarios y convenientes para hacerlos efectivos.

De manera aún más directa, aunque también habitualmente establecidos de forma desperdigada en el texto constitucional, se presentan aquellos preceptos o principios constitucionales sobre mandatos, prohibiciones, técnicas y regulaciones que afectan y limitan directamente al *Ius Puniendi* Estatal, tanto en su aspecto de creación como de aplicación de normas, vinculándose por ello tanto al Poder Legislativo como al Judicial.

Por último, se establece como un contenido propio de la Constitución penal, aquellos preceptos o normas constitucionales generales que regulan de forma expresa conceptos o instituciones pertenecientes al sistema penal. Esto es, por ejemplo, la regulación constitucional de la Extradición o los Tribunales de Jurisdicción Penal, del Ministerio Público, del Sistema penitenciario o de la Defensoría Penal Pública.

En cambio, la propuesta de estructuración de los contenidos que se desarrolla a continuación se basa en tres roles o aspectos, a mi juicio fundamentales, de la Constitución Penal: 1. Su rol como marco valorativo y axiológico del sistema penal (Ámbito de contenidos Valorativos). 2. Su rol como delimitador del *Ius Puniendi* (Ámbito de contenidos instrumentales o técnicos) y 3. Su rol como definidor de las *funciones* o fines del sistema penal (Aspecto teleológico o de fines).

Con ello, se intenta proponer, más que doctrinas o ideas, un orden estructural a partir del cual se puedan realizar propuestas concretas en materia penal, superando el carácter individual y desperdigado de las normas relativas al sistema, modernizando sus contenidos y transparentando la propuesta político-criminal sobre valores, medios y fines que se desee postular.¹⁰ Por ello advierto que en estas líneas no se realizan, salvo apuntes muy necesarios, análisis dogmáticos acabados sobre los contenidos propuestos.

2. LA CONSTITUCIÓN PENAL COMO MARCO VALORATIVO Y AXIOLÓGICO DEL SISTEMA PENAL: ÁMBITO DE CONTENIDOS VALORATIVOS

Como arriba señalaba, es en la propia Constitución democrática donde se debe encontrar el cuadro de *valores* y la jerarquía de bienes a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal. Por ello, la Constitución debe establecer claramente un *sistema de valores* donde el poder punitivo no sólo se encuentre limitado formalmente, sino que, además, se encuentre legitimado

¹⁰ Sobre el concepto de *dogmática creadora* y su relación con la política criminal, MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, ob. cit., p. 11 y ss.

por formar parte del pacto constituyente que reconoce y establece derechos fundamentales para el ciudadano.¹¹

Esto significa, a mi juicio, que el Derecho penal, como parte del sistema jurídico, debe adaptarse y ponerse en consonancia con el modelo de Estado que la nueva Constitución consagre, así como con los valores que éste propugne. En la presente propuesta este modelo sería el *Estado social y democrático de Derecho*.¹²

En el Derecho Comparado esta noción se regula de diversas formas. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana, de 1949, en su art. 23 (modificado el 21 de diciembre de 1992), establece en su N° 1. “Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental”.

Por su parte, la Constitución Española de 1978, en su art. 1º, establece: “La soberanía reside en el pueblo. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Asimismo, y más cerca de nuestro ámbito geográfico, la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, establece en su art. 1º “La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I la soberanía; II la ciudadanía; III la dignidad de la persona humana; IV los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; V el pluralismo político”.

En el mismo sentido, la Constitución Política de Colombia, de 1991, expresamente declara en su art. 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹¹ Una visión sobre la perspectiva valorativa en la Constitución en ZAFFARONI, E., El marco constitucional iushumanista del saber penal ob. cit., p. 121 y ss.

¹² Sobre su origen, concepto y contenidos, ABENDROT, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K. El estado del derecho democrático y social como proyecto político, en el Estado Social ABENDROT, W. (dirs.) (Madrid, 1986), p. 9 y ss. Sobre sus implicancias, evolución histórica, interacción Estado-Sociedad, valores y fines, GARCÍA-PELAYO, M. Las transformaciones del Estado contemporáneo (Madrid, 1996), p. 13 y ss. Sobre su posibilidad como modelo para Chile, VIERA, C. Estado social como fórmula en la constitución chilena, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 21 N° 2. (2014), p. 453 y ss.

La misma Constitución, señala en su art. 2º “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Así, a mi juicio, queda claro que una propuesta de contenido valorativo, además de posible, estaría dada por los principios generales consagrados por la Constitución de un Estado social y democrático de derecho, de gran relevancia para el sistema penal: Los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo y justicia; los principios generales de racionalidad, proporcionalidad; promoción de la libertad y de la igualdad, real y efectiva; la norma de interpretación que obliga a interpretar los Derechos Fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias.¹³

Ello, en razón de que la síntesis entre Estado de Derecho y Estado Social se explica, por una parte, en que un Estado de Derecho debe serlo en los dos sentidos del término Derecho: en su sentido *objetivo*, de norma, exigiendo que rija el imperio de la ley, que el ordenamiento jurídico sea límite y cauce del poder, así como en su sentido *subjetivo*, exigiendo también que ese ordenamiento jurídico incorpore los Derechos y Libertades fundamentales de las personas. Asimismo, solamente existe garantía de que el ordenamiento jurídico incorpore tales Derechos fundamentales si los sujetos mismos participan en su creación, lo que únicamente sucede en el sistema democrático. Por lo mismo, sólo en una democracia puede realizarse plenamente el Estado de Derecho.

Y, por otra parte, porque un Estado Social es aquel que se obliga a sí mismo, por medio de la ley, a proteger y a promover la justicia social y el bienestar de todos sus ciudadanos a través de un sistema de salud público, de un sistema de enseñanza público, de un sistema de protección contra el desempleo, de un sistema de pensiones, de sistemas de protección social y económica para personas sin recursos, con minusvalías, o que hayan sufrido daños irreversibles a causa de algún accidente o enfermedad, entre otras actividades prestacionales, financiadas principalmente con un sistema tributario redistributivo. Todo lo anterior, basado en una política social orientada a lograr una mayor justicia social, una distribución de la riqueza

¹³ Sobre la permanente problemática de vulneración de los Derechos Humanos y los desafíos que presenta el Derecho Penal Internacional, MONTIEL, J.P. La “mala costumbre” de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del Derecho penal internacional, en MONTIEL, J.P. (edit.) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? (Madrid-Barcelona, 2012), p. 399 y ss.

más equitativa, una protección económica para los más necesitados y unos servicios públicos que garanticen el bienestar del mayor número posible de ciudadanos.¹⁴

3. LA CONSTITUCIÓN PENAL COMO DELIMITADOR DEL *IUS PUNIENDI*: ÁMBITO DE CONTENIDOS INSTRUMENTALES O TÉCNICOS

Como arriba señalaba, una propuesta de contenido limitador al *ius puniendi* de la Constitución penal estaría dada por todos aquellos principios y preceptos constitucionales sobre mandatos, prohibiciones, técnicas y regulaciones que afectan y limitan directamente al *ius puniendi* estatal, tanto en su aspecto de creación como de aplicación de normas, vinculándose por ello tanto al Poder Legislativo como al Judicial.¹⁵

Esto es, la consagración a nivel constitucional, entre otros, de la proscripción expresa de la tortura, de las penas y tratos inhumanos y degradantes, la abolición total y absoluta de la pena de muerte; la consagración de las garantías de la libertad personal frente a la privación de la libertad, con cláusulas restrictivas expresas sobre la detención preventiva y la prisión provisional; la formulación de un catálogo de garantías que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, con expresa consagración de la presunción de inocencia; la caracterización y procedencia de la pena y de las medidas de seguridad; la proclamación del principio de legalidad y de irretroactividad en materia sancionatoria, y de la proscripción de la privación de libertad en el ámbito del poder sancionador de la Administración; el principio *Nen bis in idem*; los derechos fundamentales relativos a la igualdad; a la vida y a la integridad física; a la libertad ideológica y religiosa; a la libertad personal; al honor y a la intimidad; a la libre expresión y a la libertad de prensa; a los derechos de reunión; de asociación; y a la libertad sindical y al derecho de huelga.

En este punto, preciso es detenerse en el Principio de Legalidad y las importantes consecuencias jurídicas que este tiene para la Constitución penal en un Estado social y democrático de Derecho, relevancia que lo lleva a constituir un verdadero *sistema de garantías* tanto criminal, penal, judicial y penitenciaria.¹⁶ Razón de

¹⁴ En este sentido, cfr. Torres del Moral, A., Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I. Sistema de Fuentes Sistema de los Derechos. 6ª Ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2010. p. 25 y ss.; Sobre el Estado Social en la Constitución Española, GARCÍA-PELAYO, M., Las transformaciones del Estado contemporáneo, ob. cit., p. 92 y ss.

¹⁵ Para un análisis de las distintas problemáticas relativas a la función y límites de la intervención penal en un Estado social y democrático de derecho, MIR PUIG, S., El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. ob. cit., p. 115 y ss.

¹⁶ En este sentido, ARROYO, L. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 8, (1983), p. 13 y ss.

sobra para que la Constitución penal deba establecer, expresa y cabalmente, el principio de legalidad garantizando, además, el cumplimiento de la jerarquía normativa que este implica.

Respecto del contenido del principio de legalidad, la doctrina concuerda en señalar que el enunciado del principio está integrado por tres aspectos que pueden expresarse en la siguiente frase: *nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege stricta, nulla poena sine lege praevia*; no hay pena sin ley escrita, no hay pena sin ley estricta, no hay pena sin ley previa. Esto es, la reserva de ley, la taxatividad y certeza de la ley y la irretroactividad de la ley.¹⁷

Así, el contenido *lege scripta* o de reserva de ley, expresa la exclusión que el principio de legalidad exige, de la costumbre, de la jurisprudencia y de los principios generales del Derecho, como fuente de delitos y penas. Por lo que, según este mandato, la única norma jurídica capaz de describir conductas punibles y sancionarlas es la ley. El fundamento de esta exigencia se encuentra en el *aspecto político* del principio de legalidad, según el cual, sólo la ley expresa la voluntad popular por estar creada a través de los representantes del pueblo. Además, la ley, por ser formulada a través de un procedimiento y por órganos previamente establecidos, da lugar a la participación y fiscalización ciudadana constituyendo un proceso público y transparente, a diferencia de la costumbre y la jurisprudencia.¹⁸

Por su parte, el contenido *lege stricta* o exigencia de taxatividad y certeza de la ley penal expresa no sólo un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos, sino también una forma de impedir que el juez se convierta en legislador.¹⁹ Así, en virtud de esta exigencia, no puede someterse a una ley penal un hecho

¹⁷ Así, entre otros, ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, ob. cit., pp. 140-175; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., Lecciones de Derecho penal (Madrid, 1999), pp. 81-83; MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho Penal, ob. cit., p. 144 y ss.; BERDUGO, Ignacio, *et al.*, ob. cit., p. 43 y ss.; CARBONELL, J.C. Derecho penal: concepto y principios constitucionales, ob. cit., pp. 111-162; ZUGALDÍA, J. M., Fundamentos de Derecho penal, ob. cit., p. 210 y ss.; VASSALLI, G, I principi generali del Diritto nell'esperienza penalistica, en *RIDPP* (1991). p. 699 y ss.; p. 715 y ss.

¹⁸ Al respecto, ARROYO, L, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, ob. cit., p. 9 y ss.; LÓPEZ, J., La reserva constitucional de ley en materia penal (ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español, en *REDC* N° 33 (1991), pp. 105-143. Sobre los problemas de aplicación este principio en relación con las violaciones de Derechos fundamentales, GALLANT, K., La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas, en MONTIEL, J.P. (edit.), La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, ob. cit., p. 315 y ss. Sobre su incorporación en la Constitución penal, p. 320 y ss.

¹⁹ Para un análisis crítico sobre la pretendida nulidad de la ley injusta o reafirmación del Derecho justo por encima de la ley injusta, esto es, la prioridad de la conciencia individual del juez como criterio rector de las resoluciones penales en caso de conflicto con la ley, GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., Seguridad jurídica y legalidad penal, en sus Estudios penales (Madrid, 2001), pp. 301-307.

que, según su tenor literal, quede fuera de ella, como sucede en los casos de las *cláusulas penales generales*, de los denominados *tipos abiertos* y en el de las *leyes penales en blanco*. Con ello, se pretende exigir al legislador que, además de una norma legal, establezca una descripción precisa y clara de la conducta prohibida y una determinación, también clara y precisa, de la pena a imponer. Esto es, una norma penal lo más completa posible con un mensaje normativo determinado, preciso, cerrado y taxativo.

Respecto de este último aspecto, sin embargo, la determinación debe entenderse con ciertos *matices*, dado que es imposible que la ley –desde ya y para cada caso particular– indique, por ejemplo, la pena que debe aplicar el tribunal en la especie o contemple la situación de los partícipes. Por ello, la determinación que exige la *lege stricta* se entiende cumplida si el legislador se limita a señalar los márgenes genéricos de la sanción, su naturaleza y sus límites de duración, ya que la determinación judicial de la pena a imponer en la realidad corresponde exclusivamente al juez. Así, la prohibición de la analogía también va dirigida al juez, por lo que constituye, además de un requisito propio de la ley penal, un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley, esto es, de la interpretación de la ley penal.²⁰

Por otra parte, creo también necesario referirme, al menos brevemente, a la importancia que el Principio de culpabilidad tiene para la Constitución penal.

El principio de culpabilidad significa que la pena criminal sólo debe fundarse en la constatación de que pudo reprocharse el hecho a su autor. En consecuencia, nadie puede ser castigado si no actúa culpablemente, debiendo excluirse la responsabilidad por el resultado. Además, el principio implica que la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad, cuestión de vital importancia en el momento de la determinación judicial de la pena. Por ello, como es sabido, el principio de culpabilidad contiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida.²¹

²⁰ Así, MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho Penal, p. 145. Para el autor, este *mandato de determinación* se concreta en la Teoría del Delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, MIR PUIG, S. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, ob. cit., p. 78. Al respecto, en detalle, KUHLEN, L. Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía, en MONTIEL, J.P. (edit.) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, ob. cit., p. 151 y ss.

²¹ Respecto del principio de culpabilidad, entre otros, C., Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, en ROXIN, C., (edit.) Culpabilidad y prevención en Derecho penal, ob. cit. p. 41 y ss.; ROXIN, C., Sobre la culpabilidad en Derecho penal, en ROXIN, C., Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal, ob. cit., p. 115 y ss.; ROXIN, C., El principio de culpabilidad y sus cambios, en ROXIN, C., Dogmática penal y política criminal, ob. cit., p. 169 y ss.; MORENO, M., Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad, en BERGALLI, R. y BUSTOS, J. (Dirs) El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kauffman (Buenos Aires, 1985), p. 385 y ss.; FERNÁNDEZ, G.D.,

En el aspecto *funcional* este principio está estrechamente conectado a los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad de la pena. Ello, porque si un sujeto no es culpable al cometer un hecho la pena resulta innecesaria desde la óptica de la prevención general negativa ya que su impunidad no afecta a la intimidación de los sujetos normales, que saben que son culpables, siendo además comprendida tal impunidad por la sociedad. Además, y obviamente, la prevención general es ineficaz frente a los inculpables. Es decir, en caso de disminución de la culpabilidad disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general.

Desde la perspectiva de la Constitución penal, el principio de culpabilidad implica también la consideración de tales principios y, muy especialmente, la concreción de los principios de igualdad y de dignidad de las personas, siendo sus principales consecuencias jurídicas, entre otras, las siguientes: El *principio de personalidad de las penas*, según el cual, no se puede hacer responsable a una persona por un delito ajeno. El *principio de responsabilidad por el hecho* que exige no castigar la personalidad del sujeto sino, exclusivamente, su conducta. El *principio de dolo o imprudencia*, en cuya virtud, la responsabilidad criminal se fundamenta en que el hecho haya sido querido y conocido o se haya cometido imprudentemente. El *principio de atribuibilidad o de culpabilidad strictu sensu*, según el cual, para que pueda reputarse culpable del hecho doloso o imprudente a su autor es preciso atribuirsele normalmente a éste como producto de una motivación racional normal.

A su vez, al desarrollar el ámbito de garantías propias del principio de culpabilidad, habitualmente se relaciona con las siguientes: La exigencia de dolo o imprudencia respecto al hecho. Por tanto, no se aplica pena alguna si el hecho típico no es imputable al autor, a título de dolo o imprudencia. De ahí el rechazo de toda suerte de responsabilidad objetiva; La necesidad de que la pena se limite exclusivamente al *hecho propio*; La necesidad de ponderar las circunstancias personales del autor, especialmente, su grado de conocimiento de la significación jurídica del hecho; y la exigencia de que la pena sea proporcionada a la *entidad culpable* de la actuación del autor.²²

El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal, en BAIGUN/ZAFFARONI/GARCÍA-PABLOS/PIERANGELI (Coords.) De las penas. Homenaje al prof. Isidoro de Benedetti (Buenos Aires, 1997). p. 211 y ss.; BERDUGO, Ignacio, *et al.*, ob. cit., pp. 62-64; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., Lecciones de Derecho penal., ob. cit., p. 311 y ss. Esp. p. 318 y ss.; sobre el concepto de culpabilidad como límite de la pena; MIR PUIG, S. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. ob. cit., p. 171 y ss.

²² En este sentido, GARCÍA, M., El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?, en QUINTERO, G.-MORALES, F. (Coords.) El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz (Madrid, 2001), p. 401 y ss.

Finalmente, en el ámbito de la Constitución penal como delimitador del *Ius Puniendi* o ámbito de contenidos instrumentales o técnicos, debe recalcar el rol de los principios de humanidad y de resocialización, sin perjuicio de que sobre este último volveré más adelante.

El principio de humanidad marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas. Por ello en los actuales Estados sociales y democráticos de Derecho no sólo se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes, que son incompatibles con la garantía constitucional de la dignidad personal, muy especialmente las penas corporales, sino que se marca una paulatina reducción del contenido aflictivo de las sanciones, se suprime el carácter deshonoroso de las mismas y se limita la eficacia discriminadora de los antecedentes penales. Todo ello encaminado a intentar compatibilizar el cumplimiento de las sanciones penales con el máximo disfrute posible de los derechos del condenado, sobre todo cuando la restricción de los mismos no resulta imprescindible para el fin constitucional de la sanción.²³

Este principio se conecta, además, con los fines de la pena establecidos a nivel constitucional, ya que la evolución en la justificación del castigo penal en las sociedades civilizadas y respetuosas de la dignidad de las personas, ha permitido una evolución desde las teorías retributivas y preventivo generales negativas hacia la mayor sensibilidad social y humana de las modernas concepciones de prevención general positiva y de prevención especial o resocializadoras.

4. LA CONSTITUCIÓN PENAL COMO DEFINIDOR DE LAS FUNCIONES O FINES DEL SISTEMA PENAL: ASPECTO TELEOLÓGICO O DE FINES

Es en el contexto desarrollado hasta ahora, entonces, en que la discusión sobre la justificación del castigo penal renace como nueva y genera, a mi juicio, a lo menos dos requerimientos.²⁴ Por una parte, la necesidad de destacar la importancia que

²³ En este sentido, entre otros, MIR PUIG, S. Introducción a las bases del Derecho penal, ob. cit., p. 113 y ss.; MUÑOZ, F., Introducción al Derecho penal. (Barcelona, 1975). p. 58 y ss.; SILVA, J.M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo (Barcelona, 1992), p. 17 y ss. ZAFFARONI, Eugenio *et al.*, Derecho Penal, Parte General. (Buenos Aires, 2000), p. 3 y ss.

²⁴ La importancia de esta discusión en nuestro país y entorno obedece a diversas razones históricas, jurídico-políticas y, sobre todo, metodológicas, más aún en nuestro actual estado de desarrollo en otros ámbitos. Al respecto, por escapar a los objetivos de este trabajo, DURÁN, Mario, El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal, en CANCIO, M. (edit.) Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. (Buenos Aires, 2006). p. 725 y ss.; DURÁN, Mario, Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la

una Constitución democrática tiene respecto de la fundamentación de los *finés* del Derecho penal y, segundo, la necesidad de dar un contenido o *función*, a través de dicha Constitución democrática, a la aplicación de la pena.

Por ello, el aspecto político-criminal teleológico o de fines en comento supone que, entre otras definiciones,²⁵ tanto al momento de creación como al momento de determinarse judicialmente la pena, deberían tener vigencia efectiva todos y cada uno de los presupuestos y principios –formales y materiales– que inspiran el *porqué* y el *para qué* de la reacción punitiva²⁶. Esto es, una creación limitada de la ley penal y una aplicación prospectiva de la determinación judicial de la pena, que considere los principios político-criminales limitadores del *Ius Puniendi* Estatal establecidos desde la propia constitución penal.²⁷

De ahí que, aceptado este punto de partida, se hace necesario establecer criterios en virtud de los cuales tanto legisladores como operadores del sistema jurídico-penal puedan justificar –racionalmente– la creación de normas jurídico-penales y la aplicación de la pena al caso concreto. Ello, porque solo sobre la base de fines político-criminales claramente definidos desde la constitución democrática, cabe pronunciarse sobre qué hechos puede recaer la creación de tipos penales (cuándo y de qué forma técnica) sino también en el caso concreto, al momento de la individualización judicial de la pena, cómo estos fines deben valorarse si hubiera lugar a ello.²⁸ Esto es, bajo qué fines, principios y objetivos *funcionales*, se debería dirigir y aplicar las medidas o sanciones penales.

actual jurisprudencia nacional, en *Política criminal* N° 8 (2009). Al; Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, ob. cit., p. 142 y ss.; DURÁN, Mario, Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Inmanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual, en *Revista de Filosofía*. Vol. 67 (2011), p. 123 y ss.

²⁵ Sobre la problemática previa a esta cuestión, BUSTOS, J., *Política criminal y Derecho penal* en BUSTOS, J. (edit.), *Obras Completas. Control Social y otros cambios*. T. II (Santiago, 2007), p. 18 y ss.

²⁶ Sobre el problema de la determinación judicial de la pena y la discrecionalidad, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, 2000), p. 402 y ss. En Chile sobre esta problemática, KÜNSEMÜLLER, C., *La Judicialización de la ejecución penal*, en KÜNSEMÜLLER, C., *Derecho penal y política criminal. Compilación de artículos* (Santiago, 2012). p. 635 y ss.

²⁷ En este sentido, se señala que “cuando se decide cuánto castigo ha de padecer el reo, es el momento en el que las cuestiones fundamentales sobre el porqué y para qué se le sanciona, han de descender de lo programático a la sentencia concreta”. QUINTERO, G. *Determinación de la Pena y Política criminal*, en *CPC*, N° 4, (1982). p. 49, 52; QUINTERO, G., *Política criminal y determinación de la pena*, en *Doctrina Penal* (Buenos Aires. 1982).

²⁸ Al respecto, en detalle, JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Manzanares, J.-L.) (Madrid, 1993), p. 790 y ss. MAGARIÑOS, M., *Hacia un Criterio para la Determinación Judicial de la Pena* en, AA.VV., *Determinación Judicial de la Pena*, (Buenos Aires,

En consecuencia, es justamente en este sentido donde el estudio del fin de la pena, establecido desde la Constitución, toma su real valor y alcance permitiendo, a mi juicio, ser analizado desde una doble perspectiva. Una, que definimos arriba como un aspecto de limitación material al *ius puniendi* Estatal y otra, que denominamos *teleológica o de fines*, que, más bien, fundamentaría y justificaría la aplicación de la sanción penal.

De esta manera, y bajo este marco teórico, la presente propuesta se decanta por la consagración expresa, a nivel constitucional, como un fin de la pena, junto con la prevención del delito, el fin o ideal resocializador.²⁹ Esto es, que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben estar orientadas hacia la prevención positiva del delito en la sociedad³⁰ y, en lo posible, a la reeducación y reinserción social del delincuente.

De acuerdo al objetivo de este trabajo, se debe señalar que fundamentar la pena en la denominada *prevención general positiva o prevención integradora* consiste primero que nada en concebir la pena como un *medio*, como un mecanismo o *instrumento*, que sólo se justifica en la medida que se emplee, explícitamente al ámbito de la teoría de la pena y en clave constitucional, como una teoría que permita apartarse de la retribución y de la prevención general negativa.

Por ello, se puede concluir que la *función* de la prevención general positiva, en el marco de un sistema constitucional social y democrático, debe buscarse, desarrollarse y construirse desde la óptica de una político-criminal transparente y participativa, propendiendo a la conciliación de sus fines: la protección de bienes jurídicos y la búsqueda de la integración a través de la pena. Ello, porque la premisa de una verdadera y más eficaz prevención del delito, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, está dada por la convicción de que el objetivo último no es erradicar el crimen sino *controlarlo razonablemente*.

1993), p. 74 y ss.; ROXIN, C., La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los fines de la Pena, en ROXIN, C. (edit.) Culpabilidad y prevención en Derecho penal, ob. cit., p. 46 y ss.; ZIFFER, P., Consideraciones Acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena, en AA.VV., Determinación Judicial de la Pena (Buenos Aires, 1993), p. 91 y ss.

²⁹ Al respecto, DURÁN, Mario, Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* N° 13 (2008), p. 57 y ss.

³⁰ Un análisis del rendimiento, contenido y ámbito de aplicación que en este sentido tendría el establecimiento de un fin preventivo general positivo de la pena en la Constitución, en su aspecto positivo, integrador o de prevención-integración, junto a una delimitación respecto del denominado Derecho penal simbólico en DURÁN, Mario, La prevención general positiva o prevención por integración como fundamento y límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre sus posibles funciones, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (en evaluación).

Por último, desde la óptica sustancial o teleológica aquí sustentada, el rol de las teorías de la prevención resulta plenamente vigente para darle contenido a los fines, valores, objetivos e instrumentos que postula la Constitución penal. Más aún, puede señalarse que una vía de inicio para modelar el posible contenido que puede tener la teoría en cuestión en nuestro país, de acuerdo con los objetivos de este trabajo, es desarrollar los argumentos críticos (de índole general, metodológicos y de la sistemática jurídico-penal, argumentos desde la teoría de la pena y argumentos desde la política criminal, descritos latamente, entre otros, en mi trabajo arriba referenciado) para intentar establecer lo que la teoría de la prevención general positiva debe constituir o significar en una sociedad democrática y deliberativa.

Por otro lado, respecto del *ideal resocializador y la prevención especial* en clave constitucional, se debe señalar que en la actualidad, y como una manera de afrontar las importantes críticas frente a sus terribles e históricos excesos y manipulaciones políticas,³¹ se ha pretendido limitar su ejercicio a ciertos *presupuestos de aplicación*. Esto es, que aun siendo el preferente no es el único fin de la pena, ya que la retención y custodia en la prisión, así como el resto de fines punitivos, también tienen su presencia; no es un derecho subjetivo, sino un principio programático que ha de orientar toda la política penal y penitenciaria; su alcance no debe limitarse sólo a las penas privativas de libertad, sino también al resto de penas y no ha de limitarse exclusivamente al momento de la ejecución sino también a los de previsión legal y de determinación judicial de la pena.³²

Así, se puede afirmar que hoy se ha evolucionado, en cuanto al contenido del fundamento preventivo especial de la pena se refiere, hacia un sentido que refiere a un fin o función resocializadora claramente entendida en términos *garantísticos*. Esto es, no como imposición de un determinado esquema de valores u orden social, sino como la creación de las *bases* para la autorrealización o autodesarrollo libre del individuo o, al menos, como la *remoción de las condiciones* que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización. Finalidad que, en el marco de la Constitución penal, debe ser un mandato al que el Derecho penal debe tender.³³

³¹ Respecto de las críticas a la prevención especial, en detalle DURÁN, Mario, Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena. ob. cit., p. 57 y ss.

³² En este sentido, GARCÍA, M. Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995. (Navarra, 1997), p. 34.

³³ En este sentido, entre otros, ZAPATERO, L. Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, en *RJCLM* N° 1 (1987), pp. 97-112, 107. Antes ya Zipf planteaba el objeto, las posibilidades y el contenido de este tipo de prevención, ZIPF, H. Introducción a la Política Criminal (trad. Miguel Izquierdo Masías-Picavea) (Jaén, 1979), p. 157 y ss.

Por ello, como vengo señalando, la humanización de la ejecución penal, además de moverse en el ámbito de los Derechos Humanos del recluso, supone un apoyo indirecto al propio mantenimiento del orden social o la seguridad del Estado, ya que lo que realmente atenta contra la seguridad estatal y el orden social es, precisamente, la deshumanización e indignidad que se refleja en la masificación e ineficientes condiciones de salubridad o higiene de las cárceles. Razón por la que, como señalé arriba, la resocialización debe enlazarse con el principio de humanidad y dignidad, en el sentido de que debe ser entendida como el esfuerzo en suprimir o cuanto menos atenuar la nocividad de la prisión.³⁴ Más aún, el moderno contenido del principio de resocialización exige la adopción de medidas que van más allá de la ejecución de la pena, por ejemplo, el término del sistema de antecedentes penales y otros que impliquen efectos estigmatizantes y discriminadores.³⁵

Por ello, la idea de *prevención* del delito establecida en la Constitución penal de un Estado social y democrático de Derecho, que ve el crimen como un doloroso ‘problema social’ –interpersonal y comunitario– de la comunidad, que nace *en* la comunidad y ha de resolverse *por* ésta, debe entenderse distinguiendo entre la prevención primaria, la secundaria y la terciaria, atendiendo a la mayor o menor relevancia etiológica de los respectivos programas; a los destinatarios a los que se dirige; a los instrumentos y mecanismos que utilizan; y a los ámbitos de los mismos y los fines perseguidos.³⁶

Esto es, la *prevención primaria* se debe orientar a las causas mismas, a la raíz del conflicto criminal, para neutralizar éste antes de que el propio problema se manifieste. Trata de crear los presupuestos necesarios o de resolver las situaciones carenciales criminógenas, procurando una socialización provechosa acorde con los objetivos sociales. Educación y socialización, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida son ámbitos esenciales para la prevención primaria, que opera siempre a medio y largo plazo, y se dirige a todos los ciudadanos. Las exigencias de prevención primaria suelen atenderse a través de estrategias de política cultural, económica y social, cuyo objetivo último es dotar a los ciudadanos de capacidad social para superar de forma productiva eventuales conflictos.

La *prevención secundaria*, etiológicamente actúa más tarde, cuando el conflicto criminal se exterioriza. Opera a corto y medio plazo y se orienta selectivamente a concretos o particulares sectores de la sociedad, esto es, a aquellos grupos y subgrupos que exhiben mayor riesgo de padecer o protagonizar el problema criminal. Esta prevención se plasma en la política legislativa penal y en la acción policial, y está fuertemente influenciada por los intereses de la *prevención general*.

³⁴ En este sentido, CERDELLÓ, V. Derecho penitenciario (Valencia, 2001), pp. 49-50.

³⁵ En este sentido, BERDUGO, Ignacio, *et al.*, ob. cit., p. 67.

³⁶ En detalle, GARCÍA-PABLOS, A., Tratado de Criminología (Valencia, 2003), p. 983 y ss.

Por último, la *prevención terciaria*, cuyo destinatario es la población reclusa o penada, tiene por objetivo esencial evitar la reincidencia y, de las tres modalidades, es la de más acusado carácter punitivo. Por ello, los programas ‘rehabilitadores’ o ‘resocializadores’ en que se concreta (muy alejados etiológica, criminológica y espacialmente de las raíces últimas del problema criminal) se llevan a cabo en el propio ámbito penitenciario.

Así, las bases de una política criminal democrática de prevención del delito, en el marco del Estado social y democrático de Derecho,³⁷ estarían dadas –en primer lugar– por la convicción de que el objetivo último de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen sino *controlarlo razonablemente*. Por ello, en este marco de funciones y fines de la Constitución penal, cobra relevancia la discusión sobre los *medios o instrumentos* utilizados, así como el tema de los *costos sociales* de la prevención del crimen. Ello, porque prevenir el delito es más que disuadir u obstaculizar su comisión, intimidando al infractor potencial o indeciso, es *intervenir* en la etiología del problema criminal, neutralizando sus *causas* ya que en un Estado social deben atacarse éstas y no solamente sus síntomas o manifestaciones. Por ello, como bien se señala, la efectividad de los programas de prevención debe plantearse a medio y largo plazo, pues su eficacia es mayor en cuanto más directamente ataque las causas del conflicto que el delito exterioriza, esto es, los programas de prevención primaria son más útiles que los de prevención secundaria y éstos más que los de la prevención terciaria.³⁸

Por todo lo anterior, la prevención democrática del delito, que aquí se plantea en clave constitucional, implica *prestaciones positivas*, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios o necesidades básicas. Sólo reestructurando la convivencia social, redefiniendo positivamente la relación entre los miembros del sistema social y de éstos con el sistema se pueden lograr avances en la prevención del delito. Cuestión esta donde el modelo del Estado de bienestar o social y democrático de derecho ha demostrado con creces su eficacia.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el marco de la discusión por una nueva Constitución en nuestro país, originada en un diagnóstico crítico del modelo institucional imperante,³⁹ se han plan-

³⁷ En este sentido, GARCÍA-PABLOS, A., Tratado de Criminología, ob. cit., pp. 1066-1067.

³⁸ En este sentido, vinculándolo críticamente al funcionalismo, HASSEMER, W., Prevención en el Derecho penal, en BUSTOS, Juan (Dir.) Prevención y teoría de la pena (Santiago, 1995), pp. 93 y ss., 111.

³⁹ Al respecto, entre otros, MAYOL, A. El derrumbe del modelo (Santiago, 2012); MAYOL, A. No al lucro. Debate (Santiago, 2012).

teado una serie de ideas de reformas centradas en aspectos más bien de gobernanza política que en aspectos relacionado con la atribución de nuevas *funciones o fines* al sistema institucional. A partir de la presente propuesta material, sustancial o teleológica, en cambio, se puede concluir lo siguiente:

1. El poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación.

2. Los principios político-criminales rectores del sistema penal no son meros límites formales al *Ius Puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, estructuran un Derecho penal Constitucional, cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen.

3. Es en la propia Constitución donde deben encontrarse el cuadro de valores y la jerarquía de bienes a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal.

4. En referencia a la Constitución, en sus conexiones técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, es como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema. Tarea de interpretación y desarrollo de contenidos constitucionales en la cual le cabe un rol fundamental no solo al Legislador penal, sino principalmente al Tribunal Constitucional.

5. Todo lo anterior hace necesario conectar la discusión de la nueva Constitución con la reforma del sistema jurídico-penal. Para ello resulta fundamental proponer una reforma penal desde la política criminal más que de la mera dogmática penal. Una reforma desde la Constitución, sus principios y funciones y no desde la ley y sus límites. Esto es, debe abandonarse la metodología del ideal liberal –lógico-formal– de la codificación como fin en sí mismo y adoptarse el ideal sustancial, material y funcional del Estado social y democrático de Derecho.

6. El esbozo de propuesta para dar una estructura a los contenidos de tal Constitución penal se basa en tres roles o aspectos, a mi juicio fundamentales, de la misma: Su rol como marco valorativo y axiológico del sistema penal (ámbito de contenidos valorativos). Su rol como delimitador del *Ius Puniendi* (ámbito de contenidos instrumentales o técnicos) y su rol como definidor de las funciones o fines del sistema penal (aspecto teleológico o de fines).

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROT, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K. El estado del derecho democrático y social como proyecto político en, ABENDROT, W. El Estado Social. Centro de Estudios Constitucionales. (Madrid, 1986).
- ARROYO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, en *RJCLM*, N° 1, 1987.

- ARROYO, L., Principio de legalidad y reserva de ley en materia pena, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 8, 1983.
- ATIENZA, M., Constitucionalismo y Derecho penal, en MIR, S.-CORCOY, M. (Dir.) Constitución y sistema penal.
- BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General (Madrid, 1990).
- BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO, Lecciones de Derecho penal. Parte General, (Barcelona, 1999).
- BRICOLA, F., Teoria generale del reato, en *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. (Milán, 1997).
- BUSTOS, J., Política criminal y Derecho penal, en BUSTOS, J., Obras Completas. Control Social y otros cambios, T. II (Santiago, 2007), p. 18 y ss.
- BUSTOS, J.-HORMAZÁBAL, H. Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Trotta (Madrid, 1997).
- BUSTOS, J.-HORMAZÁBAL H. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Trotta (Madrid, 1999).
- CERDELLÓ, V. Derecho penitenciario (Valencia, 2001).
- CEREZO, J. Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción a la Teoría del Delito (Madrid, 1992).
- CORCOY, M., Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales, en MIR, S.-CORCOY, M. (Dir.) Constitución y sistema penal.
- DONINI, M., Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana, en VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II (Salamanca, 2001).
- DONINI, M., Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. (Milán, 2004).
- DONINI, M., Teoria del reato. Una introduzione (Padova, 1995).
- DONINI, M., Dogmatica penale e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione, en *Dei delitti e delle pene* N° 3 (1998).
- DURÁN, M., Introducción a la Ciencia jurídico-penal contemporánea (Santiago, 1996).
- DURÁN, M., Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, en *Política Criminal*, N° 11 (2011).
- DURÁN, M., El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho

- penal, en CANCIO, M. Ed. Coord. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión (Buenos Aires, 2006).
- DURÁN, M., Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional, en *Política criminal* N° 8 (2009).
- DURÁN, M., Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* N° 13 (2008).
- DURÁN, M., Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual, en *Revista de Filosofía* vol. 67 (2011).
- DURÁN, M., El planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional, *Revista de Derecho U. Católica del Norte* Año 20, N° 2 (2013).
- FERNÁNDEZ, G.D., El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal, en BAIGUN/ZAFFARONI/GARCÍA-PABLOS/PIERANGELI. (Coords.) De las penas. Homenaje al prof. Isidoro de Benedetti (Buenos Aires, 1997).
- FERRAJOLI, L., Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (trad. P. Andrés, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero) (Madrid, 2000).
- GALLANT, K., La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas, en MONTIEL, J.P. (edit.) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? (Barcelona, 2012).
- GARCÍA, N., El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho (Cuenca, 1996).
- GARCÍA, M., Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995 (Navarra, 1997).
- GARCÍA, M., El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?, en QUINTERO, G.- MORALES, F. (Coords.) El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz (Madrid, 2001).
- GARCÍA-PABLOS, A., Tratado de Criminología (Valencia, 2003).
- GARCÍA-PELAYO, M., Las transformaciones del Estado contemporáneo (Madrid, 1996).
- GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., Seguridad jurídica y legalidad penal, en Estudios penales (Madrid. 2001).

- HASSEMER, W., Prevención en el Derecho penal, en BUSTOS, J. (Dir.) Prevención y teoría de la pena. (Santiago, 1995).
- JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho Penal. Parte General. (trad. J.L.) (Manzanares, 1993).
- KAUFMANN, A., La misión del Derecho penal, en MIR, S. (edit.) La Reforma del Derecho penal II (Bellaterra, 1981).
- KUHLEN, L., Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía, en MONTIEL, J.P. (editor) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? (Barcelona, 2012).
- KÜNSEMULLER, C., La Judicialización de la ejecución penal, en KÜNSEMÜLLER, C. Derecho penal y política criminal. Compilación de artículos (Santiago, 2012).
- LÓPEZ, J., La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español), en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 33 (1991).
- MAGARIÑOS, M., Hacia un Criterio Para la Determinación Judicial de la Pena, en AA.VV., Determinación Judicial de la Pena (Buenos Aires, 1993).
- MARCILLA, G. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal, en MIR, S. CORCOY, M. (Dirs.) Constitución y sistema penal (Barcelona, 2012).
- MATUS, J.P., La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI, en *Revista Política Criminal*. Vol. 5, N° 9 (julio 2010).
- MAYOL, A., El derrumbe del modelo (Santiago, 2012).
- MAYOL, A., No al lucro. Debate. (Santiago, 2012).
- MIR, S., Derecho Penal. Parte General (Barcelona, 2000).
- MIR, S., Introducción a las bases del Derecho penal (Barcelona, 1976).
- MIR, S., El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho (Barcelona, 1994).
- MIR, S.,-CORCOY, M. (Dirs.) *Constitución y sistema penal* (Barcelona, 2012).
- MOCCIA, S., Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleológica (Nápoles, 1992).
- MONTIEL, J.P., La “mala costumbre” de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del Derecho penal internacional, en MONTIEL, J.P. (editor) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? (Barcelona, 2012).
- MORENO, M., Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad, en BERGALLI, R.-BUSTOS, J. (Dirs. y Comp.) El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kauffman. (Buenos Aires, 1985).

- MUÑOZ, F. Introducción al Derecho penal (Barcelona, 1975).
- MUÑOZ, F. - GARCÍA, M. Derecho penal Parte General (Valencia, 1994).
- PÉREZ, F.-MÉNDEZ, C.-ZÚÑIGA, L. Derecho Penal Parte General (Salamanca, 2003).
- PRADO, L.R., Bien jurídico-penal y Constitución (trad. Luis Álvarez) (Lima, 2010).
- QUINTERO, G., Determinación de la Pena y Política criminal, en *CPC*, N° 4 (1982).
- QUINTERO, G., Política criminal y determinación de la pena, en *Doctrina Penal* (1982).
- ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. y notas D.-M. Luzón/ M. Díaz/ J. de Vicente) (Madrid, 1997).
- ROXIN, C., La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los fines de la Pena, en ROXIN, C., Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal (trad. F. Muñoz) (Madrid, 1981).
- ROXIN, C., Sentido y límites de la pena estatal, en Roxin, C., Problemas básicos del Derecho penal (trad. Diego-Manuel Luzón Peña) (Madrid, 1976).
- ROXIN, C., Problemas básicos del Derecho penal (trad. Diego-Manuel Luzón Peña) (Madrid, 1976).
- ROXIN, C., Transformaciones de la teoría de los fines de la pena, en VV.AA. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin (Córdoba, 2001).
- ROXIN, C., Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, en ROXIN, C. Culpabilidad y prevención en Derecho penal (trad. F. Muñoz) (Madrid, 1981).
- ROXIN, C., Sobre la culpabilidad en Derecho penal, en ROXIN, C., Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal (Barcelona, 1992).
- ROXIN, C., El principio de culpabilidad y sus cambios, en ROXIN, C., Dogmática penal y política criminal (trad. Manuel Abanto Vásquez) (Lima, 1998).
- SILVA, J.-M., Aproximación al Derecho penal contemporáneo (Barcelona, 1992).
- TIEDEMANN, K., Constitución y Derecho penal, en *REDC* N° 33 (1991).
- TORRES DEL MORAL, A. Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I. Sistema de Fuentes Sistema de los Derechos (Madrid, 2010).
- VASSALLI, G., I principi generali del Diritto nell'esperienza penalistica, en *RIDPP* (1991).

- VIERA, C., Estado social como fórmula en la constitución chilena, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Año 21 N° 2 (2014).
- ZAFFARONI, E., El marco constitucional iushumanista del saber penal, en ZAFFARONI, E., En torno de la cuestión penal. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18 Dirigida por G. D. Fernández B. (Buenos Aires, 2005).
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal, Parte General (Buenos Aires, 2000).
- ZIFFER, P., Consideraciones Acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena, en AA.VV., Determinación Judicial de la Pena (Buenos Aires, 1993).
- ZIPF, H., Introducción a la Política Criminal (trad. Miguel Izquierdo Masías-Picavea) (Jaén, 1979).