

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)*

Orientaciones político-criminales y reforma constitucional **

Intentaré abordar el tema desde una triple perspectiva, que señala, a la vez, las tres cuestiones a las que he de contraerme.

En la primera parte me ocuparé del problema de las relaciones entre derecho penal y derecho constitucional. Éste es, a mi entender, el trasfondo que pulsa detrás de la entera cuestión que nos convoca, de la que bien podría ser repetida aquí la antigua admonición de Berthold Freudenthal en el sentido de que es uno de esos temas adecuados para recordarnos la viejísima relación que existe entre el derecho penal y el derecho político, como quiera que aquél deriva de éste, y que constituye un error fatal suponer que la autonomía del derecho penal dentro del concierto de la enciclopedia jurídica haría factible una visión y un tratamiento de los problemas iuspunitivos desligados de su carácter público y sus condicionamientos políticos, porque se ha de tropezar a cada rato con la porfiada constatación de que esos problemas, al mismo tiempo que penales, son también problemas del derecho del Estado.¹

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid; diplomado en la Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia de la Universidad de Roma (La Sapienza); profesor asociado de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

** Reconstrucción, sucintamente anotada, de la intervención en la Conferencia Internacional sobre Reforma Constitucional y Derecho Penal, celebrada en Lima los días 28 y 29 de enero de 2003. Deseo expresar mi reconocimiento a los organizadores de esta conferencia internacional, la Academia Peruana de la Magistratura y la Fundación Konrad Adenauer, así como también a la contribución que presta a este evento la Pontificia Universidad Católica del Perú y a mi joven colega y apreciado amigo, el profesor doctor Dino Carlos Caro Coria, penalista de gran mérito y en quien cierta afortunada amalgama de tenacidad, inteligencia y talento mucho y bueno hace presagiar para la progresión de la ciencia penal peruana.

¹ “Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen”, en el folleto *Rektoratswechsel an der Akademie für Sozial- und Handelswissenschaften zu Frankfurt a. M. am 3. November 1909*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1910, pp. (15-28)16.

En la segunda parte haré un somero repaso de algunas de las tendencias hoy en boga en el campo político-criminal, haciendo especial hincapié en aquellas que parecen prevalecientes en la doctrina y en sus correspondientes amenazas, tanto en la teoría como en la realidad de la actividad legislativa de los países hispanoamericanos.

La última parte de mi exposición se concentrará en aquellos fundamentales principios penales que a mi entender deben cobrar expresión en una Constitución a la altura de los tiempos y, sobre todo, que sea fiel retrato del más vasto espectro de concepciones políticas cuyas vigas maestras codifica, o sea, un entendimiento liberal y democrático de la vida de relación que coloque la índole racional y ética del hombre como eje y centro de la comunidad. Dado que mi intervención será seguida por la de calificados especialistas peruanos y extranjeros, y que de ellos escucharemos una relación más pormenorizada y profunda sobre aquellos principios, en lo que me toca he de ceñirme a señalarlos, juntamente con su significación política y jurídica.

1. No más de treinta años atrás el tema de las relaciones entre los derechos penal y constitucional apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos ineludibles en el trance de caracterizar la primera de estas disciplinas y de distinguirla de aquellas ramas del ordenamiento con las que más relaciones posee.² Entresacadas de múltiples manifestaciones de tal impostación metodológica, afirmaciones sólitas, como la que sentó en Chile Eduardo Novoa Monreal, esto es, que “frente al derecho constitucional, al igual que frente a todas las ramas constitutivas del derecho, el derecho penal tiene las vinculaciones que le derivan de su carácter sancionatorio”, un aserto bien revelador de cómo la consideración del problema aún no penetraba en el sistema de conocimientos jurídico-penales, eran seguidas a lo sumo por la no menos obvia observación de que, agotada en la faz de los hechos la tremenda experiencia del totalitarismo en Europa, la desaparición de los regímenes correspondientes y el reforzamiento del espíritu democrático en la última posguerra, habían originado cambios profundos en la legislación criminal y la inclusión de fundamentales normas punitivas en la mayoría de las Constituciones políticas alumbradas a la sazón.

Y, en verdad, justamente en dichas mutaciones políticas y en estos nuevos textos constitucionales se encierra la clave de algo que estaba destinado a enriquecer el panorama dogmático y político-criminal de nuestro tiempo. Bien pronto el pensamiento penal, superando el esquematismo de la acostumbrada perspectiva lógico-formal, tratará de captar y comprender las relaciones contentutistas que median entre estos dos sectores del árbol jurídico y de averiguar en qué medida el derecho penal queda condicionado, en la materia de sus preceptos, y orientado en su norte político por el derecho constitucional.

² Para este apartado remitimos a nuestro artículo “Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 12, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 165-199, parte de cuyo contenido se resume aquí. En ese trabajo se encontrarán, además, las referencias bibliográficas, hoy elididas por mor de la brevedad.

Hoy por hoy es imposible negar que en el ámbito de lo penal es donde con mayor intensidad se pone a prueba —y es una prueba infalible— el signo liberal o autoritario del ordenamiento político que toda Constitución diseña en sus líneas esenciales. Por lo demás, lo confirma la significativa circunstancia de que el ahora más rico contenido penal de las Constituciones surgidas en los últimos cincuenta años generalmente ha encontrado plaza en el corazón de éstas, o séase, en su parte dogmática, allí donde se consagra los derechos y garantías elementales que esas cartas aseguran a los individuos. La vigente Constitución peruana no es una excepción, y por eso su artículo 2º, número 24, estampa ese verdadero *Palladium* de la libertad, es decir, el axioma de la legalidad de delitos y penas, precisamente en el marco de los “derechos fundamentales de la persona”, disposición de la cual el recordado profesor Raúl Peña Cabrera pudo escribir que demostraba la existencia de unos conceptos constitucionales de delito y pena, que actúan como límite insalvable para el legislador ordinario.³

Y no puede ser de otra manera. Cualquier ordenamiento político que se preocupe seriamente por rodear con toda suerte de garantías las libertades individuales, de circundar en el seno de la Constitución las máximas facultades jurídicas de los justiciables, de modo que éstos queden a salvo de los arrestos excesivos del poder del Estado, tiene que concentrar su atención en aquel segmento de las relaciones jurídicas en que la tensión de los polos Estado-individuo se plantea en los términos más complejos y delicados, y de esta forma salir al paso —en una norma de jerarquía superior y no sujeta a las veleidades de un legislador quizá precipitado u oportunista o a las coyunturales mayorías imperantes en el Parlamento—, de la arbitrariedad y los abusos del poder, sempiternos enemigos de la libertad y la seguridad. Éstas dan tono y *humus* al entero ordenamiento, es cierto, pero sobremanera a su fracción penal, si es verdad que en ésta quedan en juego no pocas de las máximas cuestiones que plantea al hombre su obrar exterior e intersubjetivo, y que en ello van comprometidos los más importantes bienes de que él es portador.

De ahí que, a diferencia de los documentos constitucionales de antaño, varios de los de nuestro tiempo —el italiano de 1947, entre los más importantes— se han interesado por desarrollar casi analíticamente las cuestiones capitales del derecho punitivo, a partir de una más madurada conciencia de cuánto el derecho penal es capaz de incidir sobre las libertades individuales, y de cómo bajo signos de un mejor o peor disimulado autoritarismo y al compás de regímenes poco respetuosos de aquéllas, el *ius puniendi* arriesga degenerar en mecanismo de opresión, e incluso en sombrío instrumento de terror.

³ Cfr. Raúl Peña Cabrera, con la colaboración de José Antonio Caro John y Reiner Chocano Rodríguez, *Tratado de Derecho Penal*, 4 vols., tomo I (Estudio programático de la parte general), 2ª ed., Grijley, Lima, 1995, p. 49.

A propósito de la carta republicana española de 1931, Jiménez de Asúa expuso que toda Constitución política refleja una pugna entre las exigencias técnicas y el ansia popular. Esto puede entenderse en dos sentidos. Primero, como la necesidad de afirmar, con las herramientas técnicas más confiables, la estructura y organización políticas del Estado, así como la parte dogmática del texto, allí donde se condensa la declaración de derechos. Pero es asimismo ineludible que esos requerimientos teóricos resulten compatibles con y que reflejen las valoraciones dominantes al interior de la comunidad de que se trate, en el concreto estadio histórico en que verse, de suerte que el radio de las aspiraciones de libertad y seguridad que laten en los sujetos de derecho pueda extenderse hasta abrazar lo más posible. Dicho de otra manera: es indispensable que la técnica jurídica se ponga al servicio de la construcción de una base sólida sobre la que pueda ser montado más tarde el total edificio del ordenamiento jurídico; pero es igualmente apremiante que los anhelos de libertad no queden aprisionados en holocausto de ese formalismo lógico que en lo jurídico se viste con los ropajes del *doctrinarismo académico abstracto*. El intento de encauzar el trabajo del constituyente en el esquema de una lógica exquisita, que estará muy bien para elaborar un perfecto sistema de conceptos, puede alejar ese quehacer —y su *pathos*— de las exigencias de la historia y la cultura. Muy por el contrario, un pensamiento doctrinal históricamente orientado y guiado según fines debe hacer circular aquí, como en ningún otro ámbito del derecho positivo, un soplo de vida y de libertad, para que las categorías técnicas se conviertan en formidable garantía de esas mismas vida y libertad. Así lo han entendido varias de las Constituciones nacidas tras los turbulentos años que siguieron el término de la segunda conflagración mundial, y otro tanto han hecho las recientes. Y algo análogo puede uno observar en la doctrina, pues si las últimas razones del fenómeno jurídico-penal son valorativas y, en definitiva, filosóficas y políticas, su ciencia debe organizar los diferentes conceptos e institutos de forma que queden inscriptos en e informados por el ambiente de ideas al que responden, que es filosófico, político y jurídico a la vez: en una sola palabra, *problemático*.

Hay un incuestionable fondo de verdad en la aseveración de que el problema de las relaciones entre derecho penal y derecho constitucional constituye una *vexata quaestio*, puesto que su desarrollo, ya en parte presente en la doctrina del siglo XIX, proviene nada menos que de la época de la Ilustración, y está enunciado en todas las Constituciones que reciben el influjo del famoso artículo octavo de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sólo que el interés de la doctrina por semejantes relaciones ha podido agudizarse y lograr profundidad únicamente en los últimos decenios.

Esto obedece a dos razones. Primero: si el derecho constitucional no es otra cosa sino la codificación del contenido medular del derecho político, entonces ningún nudo estrecho entre Constitución y legislación penal podía ser atado antes que la doctrina cayese en la cuenta de los superiores lazos que ligan lo penal a lo político.

Aunque alguna mente genial, anticipándose a su época, los haya intuido en la segunda parte del siglo XVIII y en las primeras décadas del XIX (me refiero a Montesquieu, Marat y Rossi), no hay duda de que es sólo a partir de 1945 que este tema pasa a convertirse en uno de preferente atención para los estudiosos.

Ahora bien, cabe pensar, con todo, que situados en la óptica de las relaciones entre derecho penal y política transitamos todavía por un campo más bien teórico. Sirve, por supuesto, para explicarnos mejor cierto orden de fenómenos que están cargados de acento de valor, y para delinear, en general, las más adecuadas directrices político-criminales que se imponen a un pensamiento consciente de que no dan lo mismo un derecho penal liberal, que otro autoritario o derechamente totalitario, mas no nos permite aún hacer cristalizar los principios nacidos de esas relaciones en la legislación positiva.

El factor que ha sacudido la dogmática penal, estimulando su interés por el estudio de los problemas encapsulados en el binomio derecho penal-derecho constitucional, es otro: el descubrimiento del *principio de ofensividad*, que se yergue como la categoría conceptual de la que dimana la exigencia de que no hay delito si la actividad correspondiente no ofende o afecta bienes jurídicos. Del reto científico de determinar en qué consisten éstos, cuáles son su contenido, extensión y las modalidades de atentar contra ellos, su disposición jerarquizada y relaciones, y qué o quiénes son los llamados a reforzar su tutela merced a la pena, procede esa perspectiva *constitucionalmente orientada* de los objetos jurídicos, sobre cuyo poderoso influjo en la hodierna ciencia penal no es el caso de formular reparo alguno.

En efecto, con la consolidación del Estado de Derecho y el paralelo replanteamiento de las relaciones entre individuo y Estado, la doctrina criminalista ha ido en pos de nuevos fundamentos de legitimación con que nutrir el contenido material del juicio de antijuridicidad, dentro de un clima de ideas notoriamente insatisfecho de los criterios admitidos en épocas anteriores. La pregunta se puso entonces en los siguientes términos: ¿toca a un legislador omnipotente determinar qué bienes son dignos de recibir protección penal, o bien ha de buscarse la clave de esta aporía en alguna instancia metapositiva o en una fuente jurídica superior a la ley ordinaria, pero que se mantenga dentro de los confines del *ius positum*? En la última línea de pensamiento se inscriben las *teorías constitucionalistas del bien jurídico*, así como su empeño de elaborar un concepto que quede antepuesto a la ulterior selección y valoración del legislador, y de proyectar después pautas de legitimación que finalmente estén dotadas de carácter vinculante para el Poder Legislativo, todo lo cual se ha conseguido merced a un empleo más fino del método deductivo sobre ciertos preceptos constitucionales, esto es, descubriendo, aun allí donde éstos parecían decir poco o nada al criminalista, la voluntad penal objetivada de un superlegislador.

Hago gracia al lector de emitir mi personal juicio acerca de las bondades de estas teorías o las reservas que pudieran despertar. El hecho es que se ha llegado a hablar de una reformulación constitucional del derecho punitivo —lo que, por lo

demás, también se proclama respecto de otras ramas del derecho, en un verdadero signo de la dogmática de nuestro tiempo—. Diré tan solo que me siento inclinado a compartir esa “reformulación” con tal que en vez de llamarla *constitucional* se la diga *política*, lo que no es algo diverso pero tiene un alcance más vasto. Pues lo que se pretende, en definitiva, es que el ordenamiento político de un país y su traducción codificada indican unas líneas precisas, como principios y normas, absolutamente vinculantes para el Poder Legislativo a la hora de describir nuevas figuras penales, retocar o expeler las existentes, y acordar a unas y otras ciertas penalidades.

2. Vayamos ahora a grandes zancadas hacia las orientaciones prevalecientes en la política criminal, para examinar después si y en qué medida pueden y deben ganar concreción y quedar estatuidas en la Constitución.

Ninguna dominó tanto en el panorama comparativo ni tuvo tanta influencia en el último proceso de reforma del derecho penal, especialmente del sistema penitenciario, como el movimiento de la *defensa social*. Me parece digno de interés destacar que esta escuela quiso desde el comienzo vincularse íntimamente al argumento que desarrollamos, ya que su objetivo central, esto es, eliminar por completo la retribución del problema del fin de la pena y someter al delincuente a un tratamiento individualizado que consiguiese reeducarlo o resocializarlo, llegó a convertirse en principio de positivo reconocimiento constitucional, desde que lo recogió el famoso artículo 27 de la Constitución de la República italiana, en la parte en que indica que las penas deben propender a la reeducación del condenado.

No corresponde aquí que nos detengamos, una por una, en las causas del descrédito y posterior derrumbamiento de la defensa social y su ideología del tratamiento resocializador. A menudo se atribuye este fracaso a simples consideraciones empíricas, a saber, que aun en los países donde se intentó, con gran inversión de recursos de todo tipo, *hacer* tratamiento, no fue dado apreciar una disminución significativa de las tasas de reincidencia entre los individuos así “tratados”. Ni que decir tiene que perspectivas todavía menos halagüeñas muestra el *trend* de la criminalidad en los Estados más empobrecidos, a los que aquella ideología llegó con cierto retraso y donde nunca fue puesta realmente en práctica más allá de un mero *hablar* de tratamiento y estampar el discurso en huecas fórmulas legales o reglamentarias, en lugar de emprender esfuerzos serios para cuando menos evitar que aquellos a los que un destino desgraciado hizo caer en la trampa del delito, hayan de salir de las cárceles degradados y estigmatizados, o en peores condiciones de como entraron. No se exagera demasiado cuando se afirma que en Hispanoamérica no hemos tenido siquiera un programa mínimo resocializador, por lo que tanto más me sorprende leer en el actual proyecto de reforma a la Constitución peruana que la potestad punitiva debe respetar el principio de resocialización, y todavía más extraño pareceme que ese principio figure allí juntamente a uno en verdad fundamental y decisivo, el de humanidad.

Con todo, esta referencia me brinda la ocasión de indicar en qué consideraciones de mayor calado hunde sus raíces la ruina de la defensa social. Los máximos principios jurídicos, sobre todo si están consagrados en una Constitución, tienen que ser no sólo compatibles sino congruentes y armónicos entre sí, como la expresión que son de una determinada inteligencia política del conglomerado social. El derecho político está allí para recordarnos que la carta fundamental no puede hacerle traición so color de legislarlo. Y hay, según creo, una radical contraposición, una verdadera antítesis entre la dignidad eminente que conviene al hombre como ser de razón y sujeto de fines, y la pretensión de que la pena asuma la tarea de “recuperarlo socialmente” si es que delinque. Bettiol, para quien la defensa social representaba un auténtico cadalso del liberalismo penal, puso de manifiesto que eso de reeducar o resocializar al condenado “hace referencia a un *quid* que está fuera del individuo y de su conciencia, a un criterio de medida y valoración puramente relativo y contingente, como relativas y contingentes son las necesidades sociales”.⁴ La llamada resocialización del condenado —a la que, dicho sea de paso, nadie se ha cuidado de llenar de un contenido concreto y bien definido— desmiente los derechos fundamentales que la Constitución le garantiza, precisamente en el momento en que asegura reconocérselos para que los “recupere”. Es la subordinación de aquellas garantías al momento histórico y a las no siempre previsibles tendencias de la entidad estatal, y la transformación del hombre en una creación contingente, accidental y errátil del Estado, que es el yo absoluto y trascendental, el verdadero sujeto de fines. Si este radical historicismo jurídico, por decirlo con el propio Bettiol, no nos hace entrar en la atmósfera política del totalitarismo penal,⁵ pues mucho se le parece, aunque se disfrace con la envoltura de un pseudohumanismo.

Dejemos tranquila a la defensa social en las fases postremas de su buen morir, y traigamos a escueta colación el principio que ha galvanizado numerosas corrientes de la política criminal de nuestro tiempo, a saber, el de *intervención mínima*.

También las bases de este postulado están ligadas a los condicionamientos políticos del *ius puniendi* y su manifestación positiva. De hecho, no es fruto del azar que su consagración aparezca junto al mandato de la legalidad de delitos y penas en el artículo 8° de la Declaración de 1789. Es más, atrae nuestro interés que allí figure antes del *nullum crimen nulla pœna sine lege*, se diría que fundamentándolo: “La ley —proclamó la Asamblea nacional— no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”. La legalidad de delitos y penas, esto es, que unos y otras sean regulados con la mayor precisión posible y en el marco de una norma abstracta, general y dotada de un designio de

⁴ Bettiol, “Sulla rieducazione del condannato”, en sus *Scritti giuridici*, 2 vols., t. II, Cedam, Padua, 1966, pp. (902-910) 905.

⁵ *Ibidem*, p. 908.

permanencia, refractario al capricho y a las vicisitudes de cada momento, surge del ver en el hombre un ente racional, y por querer brindarle certeza en punto a cuándo y cómo serán juzgados sus actos de mayor relevancia social, el mencionado axioma es prenda de su libertad. A su vez, que las penas hayan de ser establecidas sólo allí donde resulte imprescindible, es una exigencia derivada de la idea de *humanidad*, en el sentido de que las restricciones más rigurosas de la libertad y hasta las exclusiones más incisivas del individuo respecto de la sociedad, mientras nunca pueden traducirse en una desfiguración de la persona que sufre la restricción o exclusión, están justificadas únicamente si la necesidad de hacer factible la convivencia las torna imperiosas, cuando ellas sean el único medio de garantizar o posibilitar el desarrollo y la expansión del hombre en el seno de la comunidad. El fundamento del principio de intervención mínima no yace, pues, en un mecánico juego de costos y beneficios sociales, que indique dónde y hasta qué punto el más devastador de todos los poderes jurídicos de disposición deba intervenir en la solución de los conflictos sociales, porque esto, aun sin desconocer la utilidad y el valor de los estudios correspondientes, implica volver por vías subrepticias al mismo principio antes combatido, o sea, a aquella concepción según la cual el individuo puede ser tratado o manipulado como el fragmento infinitesimal de un complejo aparato de beneficio social, para figurar en él cual pieza de inventario o número estadístico de referencia. De esas consideraciones empíricas hay que rescatar más bien otro dato: que el derecho penal jamás ha servido para resolver ningún problema social, los que, por el contrario, a menudo agudiza, exacerba o incrementa. El afán de reducir cuánto y dónde se pueda la intervención del derecho penal en la protección de los bienes jurídicos más importantes, se basa, pues, en el sincero reconocimiento de que el derecho, como el sistema de garantías sociales que es, se desfigura cuando pone manos precipitadas en la pena, porque desfigura y maltrata en el penado y, en definitiva, en todos los sometidos a él, su condición de seres racionales, o sea, de personas.

Hacia los requerimientos prácticos que latan en el principio de intervención mínima, esto es: la configuración del derecho penal como extrema ratio del ordenamiento jurídico, para que ocupe el último lugar en la política legislativa del Estado; su caracterización fragmentaria, para que cubra sólo una pequeña parte en la salvaguarda de la coexistencia y los objetos valorados en que ésta se funda, y los procesos de descriminalización, despenalización y desjurisdiccionalización, converge el grueso del pensamiento penal de nuestros días, de modo que cualquier orientación moderna en el terreno político-criminal tiene que hacer sus cuentas con el principio de necesidad de la pena.

Por desgracia conspiran contra él ciertas amenazas tanto teóricas como prácticas, y algunas han tomado ya la forma de una inquietante realidad.

En el plano teórico, o dicho de una manera más exacta, en lo que respecta a la construcción del sistema científico del derecho penal, hay para recelar, en mi opinión, de las ventajas y, sobre todo, consecuencias de la cada vez más crecien-

te *normativización* de la dogmática. En la medida en que ésta implique una reorientación teleológica de los singulares conceptos penales, en un giro mental que los arraigue firmemente a las normas de cultura de los que provienen, nada tengo que objetar, pues de lo que se trata es de que el derecho penal sea la expresión cada vez más acabada y fiel de las aspiraciones valorativas de la comunidad. Pero cuando el lugar de esos ideales de vida es usurpado por unas sedicentes funciones sociales atribuidas al derecho punitivo, o ciertos fines asociados a la pena, en el marco de un nuevo sociologismo jurídico, que, como todos, aherra y amolda el deber ser al ser, y para colmo sin describir con precisión la realidad fáctica o dando por sentado que está bien así como se nos presenta; cuando se rinde ante el altar de la estabilización social los conceptos penales de mayor alcurnia, pues entonces existe el peligro de que el magisterio punitivo se expanda en una espiral sin fin y que luego no haya manera de cerrar el portillo así abierto en el principio de intervención mínima. Y en esta reviviscencia de la defenestrada defensa social está en juego, por cierto, el substrato político del derecho penal: no le falta razón a Zaffaroni cuando examina algunas de estas tendencias sistemáticas al interior de lo que denomina “Estados de Derecho amenazados”.⁶

Por lo demás, una normativización orientada según la tiranía de exigencias sociales que basan su justificación en sí mismas, es propensa y hasta muy indicada para fomentar larvadas formas de autoritarismo penal. Emparentada de algún modo con ella está ese ejercicio retórico-liberticida de la *seguridad ciudadana*, que abruma el actual panorama legislativo de los países americanos y representa la que tengo por principal amenaza práctica del principio de intervención mínima. Digo práctica porque no merece el nombre de doctrina aquello tras lo cual no hay un conjunto sistemático y coherente de principios, a los que preste garantía una red de razonamientos y estudios bien concatenados sobre la materia de que se trate, y ni siquiera el molde más modesto de un programa, al menos uno que sus creadores se muestren proclives a reconocer como concreción de sus concepciones políticas y jurídicas, y no como la respuesta inmediata a una anomalía real o sólo presunta surgida en el conglomerado social, con la que se busca allegar episódico sosiego a sus miembros. La seguridad ciudadana se ha manifestado más bien como un postulado oscuro, que a menudo no pasa de eslogan, bandera de lucha o llamado de alarma, para justificar un número cada vez mayor de iniciativas legales o actuaciones gubernativas en el campo de la sanción y prevención del delito. No tengo posibilidad de hacer aquí una exposición detallada de las lamentables excrecencias normativas nacidas de esta tendencia,⁷ pero

⁶ Cf. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 346-352.

⁷ Al efecto puede consultarse nuestro trabajo “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”, en la revista *Gaceta Jurídica*, n° 265, Santiago de Chile, julio de 2002, pp. 7-17, y la bibliografía allí citada sobre el argumento.

conjeturo que el mero señalamiento de algunas sirve para percibir el divorcio existente entre una política criminal filosófica, jurídica y criminológicamente fundada, y la evidencia de lo que, por desconocerla, engendra la praxis legislativa de nuestros países, por ejemplo: 1°) aumentar sin misericordia las penalidades de los delitos que generan o parecen crear especial temor entre los ciudadanos, particularmente el robo, ciertas especies de hurto, el homicidio, las lesiones, la violación, las asociaciones ilícitas, el tráfico indebido de estupefacientes y sus epifenómenos, y la tenencia o porte no autorizados de armas, desproporcionándolas respecto de la gravedad objetiva del acto, lo cual provoca antinomias insolubles dentro del equilibrio axiológico del sistema penal, por lo que a menudo resultarán criminógenas; 2°) establecer para tales puciones unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí, es decir y en definitiva, marcos penales indeterminados en los que un arbitrio judicial desmedido destruye las exigencias de seguridad y certeza inherentes a la legalidad de las puciones; 3°) buscar hasta conseguir una reducción del límite de la inimputabilidad por inmadurez, para someter a pena a quienes recién se asoman a la edad de la adolescencia e incluso a niños, con el correlativo menosprecio de la madurez espiritual que requiere en el hechor el principio de culpabilidad; 4°) reponer el presidio perpetuo en los Códigos que lo hubieran suprimido, o bien exigir, en aquellos donde preexistía, que el preso cumpla la pena durante varias décadas, como presupuesto para la concesión de la libertad condicional, es decir, tornando la última imposible o convirtiéndola en preparación para la muerte, antes que del retorno del condenado a la vida en libertad; 5°) fomentar la delación y la soplonería, ya por la oferta de reducir la responsabilidad de los delincuentes que revelen los nombres de sus compañeros, ora por otorgar recompensas a los particulares que denuncien ciertos delitos o entreguen a sus autores, sea, en fin, por regular y declarar lícita la actuación de agentes provocadores y otros turbios sujetos que susurran noticias al oído del aparato policial, con lo que se tiende sobre la administración de justicia un manto de ruindad que corroe el poder de autoridad y el significado ético de la jurisdicción; 6°) favorecer prácticas extremas de autotutela entre los particulares, al dar inaudita extensión a las defensas privilegiadas o al tolerar o lisa y llanamente autorizar la instalación de defensas mecánicas predisuestas para matar a agresores o inocentes; 7°) facultar a los órganos policiales para que den a sus armas el uso que consideren mejor, con tal de impedir los delitos o evitar la evasión de detenidos o presos, o no conceder importancia a su empleo desproporcionado, cuando no derechamente homicida, todo ello en aras de la superior tarea de combatir la delincuencia; 8°) hacer de la hipocresía el fin de las penas, ora por postular para ellas un objetivo de recuperación social del condenado, mas sin destinar recursos a tal finalidad, pero sí a la menos onerosa de construir nuevas cárceles, que se añadan a las ya abarrotadas, ora por proponerse el objetivo de apoyar el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, como eufemismo para atender, en verdad, los temores de éstos o de ciertos grupos de la población, y, en fin, 9°) desentenderse olímpicamente de las raíces profundas de la criminalidad y de la

política social necesaria para reobrar sobre las primeras y prevenir la segunda, con lo que se realza en el derecho únicamente su faceta de compulsión, se desvirtúa la majestad de su imperio y se reemplaza el monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, con el ejercicio ciego de la violencia, sea la que procede de la entidad estatal, sea la desplegada por el ciudadano privado.

3. Para poner coto a estas prácticas y, muy especialmente, para que las piezas centrales del derecho penal se ajusten a la dignidad humana y a una organización liberal de la vida de relación, el constituyente puede echar mano de y acuñar un plexo de disposiciones, siquiera no todas posean la misma naturaleza e idéntica jerarquía. El contenido penal de ciertos preceptos incorporados a la Constitución no los convierte sin más en principios, pues —parafraseando la conocida caracterización de Canaris— no es principio aquella disposición que muestra la valoración que la informa sólo de un modo mediato o implícito.⁸ Es lo que ocurre, por ejemplo, con la declaración de que determinados crímenes son imprescriptibles o no pueden ser objeto del derecho de gracia. Los principios, en cambio, tienen una vocación conformadora y constitutiva del derecho en su conjunto o de una parte diferenciada de él, vinculan la actuación de los órganos del Estado, particularmente la legiferante, e indican un norte estimativo para la interpretación de las normas y la construcción de los conceptos e instituciones jurídicos.

El más antiguo y difundido en las Constituciones contemporáneas es el de legalidad. Pero sabido es que la legalidad de delitos y penas, si no es material, tampoco representa una legalidad genuina. Por consiguiente, constituye un mérito de la Constitución del Perú, así como de su propuesta de reforma, el exigir que la ley defina “*de manera expresa e inequívoca*” el acto que sanciona penalmente. En esto va implícita la prohibición de la analogía, sí, pero no la determinación relativa de las puciones ni la legalidad de las reglas que regulan estados peligrosos y les asocian medidas de seguridad, cuestiones que convendría tomar en cuenta, por más que el Código penal del Perú ha restringido considerablemente el enorme abanico de medidas que contenía el derogado, de 1924, y que declare en el artículo II de sus Principios Generales que también las medidas de seguridad están sometidas a la ley —el problema es que otra ley podría desconocerlo.⁹

⁸ Cf. Canaris, *El sistema en la jurisprudencia*, colección Clásicos Contemporáneos, traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 58-59.

⁹ Sobre la inconveniencia de estampar en un código principios que el propio código u otras leyes pueden quebrantar sin embozo ni escrúpulo, nos extendemos en nuestro artículo “El nuevo Código penal del Perú (1991)”, aparecido en la revista *Doctrina Penal*, año 14, n^{os} 55-56, Depalma, Buenos Aires, julio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 640-641.

En todo caso, contrasta con la precisión y el afán exhaustivo que ésta y otras Cartas fundamentales exhiben al consagrar el principio de legalidad, el riguroso silencio que guardan sobre otros no menos incuestionables, singularmente los de ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad. Claro es que un desarrollo de las jurisprudencias constitucional y ordinaria, apuntaladas por las doctrinas pública y penal, podrá hallarles un asidero en otros principios de jerarquía aún mayor como la dignidad humana y el Estado de Derecho, según se ha discurrido en diversos países. Sin embargo, para dar unas orientaciones más precisas a la actividad creadora de normas y a la propia jurisprudencia, incluso la constitucional, es preferible contemplarlos *expressis verbis*. No, empero, en el arco de una simple enunciación. Cuando, por ejemplo, se deja establecido que no hay delito si la ley que lo describe se abstiene de prever, como resultado de la actividad correspondiente, la *concreta* ofensa a algún bien jurídico, esto parece menos programático que una genérica mención del carácter ofensivo de la infracción punible —lo cual, por otra parte, no leo en la Constitución del Perú ni en su proyecto de reforma—. Asimismo, las exigencias de la culpabilidad pudieran quedar más satisfechas con la consagración constitucional del carácter personal de la responsabilidad penal, porque de esta forma se impone varios límites a la potestad punitiva del Estado: que se subordine a la ejecución de actos culpables —ya que la pena impuesta a actuaciones horras de culpabilidad menosprecia en su “autor” la condición de persona—; que las sanciones sólo pueden recaer en el sujeto personalmente responsable del delito; que la responsabilidad penal se extingue con la muerte del hechor, entre los más importantes.

Juzgo tarea inútil y hasta cierto punto ingenua que un documento legislativo pretenda zanjar la polémica en torno al fin de la pena, declarando solemnemente que ésta ha de ir en pos de alguno o de varios de los propuestos en la filosofía jurídico-penal. Es difícil que una declaración de este jaez sirva de efectiva mordaza a una discusión que interesa a la sociedad en su conjunto, no sólo a la comunidad de especialistas, y cuya historia es bien ilustrativa de cómo, cuando parecía que cierto fin había alcanzado general aceptación, bien pronto otros acuden a moderar su imperio o francamente a destronarlo. Una Constitución puede limitarse al objetivo de que las penas y, en su caso, las medidas de seguridad, se proporcionen a la gravedad objetiva y subjetiva del delito, lo que si a primera vista aparece como un propósito menos ambicioso, entraña, sin embargo, consecuencias de gran envergadura: primero, porque refuerza la idea, ya anunciada por el principio de legalidad, de que la ley no puede castigar comportamientos o modos de ser, sino actos bien acotados; segundo, por cuanto en la determinación legal y judicial de la pena han de resultar determinantes la intensidad del injusto y el grado de reprochabilidad que reflejen esos actos, y no consideraciones relativas a la conducta pasada o el pronóstico de lo que más adelante pueda hacer el autor; tercero, pues lleva consigo la prohibición de que unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí desdibujen los marcos penales y, en definitiva, burlen las exigencias de la legalidad de las puniciones. No se me oculta

que el principio de proporcionalidad amadriga otras consecuencias, como la forma en que deben resolverse ciertos concursos aparentes de leyes penales, la manera en que deben ser penadas la tentativa y la participación criminal, y la ponderación de las diferentes figuras delictivas entre sí. Pero muchas de estas indicaciones para legislador y juez pueden considerarse incluso en la norma constitucional que demande aquella proporción entre delito y pena.

También el principio de humanidad, eje y corona de todos los principios cardinales del derecho punitivo, está contenido en otro más general: el de la dignidad del hombre. Pero su más menuda expresión constitucional exige, por lo menos, la consagración de la necesidad de la pena, la extractividad (por retroactividad y ultractividad) de las leyes penales más benignas y la no ultractividad de las leyes temporales y excepcionales más gravosas para el reo, así como la proscripción de todas las penas contrarias al sentido de humanidad, es decir, y con arreglo a las valoraciones dominantes hoy, la de muerte, las perpetuas, aquellas cuya duración trae aparejados efectos destructores en la personalidad psíquica y social del condenado, y las que supongan formas veladas de confiscación de bienes.

Termino con una escueta advertencia, que no es mía, sino de un ilustre juriconsulto peruano, don José Hurtado Pozo, y una reflexión: “Las disposiciones constitucionales solas no comportan garantía suficiente de que se tiene o va a tener una racional y eficaz política criminal”.¹⁰ La tarea de la jurisprudencia y la doctrina adquiere en esto superlativa importancia. La endémica falta de lineamientos claros sobre el problema penal en el programa y la actuación los partidos políticos, y la pernicioso tendencia a legislar sin orden ni concierto, siguiendo la espasmódica e insensata indicación de encuestas de opinión, de miedo al delito y otras de análogo jaez, coloca a juriconsultos y tribunales ante una dura prueba, máxime cuando una gris insidia, que llueve copiosa y cotidianamente desde los denominados medios de información social, busca exagerar los males que aquejan a la administración de justicia, denostar a sus órganos y caricaturizar sus procedimientos y atribuciones, acusándolos de ineptitud para contener esa ola de criminalidad que afectaría a las urbes. Es una amarga ironía que la recta y consecuente aplicación judicial de los principios constitucionales llegue a ser el último dique con el que atajar los desbordamientos de aquel poder estatal al que esos principios debieran hablar en primera persona. Pero *aún quedan jueces en Berlín*. La mentalidad, empapada en la doctrina de la libertad, con que los jueces, todos los jueces, interpreten e impongan esos principios, se erige entonces como nuestra verdadera garantía constitucional.

¹⁰ José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddilí, Lima, 1987, p. 74.