

Rogelio Barba ALVAREZ¹
Arturo Zamora JIMÉNEZ²

A INFLUÊNCIA HARMONIZADORA DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE OS LÍMITES DO DIREITO PENAL

THE HARMONIZING INFLUENCE OF HUMAN
RIGHTS ON THE LIMITS OF CRIMINAL LAW

LA INFLUENCIA ARMONIZADORA DE LOS
DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS LÍMITES DEL
DERECHO PENAL

SUMÁRIO:

1.1. Criterios Constitucionales en materia penal.
1.2. Análisis de la Reforma Constitucional en Dere-
chos Humanos. 1.2.1. Antecedentes. 1.2.2. La refor-
ma Constitucional y su impacto internacional. 1.2.3.
Hacia la eficacia de la reforma. 1.2.4. Las reformas en
el derecho interno. 1.2.5. Legitimación y límites del
Derecho Penal. Conclusiones.

RESUMO:

O objetivo desse artigo é abordar a influência
harmonizadora que os direitos humanos exercem so-
bre o direito penal, constituindo-se em verdadeiros
critérios de legitimação e limitando o poder punitivo
do Estado.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to address the har-
monizing influence that human rights exert on crimi-
nal law, constituting true criteria of legitimation and
limiting the punitive power of the State.

RESUMEN:

El objetivo de este artículo es abordar la influen-

Argumenta
Journal Law
n. 26 p. 37-57
jan/jun 2017

Como citar este artigo:

Rogelio Barba
ALVAREZ; Arturo
Zamora JIMÉNEZ.
A influência
harmonizadora dos
direitos humanos
sobre os limites
do direito penal.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 26, p. 37-57.

Data da submissão:

24/04/2017

Data da aprovação:

08/06/2017

¹ Universidade de
Guadalajara - México

² Universidade de
Guadalajara - México

cia armonizadora que los derechos humanos ejercen sobre el derecho penal, constituyéndose en verdaderos criterios de legitimación y limitando el poder punitivo del Estado.

El *ius puniendi* es una institución jurídica reconocida en nuestra legislación que permite establecer las reglas jurídico-penales, en un estado democrático de derecho¹. Con la idea del *ius puniendi* del que hacía referencia Beccaria quien señalaba que; “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”, proposición que puede hacerse más general de esta manera: “todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”. Podemos reflexionar sobre la necesidad de defender el depósito de los valores y bienes jurídicos de las particulares vulneraciones; y por tanto debemos crear normas más justas, necesarias y de mayor eficacia.

De esta manera el derecho de castigar², se asocia como distintivo de soberanía nacional, en estudios recientes el derecho penal como sistema jurídico, ha sido reconocido para armonizar el derecho³.

Por otra parte desde la nueva perspectiva el fundamento de la facultad punitiva del Estado permite y obliga a éste a ejercerla no sólo en defensa de la garantía del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de los bienes jurídicos: como medio al servicio de la Política Criminal. Éste fue el planteamiento que inspiró a la “moderna escuela” alemana encabezada por Von Liszt⁴.

En efecto éste se sitúa en la confluencia de dos factores aparentemente convergentes, el universalismo que sirve de fundamento a los derechos humanos y a la noción de crímenes contra la humanidad y la globalización económica que facilita el desarrollo de una delincuencia común. Sin embargo esta armonización penal es doblemente ambigua en primer lugar porque la convergencia entre universalismo y globalización es sólo aparente. En la práctica se produce más bien una tensión entre universalismo que evoca la difusión de ideales comunes y supone la existencia de una comunidad de valores y globalización que se apoya en la difusión de informaciones y productos que supone la existencia del mercado abierto

a todos.

Hacer la lógica diferente, de un lado en torno a la solidaridad y el reparto, por otro, permite afirmar que la armonización penal se encuentra dividida en su propio fundamento; el término armonización también es ambiguo en cuanto a las técnicas normativas e institucionales que la lleva a cabo ya que puede significar o bien una figura estática vista como un estado de derecho latino o bien como un movimiento de transformación.

Ahora bien tal elección conduce situar la presente investigación basada en el cruce de diversos sistemas que interactúan. Y esta noción de interacción no designa solamente una nacionalización en sentido estricto es decir una relación puramente horizontal entre sistemas que seguirán siendo autónomos e independientes, sino una armonización en sentido amplio que conlleva una parte de integración que puede abarcar desde la coordinación (cooperación) hasta la aproximación (armonización) en sentido estricto o incluso a la hibridación (unificación).

Lo anterior en el entendido de la realidad jurídico-legislativa que subsiste en cada entidad federativa y que sin embargo, todas buscan tutelar bienes, valores o derechos de idéntica naturaleza.

La reciente reforma constitucional es el punto de referencia para establecer qué tipo de sistema penal debe inspirar el derecho penal mexicano, parafraseando a Ferrando Mantovani⁵, si se orienta al derecho penal de la opresión, o bien del privilegio o de la libertad; en este sentido nosotros buscamos la inspiración a un derecho penal de la libertad enmarcado en la monumental obra de Beccaria (1764).

Desde hace tiempo ha transcurrido la fijación de un derecho penal objeto de interpretaciones, en ocasiones con líneas conservadoras, que hacen de la ley ordinaria Constitucional su rigidez de fuente primaria, por lo que constituye un cambio a la estructura jurídica, por lo tanto, en la presente investigación delinearemos la propuesta de un nuevo sistema penal, como ha sido expuesto a la luz doctrinal por Franco Bricola⁶.

La literatura penal ha disputado la participación constitucional como límite del derecho penal, circunscribiendo las reglas técnicas de garantía sobre la estructuración de los delitos y la teología de la sanción penal, como fundamento del derecho penal indicando los mismos señalamientos de la política criminal sobre todo cuando hablamos de valores de tutela entre garantismo estático circunscrito a los tradicionales principios

del estado de derecho y garantismo dinámico abierto a las instancias solidarias del estado social, como lo señala el art. 3º fracción segunda inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“...Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;..”

A fin de considerar una refundación en términos constitucionales de los derechos de la persona a nivel internacional, la Constitución nos ofrece una triple perspectiva:

1) De los principios fundamentales. Señalan la estructura objetiva y subjetiva del delito, ya sea de la relevancia de la personalidad del infractor, o bien en materia de sanciones y la formulación del precepto penal y su momento aplicativo. Por consiguiente establece poderes particulares para el intérprete de la norma.

De lo anterior se desprende que los principios constitucionales se clasifican de la siguiente manera:

a) Principios expresos. Son aquellos que se encuentran plasmados con claridad para efectos de interpretación y que respecto de cada uno de ellos se desarrolla una cascada de interpretaciones que se derivan, por ejemplo, el de irretroactividad (art. 14) de la responsabilidad penal personal (art. 16), de la finalidad de reinserción social (art. 18) y en normas especiales como por ejemplo la taxatividad, materialidad u ofensividad.

b) Principios con fuerza normativa. Son aquellos que se circunscriben por el legislador y para el intérprete, por ejemplo, de la reserva de ley (art. 14), irretroactividad, legalidad (art. 16), entre otros.

c) Principios de contenido político. En algunas ocasiones el sentido político origina legislaciones con alto contenido populista, de prima ratio, que ponen en peligro la legitimidad de los derechos de las personas para la construcción de delitos discrecionales.

2) De los derechos de libertad. A la información, de asociación, de reunión, de religión, de libre circulación, manifestación, huelga, imprenta entre otros, los cuales en torno a la proyección sobre la ley penal pueden encontrar un verdadero juicio de incompatibilidad que puede ser total

(por lo tanto de ilegitimidad constitucional de la norma penal) o bien de incompatibilidad, parcial en cuyo supuesto la norma constitucional solamente existe al proclamar el respeto de estos derechos en función de la garantía que debe prevalecer en instituciones como el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, el Instituto Nacional Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otras.

3) Las cláusulas cualificadas de nuestro ordenamiento constitucional en su doble función garantista y propositiva, pues fija los límites de elección del legislador penal, respecto a los valores de tutela y las directrices de desarrollo de nuestro derecho penal en orden a los valores establecidos.

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el principio personalista solidario constituye uno de los elementos fundamentales de valoración para el legislador penal y la línea de desarrollo del derecho penal mexicano que debe servir, por lo tanto, como instrumento de actuación de los pilares constitucionales establecidos en el artículo primero fracción segunda de nuestra Constitución, en consecuencia, al ser derechos inextinguibles, portadores del principio *pro personae* del derecho penal, revestido de un delicado equilibrio entre la fuerza constitucional y protección de valores, tiene esta doble función; una consistente en la tutela de derechos inviolables del hombre como singular en la formación social y otra como garante del desarrollo de la personalidad de los individuos.

Esta reforma no debe ser difusa sino permisiva, indulgente con la comprensión humana en toda su literalidad de manera transversal, por tanto, debe ser el punto de partida que permita en las normas secundarias reconocer con gran precisión la libertad individual proclamada en las fuentes del derecho internacional, plasmado en el ámbito convencional.

1.2 Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos

Esta legislación no viene a inventar nuevos derechos, pero el haberlos recogido dentro de nuestra normativa máxima es un acto de declaración que realizó el legislador mexicano de que en nuestro país tiene como sostén y visión fundamental al ser humano en plenitud, al ser humano en cuanto tal, en la parte más plena de su naturaleza, en todo aquello que ni siquiera puede ser renunciado, que es entraña viva de su humanidad ya

que no puede haber justicia sin aquello que al ser humano corresponde en virtud de su propio ser, por naturaleza, su dignidad ontológica y en consecuencia intrínseca, inherente a él.

1.2.1 Antecedentes

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos aprobada en el año 2011 por el Congreso de la Unión y promulgada por el Ejecutivo Federal, constituye una espléndida conquista de nuestra esforzada sociedad civil, la cual solamente pudo ser obtenida después de una extensa y prodigiosa movilización social, frente a un Estado tradicionalmente monolítico y esencialmente autoritario.

Luego de esta gran reforma, nuestro país ha saltado a los primeros planos en materia de defensa y promoción de los Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas y no pocos Estados del orbe saludaron con entusiasmo que México se haya atrevido a catalogar su nombre entre las naciones con aspiraciones realmente civilizadas.

El día 11 de junio de 2011 entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos, surgiendo con esto una relación nueva entre el ámbito del Derecho y las facultades que poseen los poderes del Estado mexicano y las tres instancias de gobierno, que tienen la obligación de conocer, velar y cumplir dichas disposiciones legales.

Señala el artículo 1º constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado debe-

rá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

1.2.2 La reforma Constitucional y su impacto internacional

A partir de la publicación de esta reforma, las garantías individuales que históricamente se venían reconociendo restrictivamente como derechos fundamentales en la Constitución General de la República, adquieren una nueva dimensión equiparable al tamaño en que se hallan reconocidos los Derechos Humanos en el concierto mundial; por tanto, nuestra Constitución y demás leyes secundarias, deben disponer los mecanismos jurídicos necesarios para garantizar su ejercicio irrestricto por parte de todos los mexicanos.

La LXI Legislatura Federal logró ir más allá al interpretar los Derechos Humanos de conformidad a la Constitución y los Tratados Internacionales, con lo cual, puedo afirmar, nació a la vida jurídica de México una especie de “clon” (o hermano gemelo) de la Constitución en materia de Derechos Humanos y sus garantías.

Esto es así, toda vez que durante la discusión del proyecto correspondiente, se aceptó que la interpretación relativa a los Derechos Humanos tuviese como marco de referencia la Constitución General de la República y los Tratados Internacionales, lo que se traduce en la obligación de todas las autoridades de respetar todos y cada uno de los compromisos que México ha suscrito en los Tratados Internacionales en sus muy diversos ámbitos. En este sentido, el dictamen aprobado por la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2009 incorpora la siguiente argumentación:

“La Comisión de Puntos Constitucionales estima que los Derechos Humanos son una de las dimensiones constitucionales del Derecho In-

ternacional contemporáneo y que éstos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado a través de sus leyes. Su vigencia, protección, defensa, promoción, educación y vigilancia son una responsabilidad del Estado que se ha venido reforzando a través de la firma y ratificación de los Tratados Internacionales en la materia, que establecen pautas para garantizar una serie de derechos que son universales, inalienables, imprescriptibles e inderogables.

Por lo anterior, es menester que los Derechos Humanos estén establecidos de manera clara en la Constitución, puesto que en ellos deben estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo, en su contenido deben estar los criterios reguladores que rijan el actuar de Poder Judicial y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el Poder Legislativo.

La reforma al artículo 1º propone distinguir claramente entre Derechos Humanos y garantías. La modificación protege cabalmente los derechos y garantías individuales, por lo que ya no existiría distinción entre los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los Tratados Internacionales. Así, la única diferencia sería su fuente de origen.

[...]

Por otra parte, la incorporación del principio *pro personae* obedece a la obligación del Estado de aplicar la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”

De esta manera, a partir de ahora es necesario matizar la interpretación de nuestro derecho interno para dar cabal cumplimiento a los compromisos internacionales, en materias tan diversas, como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en Agosto de 1789; la declaración americana de derechos y deberes del hombre de mayo de 1948 que antecedió a la Declaración Universal de Derechos Humanos que se aprobó en diciembre de ese año; el derecho a la propia imagen, tutelado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias

que tutela el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷; el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan las poblaciones indígenas que protege el Convenio Internacional del Trabajo N.º. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁸, y en general todos aquellos derechos humanos establecidos en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁹, y por supuesto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre muchos otros.

Estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y por tanto comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, de conformidad con el principio *Pacta sunt servanda*¹⁰, que es uno de los fundamentos esenciales del Derecho Internacional, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone:

ARTÍCULO 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

En este orden de cosas, a partir de la entrada en vigor de la referida reforma constitucional, todas las autoridades y poderes del Estado están obligados al respeto y cumplimiento de cualquier compromiso jurídico que México haya firmado en el contexto internacional, no sólo aquellos en materia de Derechos Humanos, sino todos los que formen parte de instrumentos en que México reconoce cualquier otro tipo de derechos que correspondan a personas físicas y jurídicas.

Esto es así en virtud de que se reconoce en el texto argumentativo el principio *pro homine* (a favor de las personas); es decir, las garantías y Derechos Humanos consignados en la Constitución y en Tratados Internacionales deben interpretarse siempre de la manera que más favorezca a la persona.

Cabe destacar que dicha garantía ha sido un gran acierto, al incorporar de manera clara las bondades del principio personalístico¹¹, que ya había sido recogido en la literatura universal, con la monumental obra de Cervantes en el *Quijote*¹².

1.2.3. Hacia la eficacia de la reforma

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, en concatenación con la reforma en materia de amparo publicada unos días antes, el 6 de junio de 2011, representan un cambio gigantesco en nuestra tradición jurídica, lo que hizo imperativa la revisión de la doctrina imperante, así como de los criterios jurisdiccionales de interpretación de la norma suprema.

Por otra parte, la reforma obliga a revisar y adecuar de fondo la doctrina constitucional prevaleciente en nuestro país, puesto que el reconocimiento de la existencia de derechos inherentes a la persona rompe con la tradición ius positivista, que sólo otorgaba protección en forma restrictiva de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución.

La coexistencia de valores y principios sobre la que debe basarse una constitución actual exige que cada uno de estos valores se entienda como no absoluto y por tanto compatible con los otros con los que debe convivir. El único valor absoluto debe ser el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores y la lealtad de su enfrentamiento, así entonces, los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional son la coexistencia y el compromiso¹³.

El impacto ha sido de tal magnitud, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió, en octubre de 2011, dar inicio a la décima época de nuestro máximo tribunal, ante la perspectiva que plantea un marco de referencia para los derechos fundamentales que ha sido ampliado exponencialmente dado el nuevo papel que desempeñan los tratados internacionales en la materia, así como la necesidad de hacer una efectiva distinción corte de caja ante el alud de nuevos criterios de interpretación que habrían de emitirse en el corto plazo.

El Poder Judicial, ha venido aplicando estas normas asumiendo así la trascendente tarea de interpretar no sólo la voluntad del legislador, sino de ponderar los principios y valores contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales; esto es, el Poder Judicial en su conjunto viene generando una nueva interpretación judicial, no sólo a través del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, sino también a través del control de la convencionalidad de esos actos. Así pues, al individualizar estas normas mediante sus resoluciones, el Poder Judicial está generando criterios y tesis de jurisprudencia que están influyendo en forma

determinante en la impartición de justicia en nuestro país, y por tanto en la tutela efectiva de los derechos de todos.

1.2.4 Las reformas en el derecho interno

Por lo que se refiere a su implementación en la legislación secundaria y el ámbito administrativo, son las instancias oficiales de los tres órdenes de gobierno las encargadas de materializar el orden de cosas que exige el nuevo texto constitucional.

Este nuevo orden establece una plena concordancia entre las disposiciones de la Constitución y los Tratados Internacionales con las leyes y reglamentos secundarios; es decir, convoca de nueva cuenta a legislar para que se hagan las adecuaciones armónicas de toda nuestra legislación, pero no solamente con arreglo al texto de la Constitución, sino que hoy se requiere adicionalmente que dichas normas tengan también plena conformidad con el texto de los Tratados Internacionales suscritos por México, con las aportaciones de los criterios doctrinales y jurisdiccionales que han venido surgiendo.

El Congreso de la Unión se ha avocado a la enorme tarea que significa la revisión y reforma de toda nuestra legislación secundaria relacionada con los Derechos Humanos, a fin de colocarla en armonía con los Tratados Internacionales en esa materia.

Tan sólo en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, cuya función cardinal es la protección integral de los derechos, bienes y valores de las personas, deben ser objeto de revisión por lo menos cuarenta y dos Tratados Internacionales que contienen definiciones constitutivas de delitos en materias tan diversas como la esclavitud, tráfico de personas, explotación de la prostitución, genocidio, imprescriptibilidad de crímenes de guerra, imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, prisioneros de guerra, protección de civiles en tiempos de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, prostitución y pornografía infantil, trabajo infantil, discriminación en todas sus formas, violencia de género, delincuencia organizada transnacional, tráfico de mujeres, niños y migrantes, secuestro aéreo, seguridad de la aviación civil, seguridad de la navegación marítima y fluvial, terrorismo, tráfico internacional de armas y tráfico internacional de drogas, por citar sólo algunos.

La aprobación del Código Nacional de Procedimientos Penales, pu-

blicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, significa un gran avance en dicha labor de armonización, toda vez que éste recoge en gran parte los principios protectores en materia procesal que disponen las convenciones internacionales en materia de derechos humanos de las que nuestro país es parte.

En fin, todas y cada una de las materias en que convencionalmente se divide nuestro sistema jurídico se encuentran sujetas a un proceso gradual de armonización, a fin de ser puestas a tono con las demandas que imponen los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, y en ello tiene una participación fundamental el Poder Legislativo.

En este sentido, el Congreso de la Unión le ha cumplido bien a México con la aprobación de una reforma de tanta amplitud en materia de Derechos Humanos. Sin duda, el Poder Judicial de la Federación ha venido desempeñando la trascendental tarea que necesariamente se asocia a tan amplio proyecto, a través de la definición de los nuevos criterios bajo los cuales se viene realizando la nueva interpretación respecto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales.

Prototipo del acierto con que se han venido conduciendo en esta materia nuestros tribunales, lo constituye sin duda las resoluciones que ha venido estableciendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en fechas recientes en aplicación del nuevo criterio previsto en el artículo 1º constitucional.

En primer término, sustentó el criterio de que en el análisis y discusión de aquellos asuntos en que se invoque o se interpreten los Derechos Humanos y sus garantías, debe hacerse una revisión de oficio a los Tratados Internacionales que incidan en la materia, por lo que con esta determinación se implementa en la esfera jurisdiccional su aplicabilidad como fuente de derecho interno.

Asimismo, a raíz de la consulta a trámite del Presidente de ese alto Tribunal sobre el cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Federación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Radilla, se ha sentado un precedente de suma relevancia en cuanto a los alcances del cumplimiento de las resoluciones de un Tribunal Internacional, al determinar por primera ocasión que una norma de derecho interno resulta violatoria de los Derechos Humanos

consagrados en los Tratados Internacionales, en aplicación del criterio establecido en el artículo 1º constitucional.

La Suprema Corte de Justicia comenzó a desplegar una muy sana interpretación sobre los alcances de la citada reforma, definiendo con claridad que el Estado mexicano está obligado a acatar y cumplir los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que “La interpretación de los Derechos Humanos se realizará de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a los individuos”. En este orden de cosas, los criterios jurisprudenciales de la citada corte son orientadores en la nueva política judicial sobre los Derechos Humanos en nuestro país.

La reforma en cita demanda leyes que respeten y otorguen plena vigencia a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; leyes que protejan la vida y la libertad de decidir; leyes que prevengan y sancionen la tortura; leyes que erradiquen la esclavitud y el trabajo forzado, que aún en contados casos, se resiste a desaparecer de nuestro país; leyes que garanticen al perseguido y al menesteroso, el derecho de asilo, de refugio o de asistencia humanitaria; leyes que protejan claramente a nuestras mujeres, niños, ancianos y personas con capacidades diferentes; leyes que protejan la identidad cultural de nuestros pueblos indígenas; leyes tendientes a erradicar la discriminación en todas sus formas; leyes que promuevan la tolerancia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de creencia religiosa; leyes que promuevan la creación de fuentes de trabajo digno y bien remunerado; leyes que protejan el derecho a la salud y el derecho a habitar un medio ambiente saludable; leyes que respeten los principios de legalidad, de seguridad jurídica y presunción de inocencia y, en general, leyes cuyo único propósito sea la protección de los derechos fundamentales del hombre.

Es necesario entonces, revisar principios profundamente arraigados en nuestra tradición jurídica como la supremacía constitucional y la jerarquía normativa. En concordancia con la doctrina constitucional contemporánea, la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos ha abandonado la rigidez del positivismo jurídico, reconociendo la existencia de derechos inherentes a la persona, independientemente de que éstos se encuentren consagrados de manera literal en el texto constitucional, es decir, atiende a los valores contenidos en la norma suprema y en los Trata-

dos Internacionales para inferir e interpretar los derechos fundamentales, así como los principios que deben regir en la organización del Estado en su conjunto.

Con relación a la concordancia de nuestra Constitución y de acuerdo con la doctrina constitucional contemporánea, la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos sin duda hemos acertado en esta dirección y a la vez hemos alineado al constitucionalismo contemporáneo. Todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, los fines a que está orientado este modelo que es el Estado constitucional de derecho. Además no sólo se plasman estos derechos sino que deben ser garantizados adecuadamente y éstas no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Así aseguramos el valor de la constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, de este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del estado constitucional de derecho¹⁴.

1.2.5 Legitimación y límites del Derecho Penal

El control del poder punitivo del Estado en cualquier sociedad debe ir encaminado a que la aplicación de las normas penales excluya la arbitrariedad y el exceso por parte de quienes ejercen ese poder punitivo. El Derecho Penal, como conjunto de normas jurídicas, refleja qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar. Por tanto ese poder punitivo del Estado debe tener unos límites a fin de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario estatal.

Desde un criterio constitucionalista, es decir, configurar el Derecho penal desde sus fundamentos bajo una inspiración de un modelo de estado constitucional de derecho es cuando la Constitución estaría en condiciones de suministrar pautas al legislador de concretar la limitación de la potestad que tiene el estado para sancionar. Así, la intervención penal sólo está legitimada si protege bienes de relevancia constitucional. De esta manera, la decisión político-criminal que adopte desde la función de la pena hasta la teoría del delito puede orientarse, lo que sería conveniente

que suceda con base en el propio fundamento de la constitución¹⁵.

En las constituciones modernas, en la Carta de Derechos de la Unión Europea y el Tratado para una Constitución en Europa se pone de manifiesto que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 el límite formal fundamental del Derecho Penal es la seguridad jurídica. De este valor se derivan las garantías que limitan el ius puniendi del Estado. Por esta razón, se comprobará que el Principio de Legalidad es, prácticamente, el único principio del Derecho Penal que aparece expresamente en los textos constitucionales¹⁶.

Este tema es determinante y de suprema importancia para lograr una exitosa amortización del corpus iuris en el sistema penal mexicano, insistimos en este aspecto pues la amortización que se pretende debe hacerse desde el estado democrático y de derecho y sobre la base de la seguridad jurídica asentada ésta en el derecho penal naturalmente a través del Principio de Legalidad que respecto al Derecho en sentido general, no es otra cosa que la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los ciudadanos. Sin seguridad jurídica no puede haber fluidez en el funcionamiento de la sociedad.

Con independencia de que desde la perspectiva individual, la inseguridad jurídica imposibilita una lógica planificación racional de la propia actividad personal, social y laboral, es importante tener en cuenta que el efecto de la falta de seguridad jurídica en general se acentúa cuando la misma se refiere al ordenamiento sancionador y máxime cuando se refiere al ordenamiento penal¹⁷. De modo que la inseguridad crece con la probabilidad de que acaezca el suceso temido y con la propia gravedad de éste, siendo el derecho penal el que se encarga de administrar penas, las consecuencias jurídicas más negativas para la esfera personal de los ciudadanos.

El valor de la seguridad jurídica se asienta en el derecho penal a través del principio de legalidad, así el principio de legalidad causante del valor de la seguridad jurídica opera como garantía de acción. Siendo el principio de legalidad expresión de la seguridad jurídica exigiendo al legislador una descripción previa y precisa de los comportamientos punibles, no sólo para legitimar su labor, sino también para la propia operatividad de la norma emanada y aquí entra a jugar un papel importante de cara a reformas y por supuesto a la propia armonización del derecho penal y una manera razonable segura y legítima sería una adecuada y justa amor-

tización del sistema penal.

La norma penal imprecisa, ya sea ambigua, repetitiva superficial donde se utilizan conceptos indeterminados daña la seguridad jurídica de sus destinatarios por tanto sería inconstitucional y no podría ser aplicada por los jueces y tribunales, puesto que faltaría la tipicidad del comportamiento analizado. Es necesario conseguir la plena vigencia del principio de determinación y taxatividad sustentados además en las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*. La exigencia de esta certeza, vinculadas a las técnicas legislativas, implica que la descripción del hecho prohibido en la ley, se haga de forma clara, inequívoca y expresa, determinando con exactitud el ámbito de lo prohibido.

Un derecho penal en un Estado Democrático y de Derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del Principio de Legalidad, tanto en su vertiente formal en los que sólo puede establecer delitos y penas, disposiciones de rango de Ley anterior al hecho enjuiciado, como en su vertiente material que radica en las exigencias de determinación de las proposiciones jurídico- penales. Siendo el Principio de Legalidad no sólo una exigencia de seguridad jurídica, que permite sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los Tribunales a penas que no admita el pueblo.

En el sentido actual, el principio de legalidad se derivó de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. La participación ciudadana tiene lugar por medio del Poder Legislativo que constitucionalmente representa al pueblo, y sólo de él puede emanar la ley, que constituye la expresión de la voluntad popular.

Por otra parte el Principio de Legalidad origina una serie de límites al ius puniendi derivados del Estado de Derecho, de un Estado en el que el Poder se somete a la Ley. De hecho el Estado de Derecho impone el primer límite fundamental: El principio de Legalidad, según el cual sólo pueden castigarse aquellos hechos que se hallan previsto previamente por la ley como delitos, y únicamente con las penas que señale de antemano la ley.

El principio de legalidad no sólo garantiza el derecho a no ser condenado por un hecho no previsto como delito en la ley, ni a pena diferente

señalada para ello, sino que legitima el ejercicio de este poder. Este principio básico va más allá del mero respeto al principio de igualdad, entendido como la prohibición de tratos diferentes en supuestos iguales, para convertirse en uno de los pilares del Estado de Derecho¹⁸.

El principio de legalidad otorga legitimidad democrática al derecho penal, al vincular la legislación punitiva a la voluntad general.

Límites del derecho penal

El propio Estado de Derecho impone el primer límite fundamental. El principio de Legalidad.

Si partimos del llamado fundamento funcional del derecho penal que no es más que la necesidad de protección de la sociedad por medio de las penas y medidas de seguridad, el primer límite a imponer al poder punitivo de un estado de derecho lo encontramos precisamente en esa misma necesidad: la protección de la sociedad. Fuera de ésta el poder punitivo carece de fundamento.

Es importante dejar sentado que entre los límites que hoy suelen imponerse al Iuspuniendi del Estado ocupa un lugar destacado el Principio de Exclusiva Protección de bienes jurídicos, se exige que el Derecho Penal en un Estado de Derecho castigue únicamente ataques a bienes jurídicos es una manifestación de un planteamiento político-criminal más global y así lo asegura Mir Puig, el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho Penal¹⁹.

La corriente doctrinal italiana formulada por el Prof. Ferrando Mantovani²⁰ sustentada en el principio de ofensividad marcó el paso de un sistema fascista a uno democrático en Italia a través de la recuperación del concepto de bien jurídico de carácter garantista, su planteamiento esencial lo configura; principalmente, la idea de renovación inspirada en el marco del estado de derecho, sobre la estructura de un derecho de las libertades, alejado del sistema que limitan las libertades fundamentales, para el prof. Mantovani el delito se concibe como ofensa a un bien jurídico, y no como tradicionalmente se entendía; como mera desobediencia al texto penal, para el principio de ofensividad, el delito debe sustentarse en la ofensa a un bien jurídico, no siendo concebible sin

ofensa: nullum crimen sine injuria²¹.

El principio de ofensividad tiene su importancia como principio recodificador pues es un principio general del derecho en el sistema penal por su función político-criminal y de interpretación, es por estos motivos que tiene un fundamento constitucional, la carta magna al hacer referencia al principio de ofensividad ya sea de manera expresa o tácita, revela un nivel de exigencia que debe ser considerado por el legislador para futuras modificaciones al sistema penal, evitará como así lo asevera Barba Álvarez, que se produzcan interpretaciones puramente formales las cuales podrían inducir la rigurosa tipicidad separada de las consideraciones de la existencia o menos, en el caso concreto de una ofensa al interés tutelado de la norma incriminadora²².

La función de la Penas y de las medidas de seguridad es la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos acorde a su gravedad y peligrosidad (peligrosidad criminal), pero siempre dentro del marco de unos límites que en un Estado de Derecho no se deben sobrepasar²³.

Así hemos seguido una clasificación clara de estos límites que nos parece la más adecuada y coherente para nuestros objetivos y propósitos tanto para el estudio teórico como la propia praxis que responde a la teoría a la que nos hemos acogido.

Estos límites son:

-Límites derivados del fundamento funcional que son los de intervención mínima y los de exclusiva protección de bienes jurídicos.

-Límites derivados del fundamento político que se refieren a los límites impuestos por el Estado de derecho: el principio de legalidad y los límites establecidos por el estado democrático que son el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad.

Conclusiones

Para tratar las causas y condiciones de la armonización penal y en el que, tradicionalmente, el derecho penal se estableció de forma autónoma por los Estados que conforman la federación (32), circunstancia que se

verifica en razón de la soberanía territorial, sin embargo debe estar necesariamente vinculados con los lineamientos que la Constitución señala. En este sentido constatamos que no existe realmente esa vinculación y no hay congruencia entre los objetivos proclamados en la Constitución y el contenido de la legislación local penal, al reconocer la pena vitalicia en el Estado de Chihuahua (art. 32), contraviniendo la función de la pena consagrada en el art. 18 de la Constitución, que tiene como fin “la reinserción del sentenciado a la sociedad”.

El fortalecimiento del derecho penal democrático, entendiendo al derecho penal como un instrumento de paz, se basa en el constante mejoramiento en la calidad de vida en el sentido económico, social y cultural del pueblo, construido a base de principios que permiten la consolidación democrática; de legalidad, ofensividad, humanidad, reciprocidad, culpabilidad, non bis in ídem, proporcionalidad, mínima intervención, in dubio pro reo e ultima ratio.

Notas

1 Para el Derecho positivo, que atribuye tanto a la pena como a la medida de seguridad la función de protección de los bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos, el fundamento del Ius puniendi solo puede hallarse en la necesidad de protección de la sociedad. A la vez obliga a destacar con la misma intensidad la necesidad de que el ius puniendi respete en el ejercicio de su función los límites que impone la garantía del individuo, el clímax habrá de alcanzarse con un derecho penal democrático, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del estado

2 Asociado a una errónea interpretación, sobre la utilización del derecho penal como sistema jurídico que busca prevalecer la paz y la armonía entre los ciudadanos (en este sentido; Ferrajoli, Mantovani, Zaffaroni, Muñoz Conde y otros), por medio de la coacción psicológica de la pena, interpretación que debe desaparecer si aspiramos a un sistema democrático de derecho, sin embargo el “castigo” se encuentra en nuestra constitución (art. 28 segundo párrafo: “...En consecuencia, la ley castigará severamente...”) lo que nos impide avanzar en este sentido.

3 Los Caminos de la armonización penal, Delmas-Marty, Mireille, (Dir.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, p 27.

4 Mir Puig S. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método ed. Bosch, Barcelona 1976.pág 120.

5 Diritto penale parte generale, CEDAM, Milano, 2007, XLIII.

6 PoliticaCriminale escienza del diritto penale, ilmuolino, Bologna, 1997, p. 27.

7 Ambos pactos fueron adoptados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. México se adhirió el 23 de marzo 1981.

8 Suscrito en Ginebra, el 27 de junio de 1989, ratificado el 5 de septiembre de 1990.

9 Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, México se adhirió el 24 de marzo de 1981.

10 Locución latina que se traduce como “lo pactado obliga”. Derecho internacional privado, Diccionario jurídico temático. Volumen 5. Péreznieto Castro, Leonel. Ed.

Oxford, México 2002, p. 123. Pacta sunt servanda. Los pactos o acuerdos deben ser respetados, el hecho de que dos Estados pacten un tratado no le permite a uno de ellos incumplirlo con el pretexto de que es soberano. A partir de la Primera Guerra Mundial, este principio lo acogió el Derecho Internacional e incluso lo retomaron múltiples tratados internacionales.

11 Mantovani F., *Diritto penale parte generale*, CEDAM, Milano, 2007, p. XL.

12 Cervantes M., *El Quijote de la Mancha, Segunda Parte (1615) Capitulo LI* "... Durante su gobierno en la Ínsula Barataria, el famoso escudero no quedó harto de pan ni de vino sino de juzgar y dar pareceres y de hacer estatutos y pragmáticas y, a pesar de que terminó abandonando el cargo, burlado y desengañado, también logró dejarles a todos admirados de sus razones y de su determinación tan resoluta y discreta. Una de las mejores muestras de su ingenio para impartir justicia se puede leer en el capítulo LI de la segunda parte de *El Quijote*, cuando un forastero le plantea resolver un intrincado caso que había dejado dudosos y suspensos a los jueces aguardando el parecer del Gobernador Sancho.

El suceso era el siguiente: El dueño de un señorío dividido en dos partes por un río, levantó una horca al final del puente que lo cruzaba para que los jueces aplicaran allí mismo su ley: Si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar, y si dijere mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna. Sucedió entonces que los jueces tomaron juramento a un hombre que juró y dijo que venía a morir en aquella horca y pensaron: Si a este hombre le dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y conforme a la ley debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y, habiendo jurado verdad, por la misma ley debe ser libre.

A lo que Sancho le respondió que, a su parecer, el tal hombre jura que va a morir en la horca y si muere en ella, juró verdad y por la ley puesta merece ser libre y que pase la puente; y si no le ahorcan, juró mentira y por la misma ley merece que le ahorquen (...) Este pasajero que decís, o yo soy un porro -tonto- o él tiene la misma razón para morir que para vivir y pasar la puente, porque si la verdad le salva, la mentira le condena igualmente; y siendo esto así, como lo es, soy de parecer que (...) pues están en un fil las razones de condenarle o absolverle, que le dejen pasar libremente, pues siempre es alabado más el hacer bien que mal. Y esto lo diera firmado de mi nombre si supiera firmar, y yo en este caso no he hablado de mí, sino que se me vino a la memoria un precepto, entre otros muchos que me dio mi amo don Quijote la noche antes que viniese a ser gobernador desta ínsula, que fue que cuando la justicia estuviese en duda me decantase y acogiese a la misericordia..."

13 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ed. Trotta, Novena edición. Madrid 2009. P. 14.

14 En este sentido ampliamente (citar a pie)...Ferrajoli Luigi *Derechos y Garantías* ediciones Trotta, Madrid 2002 Pág. 59,67 y ss

15 Gómez González O. *Lecturas para la Democracia. Derecho Penal* Ed Comité Cubano Pro Derechos Humanos España. Madrid 2004 pág 2) En igual sentido Mir Puig S. *El Derecho Penal en un Estado Democrático y de Derecho* Ed Ariel Barcelona 1994 p.31 y ss; Díez Ripollés J.L. *La Racionalidad de las leyes Penales*. Ed Trotta .Madrid 2003 pp 178 y 179; Carbonell Mateu, J.C *Derecho Penal Concepto y principios Constitucionales*, 3ra edición Tirant lo Blanch, Valencia 1999 pp 27, 35 y 39; Ferrajoli L. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid 2002 pp37 y ss, Alvarez García FJ. *Bien Jurídico y Constitución* CPC N° 43 Edersa, Madrid 1991 pp 5,18y 19; Muñoz Conde F. *Introducción al Derecho Penal* Bosch Barcelona 1975 pp58 y ss; Silva Sánchez J.M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992 pp 37, 179 y ss. Bacigalupo Zapater E. *Derecho Penal Material y Estado Democrático y de Derecho*, en *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002 pp81 y ss.

16 En este sentido Bacigalupo Zapater E. *Teoría y Practica del Derecho Penal Tomo I*

ed. Marcial Pons Madrid, Barcelona Buenos Aires 2009, pág. 331

17 En este sentido Rodríguez Mourullo G, Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid 2002 pág. 23

18 Así Gómez Pavón P. Cuestiones actuales del derecho penal económico: El principio de legalidad y las Remisiones Normativas. En revista de derecho Penal y Criminología 2da época número extraordinario 1 Uned Madrid 2000 pag 430.) (Ampliamente Silva Sanchez J.M Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo Barcelona Ed. Bosch 1992. Pág. 252 y ss.

19 Mir Puig S. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho obcitPag 159. No todo Bien Jurídico requiere tutela penal, por lo que no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal ' tienen que concurrir determinadas condiciones para que un bien jurídico merezca ser un bien jurídico-penal.)(En similar sentido Zugaldia Espinar José Miguel. Fundamentos de Derecho Penal Ed Universidad de Granada 1991 pag.158

20 Mantovani F., diritto penale parte generale, Milano, 4 edizione, 2007, pag. 179 y ss.

21 En este sentido Barba Álvarez R. Derecho Penal de la Ofensa como Principio Recodificador Angel Editor, México 2010, pags 105 y 106.

22 Barba Álvarez, R. ob. Cit. Págs. 114 y 115.

23 “El concepto de Estado Derecho está relacionado siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales” Diaz E. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid 1998 pp 29 y 30

