

LA FUNCION DE GARANTIA DEL DERECHO PENAL MODERNO

1. El Derecho penal, por ser Derecho, esto es, parte del Ordenamiento Jurídico, tiene por función permanente y principal —y en esto pienso como L. Recaséns Siches (1)— la realización de la seguridad en la vida social. Y más evidente es esta finalidad del Orden Jurídico en el plan del Derecho penal, puesto que él es no apenas «il vindice dei più alti valori etici della collettività», como quiere G. Bettiol (2), pero, aún, de los valores vitales fundantes de la existencia humana y de la vida social. No es por otra razón que, sea cual fuere el modo de entender el fundamento y los fines de la sanción penal, todos están de acuerdo de que ellas visan la seguridad individual y social. Tanto la pena, clásica forma de sanción penal, como las modernas medidas de seguridad, en todas sus modalidades, pretenden, al combatir la delincuencia, realizar esos propósitos. La pena, considerada como un castigo, visa a retribuir el mal del crimen para restablecer el equilibrio social y restaurar la seguridad, violentada por el delito. La pena, entendida como modo de prevención general o individual de nuevas infracciones criminales, objetiva y enfatiza la defensa social. Las medidas de seguridad, por su vez, tanto siendo medidas terapéuticas, como ocurre con las medidas de seguridad restrictivas de la libertad, como preventivas, pretenden evitar la práctica de nuevas infracciones, a fin de cohibir nuevos daños a la vida social.

Esta línea del Derecho penal como instrumento de seguridad social, como el resto de todo el Ordenamiento Jurídico, está, obviamente, presente como su valor teleológico obligatorio y básico, desde sus orígenes y en todo el curso de su acontecer histórico. Es en rigor, más que una constante histórica, un auténtico postulado ontológico.

Sin embargo, en los tiempos modernos, notoriamente después del can-

(1) L. RECASÉNS SICHES, en *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 1970, pág. 11 y sigs., y en *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 3.ª ed., pág. 220 e sigs.

(2) G. BETTIOL, en *Diritto Penale*, 5.ª ed., pág. 59

dente pregonar del «Dei Delitti e delle Pene», el Derecho penal pasó a ejercer una función: La de garantía de los derechos humanos fundamentales. Esto, conforme se pretende mostrar, es producto más de las concepciones iluministas que inmediatamente la inspiraron, de un proceso de auténtica valorización de la plenitud de lo humano, que aún está en desenvolvimiento, pero que necesita completarse, actualizando efectivamente los principios que lo motivaron.

2. La nueva función de garantía de los derechos humanos atribuida al Derecho penal en los tiempos modernos tiene base fundamental, no obstante, no exclusivamente en el postulado, actualmente incorporado al Derecho penal positivo de prácticamente todos los pueblos civilizados, de legalidad de los delitos y las penas (3).

Algunos autores pretenden que el mencionado principio haya sido conocido en el mundo romano (4). Muchos lo vislumbran en la CARTA MAGNA INGLESA, impuesta por los nobles al rey Juan Sin Tierra, en 1215 (5). Y autores eminentes hay que afirman, de cierto modo, la existencia del mencionado postulado en la Carta Magna otorgada por Don Alfonso, rey de León y Galicia, en 1188 (6).

(3) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de Derecho penal*, tomo II, pág. 396, escribe: «Es hoy más urgente que nunca defender la libertad y su principal garantía, que en el ámbito político y penal se halla en el mantenimiento del apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*».

(4) V. MANZINI afirma que el principio de la Reserva Legal tuvo origen en el Derecho Romano, por entenderlo expreso en el Digesto, del siguiente modo: «Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel que alio jure specialiter huic delicto imposita est» (en «Tratatto di D. Penale Italiano», vol. I, pág. 55, ed. U. T. E. T., (1950). Diverso es el entendimiento de L. Jiménez de Asúa cuando, endosando la opinión de Schottlander, escribe que, «a pesar de su formulación en latín, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no tiene origen romano» (in ob. cit., tomo II, pág. 383).

(5) La gran mayoría de los autores entienden, y entre ellos el penalista brasileño Nelson Hungria (en *Comentarios al Código Penal*, vol. I, tomo I, 5.ª ed., pág. 24), que el principio de la legalidad se encuentra consagrado en la cláusula 39 de la Magna Carta Inglesa de 1215, al disponer que ningún hombre puede ser preso o privado de su propiedad, a no ser por el juzgamento de sus pares o por la ley de la tierra («Nullus liber homo expiatur vel imprisoned, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae». L. Jiménez de Asúa, citando a Max Radin y Jenks, diverge, en cierto modo, de este entendimiento, y refiriéndose expresamente al primero de los estudiosos citados, informa que los autores modernos vienen sometiendo este «mito» a una revisión crítica (en ob. cit., tomo II, pág. 384 y sigs.).

(6) L. Jiménez de Asúa divisa el origen del principio de la legalidad en las instituciones medievales del Derecho Ibérico a partir de la Carta Magna otorgada por Don Alfonso, en las Cortes de León, en 1188 (en ob. cit., tomo II, pág. 386). Del mismo entendimiento participa J. Federico Marqués (en *Curso del Derecho Penal*, vol. I, pág. 131).

Sin embargo, la lectura de los textos romanos, así como de la Carta Magna Inglesa y de la Ordenación de Don Alfonso, no fornecen elementos para poder afirmar que en tales documentos estuviese consagrado plenamente el postulado de la Reserva Legal. La verdad es que solamente después de la obra de Cesare Beccaria (7), y por su derecha inspiración, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, es que aparece el principio en causa, de forma incontrahecha, adquiriendo forma de garantía de los derechos humanos. No obstante, no se puede olvidar que, de cierta forma, el postulado de la legalidad de los delitos y de las penas ya estuviese contenido en las Constituciones Americanas de Filadelfia, de 1784; de Virginia, de 1786, y de Maryland, del mismo año, y también en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana, de 1786.

Además, fue a partir de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que el principio de la Reserva Legal pasó a universalizarse, figurando, obligatoriamente, en todos los Códigos penales del siglo XIX, asumiendo, asimismo, en muchos países, jerarquía de norma constitucional. Tornóse, como bien señaló R. Frank, una parte «integrante de nuestra conciencia de justicia penal, reconocida universalmente en las relaciones internacionales».

Pero, en el presente siglo, el postulado de la Reserva Legal sufrió restricciones, tanto en el campo de la doctrina como en ciertas legislaciones. Son conocidas las lecciones de R. Garofallo y, más recientemente, las de G. F. Falchi y F. Carnelutti (8). En el campo de las legislaciones, el principio de la Reserva Legal sufrió conocidas derogaciones. La legislación penal soviética, inmediatamente posterior a la revolución bolchevique, insertó el postulado como norma vigente, al contrario, consagró la posibilidad de analogía en el campo de las normas penales incriminatorias. En Alemania, en 1935, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el viejo Código germánico de 1870, fue

(7) Cesare BECCARIA, en su famosísimo *Dei Delitti e Delle Pene*, escribe, en el § III: «Sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador». Pero, anteriormente al noble lombardo, pero sin la repercusión de su obra, ya diversos pensadores, entre los cuales F. BACON y S. PUFFENDORF, postularon la necesidad de eliminar el albedrío judicial en materia penal» (en V. MANZINI, ob. cit., vol. I, pág. 198, ed. U.T.E.T., 1950).

(8) G. F. FALCHI escribió que «la analogía penal, sabiamente establecida, es enteramente lègítima» (en *Filosofia del Diritto Penale*, pág. 110). En el mismo sentido, F. CARNELUTTI, pero restrictivamente a la legalidad de las penas, «La equità nel Diritto Penale» (en *Revista di Diritto Processuale Civile*, vol. 12, 1, pág. 105 y sigs.).

derogado y abierta la posibilidad de aplicación analógica de la Ley Penal, asimismo en lo que se refiere a los dispositivos que previenen las especies delictuosas y la aplicación de las penas (9).

Sin embargo, el panorama actual muestra la presencia prácticamente universal del postulado en las legislaciones vigentes. La legislación penal soviética, como proseguimiento de un evidente proceso de liberalización, abolió la posibilidad de aplicación por vía analógica de dispositivos penales incriminatorios, y consagró en texto de Derecho positivo el postulado de la Reserva Legal. En Alemania, tan luego fue derrotado el nazismo, volvió a ser norma de Derecho positivo el principio en causa, restaurándose su vigencia en la forma en que era prevista en el Código de 1870. De acuerdo con lo que se sabe, solamente el Código penal dinamarqués y el de Groenlandia (10) no consagraron la legalidad de los delitos y de las penas.

Fenómeno, por lo tanto, altamente interesante es, pues, la constatación de la vigencia del postulado de la Reserva Legal, dentro de países de estructura social y política antagónica. El principio de la legalidad de los crímenes y de las penas está simultáneamente presente en el Derecho penal de países de estructura económico-social comunista, tales como Yugoslavia (art. 20), Checoslovaquia (§ 2), Polonia (art. 10) y otros. Está también presente en países de estructura social y política de cuño acentuadamente nacionalista derechista, tales como en los Códigos de España (arts. 1.º, 2.º y 23) y Portugal (arts. 1.º y 5.º), así como en las legislaciones penales de naciones de organización política liberal, tales como Francia (art. 4.º), Holanda (art. 1.º), Suiza (art. 1.º) y Chile (art. 18), entre muchas otras.

Este cuadro, a nuestro entender, al revelar que el principio de la Re-

(9) El art. 16 del Código Penal ruso, posterior a la revolución comunista, tenía la siguiente redacción: «Cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinarán con arreglo a los artículos del mismo relativos a los delitos de índole análoga». Sin embargo, pese a la aceptación de la mayoría, el mencionado artículo de la legislación penal bolchevique representó un progreso, puesto que, anteriormente, el albedrío judicial en materia penal era absoluto. En Alemania, por una ley del 28 de junio de 1935, que entró en vigor el 1.º de septiembre del mismo año, el nazismo modificó el § 2.º del viejo Código Penal alemán de 1870, que pasó a tener la siguiente redacción: «Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él.»

(10) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., segundo tomo, pág. 339.

serva Legal pasó a constituir en el Derecho penal moderno no un elemento exclusivo del Ordenamiento Jurídico de los países de estructura política liberal, pero un elemento común de toda legislación penal, es un proseguimiento de una fundamentación cada vez más auténticamente humanista de la organización de la vida social y parte del Derecho.

3. En sus modernas manifestaciones, en términos de Derecho positivo, el principio de la Reserva Legal fue, más inmediatamente, una consecuencia de los postulados y de las motivaciones sociales y políticas inspiradoras del iluminismo. Toda doctrina es, indiscutiblemente, producto de un determinado cuadro histórico. Y el enciclopedista nació, como reacción al absolutismo, con la preocupación de dar al hombre ante el Estado una situación evidentemente prioritaria. De ahí la formulación de una concepción de la sociedad que se funda en el reconocimiento de la autonomía del individuo humano, esto es, en la concepción del ser humano, como fin en sí, para usar la conocida e inmortal enunciación de Emmanuel Kant. El hombre es anterior al Estado, no, como puede parecer, en términos históricos, pero en términos de valor, y éste debe ser organizado de modo a preservar y garantizar los derechos de la persona humana, por ella transaccionados, cuando se integra en el Estado, en el entendimiento de J. Locke, o que, sin embargo, por el entregados y renunciados para la Constitución de la fantástica voluntad general como prerrogativas fácticas, le deben ser devueltas cuando, ya integrado en el Estado como derechos, en la concepción del contractualismo social de J. J. Rousseau. Variaciones y diversidades que, en el fondo, no disfrazan la razón común, generadora de las doctrinas iluministas, que es la necesidad de limitación de las atribuciones del Estado, de modo a garantizar a los individuos un largo campo de acción, donde pueden realizarse con libertad, sin impedimentos restrictivos o por lo menos arbitrarios. Dentro de esta directiva de contención de los poderes del Estado y de la afirmación del hombre como fin en sí mismo, se inserta el principio de la Reserva Legal. Se trata de eliminar el albedrío del juez penal, confinando sus actividades a limitaciones puestas previamente por la ley. Para la aplicación de las penas, el Estado se autolimita, posibilitando a los Magistrados la aplicación de sanciones, tan solamente aquellos que realizan conductas descritas como crímenes por leyes anteriores a su cometido y en los límites cuantitativos y cualitativos, también fijado por una ley previa. Como consecuencia, se garantiza a los ciudadanos contra el albedrío y la prepotencia judicial y se da a los participantes del Estado la seguridad en torno de las cuales son las conductas sancionadas así como la prerrogativa de no ser eliminados o restringidos ciertos derechos —y la pena

consiste en la eliminación o restricción de derechos— que, por las condiciones del contrato social, fundante de la sociedad política, no pueden ser violados, pero sí deben ser protegidos y asegurados por el Estado.

Sin embargo, el principio de la Reserva Legal restringe apenas el albedrío de uno de los poderes del Estado, el poder legislativo, como bien lo observó G. D. Romagnosi (11), el Estado, respetada la legalidad de los delitos y de las penas, puede macerar la dignidad humana, creando figuras delitivas, violentadoras de la esencia de la persona humana, e instituir penas vergonzosas a la dignidad del hombre. El poder de legislar del Estado, en materia penal, a la luz del postulado de la Reserva Legal, no sufre cualquier restricción y puede dictar normas incriminadoras que expresan un tratamiento desigual de los seres humanos y prevén penas que ofenden la dignidad de la persona. Ejemplo de esta primera situación puede encontrarse en el Código Criminal Brasileño, de 16 de diciembre de 1830. Elaborado con admirable perfección técnica e incorporado a los postulados penales consagrados por el liberalismo, sin embargo, en varias de sus disposiciones que describen los tipos penales están presentes, en forma de ley, las injunciones oriundas de una estructura social y económica desigual y, por tanto, injusta. Basta, a título ilustrativo, recordar la norma de los artículos 113 y 114 del mencionado Código Brasileño, que prevé el delito de insurrección. Es un crimen que solamente puede tener como sujeto activo primario el esclavo, pero puede tener como coautor el hombre libre. Pero la pena del esclavo es la de muerte, y la pena para el hombre libre es más blanda, o sea de tres a doce años de prisión con trabajo (12). Ejemplo de la segunda de las situaciones es lo

(11) Giandomenico ROMAGNOSI fue quien primero advirtió la insuficiencia del principio de la legalidad de los delitos y de las penas, cuando escribió: «Pero si las leyes civiles señalaran, por ventura, como delito una acción que en el santo y eterno código de la naturaleza no estuviese considerada como tal; si las leyes criminales de un pueblo turbaran realmente la libertad de que podía gozar por derecho de naturaleza; si cuando él siguiese los deseos legítimos de la inocencia, y aun las dulces emociones de la virtud, incurriera en la prohibición de un legislador ignorante o tirano, de qué serviría para la conservación de su libertad y para la integridad del conjunto de sus derechos que se viera rodeado de cadenas, arrojado en el ergástulo de los reos y sometido a la espada del verdugo, sólo cuando realmente hubiese cometido los actos que el legislador prohibió de manera injusta» (en *Génesis del Derecho Penal*. trad. esp., ed. Temis, Bogotá, 1956, pág. 247).

(12) Zahidé M. MACHADO NETTO, en tesis presentada en la Universidad de Bahía, Brasil, bajo el título «Derecho Penal y estructura social», que constituye un comentario al Código Criminal brasileño de 1830, señaló la presencia de las injunciones de corrientes de comprometimientos sociales y económicos del legislador que «abrazado de fe liberal» vivía en una «sociedad esclavagista, paracolonia, eminentemente agrícola y rural, tradicional, patriarcal y privatística».

dispuesto en el art. 120 del Código Penal de Etiopía, de 23 de julio de 1957. En esta regla penal se previene como pena accesoria la llamada fustigación. Pena corporal, resquicio de los tiempos de la barbarie punitiva, que ofende y violenta al hombre en su dignidad esencial.

En ambas situaciones está consagrado en el texto legal —tanto en el Código Criminal Brasileño de 1830 como en el Código Penal Abisinio de 1957— el principio de la Reserva Legal. El albedrío judicial está contenido en los límites del Ordenamiento Jurídico. Pero el legislador, al elaborar la norma jurídica, no sufrió las mismas restricciones. Hizo ley, condicionado por los intereses de las clases dominantes, olvidándose que el hombre, como tal, mientras vive y convive, tiene derechos derivados de la circunstancia de ser, en la totalidad de los seres del cosmos, la única persona y, por tanto, fuente primera y fin del Derecho, que existe para la garantía y realización de los valores por él puestos y que hacen la historia de la cultura, de su mundo, por él permanente y continuamente creado.

4. El problema, pues, que se pone es el de la ampliación del principio limitativo del poder estatal en materia jurídico-penal, en el sentido de restringir, si no eliminar, el albedrío del legislador penal. Y, salvo mejor juicio, el punto de partida para el correcto enfrentamiento y adecuada solución del problema puede ser buscado en las mismas razones y condiciones profundas, donde se enraiza el principio de la Reserva Legal. Condicionantes y razones éstas que pueden ser encontradas y constituyen su vértice inspirador en la obra penal de Cesare Beccaria, según ya tuvimos ocasión de exponer en otra oportunidad (13). En verdad, bajo las vestimentas de un confesado utilitarismo, la penalística del marqués de Milano se encuentra básicamente enervada por un humanismo radical, a veces implícito, pero en la mayoría de las partes claro y explícito en muchos textos de su apasionado y elocuente «Pequeño Gran Libro.» No existe libertad cuando las leyes permiten que en determinada circunstancia «el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa», escribe el iluminista milanés, en el capítulo XXVII de su «*Dei Delitti e Delle Pene.*» Esto implica afirmar, en el fondo, que la persona humana es la fuente y el fin del Derecho. Y, por tanto, que la Orden Jurídica, en general, y muy especialmente el Derecho penal, no puede nunca olvidar, desde su elaboración normativa hasta su aplicación y ejecución, que el hombre no puede ser considerado y tratado como cosa —res—, pero permanentemente,

(13) Luiz LUISI, «Sobre Cesare Beccaria» (en *Revista de la Facultad de Derecho de Sao Paulo*, vol. LX, ff. 236 y sigs.)).

visto en su condición de persona, que todavía, en la escala más baja de la degradación, el hombre conserva, por serle inherente.

5. Como bien acentuó L. Legaz y Lacambra, «la persona es el verdadero ser del hombre» (14), o, como dice X. Zubiri, «el hombre es la única esencia que es persona» (15). Y por ser así, el hombre se distingue en el cosmos y, aun integrando la naturaleza, le es superior por el hecho de ser pensante, esto es, «centro de pensamientos, de estimación y de libre albedrío» (16). Y siendo así, el hombre tiene, en vista de la naturaleza, esto es, entre las demás especies, una indiscutible prioridad axiológica, constituyéndose en un valor diferente y más relevante cualitativamente.

Pero la persona humana, sin embargo, tiene naturaleza constitutivamente social. La persona humana es, ontológicamente, conviviente (17). Ella vive con las cosas y con los otros hombres. Pero, sin embargo, integrada en la naturaleza, y en cuanto convive en el cuadro social, no pierde a su esencia más íntima, no deja de ser un final en sí misma, un autofin. Todavía, puesta ante los otros seres, esto es, en cuanto convive, en la naturaleza, con los otros seres humanos, toma conciencia de su superioridad relativamente a los seres naturales, pero reconoce su igualdad esencial con relación a los otros hombres. Pero el acto de convivir con el «otro», y por la circunstancia de reconocerlo, no implica que abdique de su condición esencial de persona. Vive en sociedad, pero es titular de una libertad y autonomía dentro del contexto social en que está integrado. Y esta su condición es prioritaria relativamente a todo el orden social y, por tanto, a toda Orden Jurídica. De ahí porqué tiene razón L. Recaséns Siches al escribir: «Adviértase que la dignidad de la persona individual precede a toda orden social y está por encima de todo orden social y político. La persona humana, por virtud de su dignidad, posee derechos primarios, no sólo frente a los otros hombres, sino también frente a la reunión global de todos los hombres. El valor supremo en el Derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fue el principio de libertad por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del Orden Jurídico. La autonomía ética de la persona es lo único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. Esa autonomía debe ser respetada como principio fundamental,

(14) L. LEGAZ Y LACAMBRA, en *Filosofía del Derecho*, 3.^a ed., pág. 265.

(15) X. ZUBIRI, en *Sobre la esencia*, pág. 504.

(16) L. RECASÉNS SICHES, en *Introducción al estudio del Derecho*, pág. 336.

(17) L. LEGAZ Y LACAMBRA escribe magistralmente lo siguiente: «La persona tiene naturaleza constitutivamente "social". La idea de persona implica la de relación. No es sólo que la persona se abra constitutivamente al "otro", sino que la persona no existe más que siendo con los demás.» (En ob. cit., 3.^a ed., págs. 269-270.)

pues es lo que transforma al individuo en persona, y es el hombre, en tanto que persona, a quien el Derecho se dirige, en tanto que un fin en sí, un fin de carácter ético» (18). O, como quiere M. Reale, «La idea de persona humana, la idea de que cada hombre tiene una individualidad racional que, como tal, debe ser respetada, está ahí el valor esencial, aquel que podemos llamar valor fuente», y en ese valor, esto es, en la persona humana que se encuentra, «el fundamento, tanto del Derecho como de la moral» (19).

Todo el Orden Jurídico, por lo tanto, debe descansar en el reconocimiento de una igualdad esencial entre los hombres, por ser el hombre, ontológicamente, «persona», esto es, ser racional, capaz de estimativas y libre en sus decisiones. El Derecho, en siendo, pues, una forma de disciplina de vida de personas, esto es, de seres constitutivamente convivientes, o mejor, regulación de las conductas de seres racionales y libres, tiene como su presupuesto y su límite a la naturaleza íntima y peculiar de los seres, cuya actividad es por él ordenada. No puede desconocerla. No puede ignorarla y mucho menos violentarla.

6. Bien vistas las cosas, el principio de la Reserva Legal expresa y se constituye en conectorio de esta raíz ontológica del Derecho. Es un instrumento de defensa de los derechos primarios del ser humano. Pero necesita, como ya se dijo, de complementación. Es necesario no sólo cohibir el albedrío judicial. Es menester limitar el albedrío legislativo. Principalmente en el campo penal, donde el Estado atiende de forma contundente los valores fundamentales del hombre y los valores instrumentales indispensables al hombre mientras ser conviviente. Y la forma suplementaria necesaria para garantía real de los derechos de la persona parece poder sintetizarse en los siguientes términos: «Sólo hay crimen cuando se lesionan o se ponen en peligro bienes inherentes y fundamentales del hombre y bienes instrumentales indispensables a su realización social. Sólo es legítima la pena cuando en su ejecución se resguarde la dignidad esencial de la persona humana, esto es, su condición de ser racional» (20). Este postulado debe ser insertado entre las normas funda-

(18) En ob. cit., pág. 334.

(19) M. REALE, en «Fundamentos del Derecho», 2.^a ed., pág. 305. El ilustre filósofo brasileño escribió: «La comprensión del espíritu como capacidad de síntesis y el concomitante reconocimiento de que quien dice síntesis dice libertad, constituye el presupuesto irremovible que condiciona cualquier meditación sobre el problema del hombre y aquello que el hombre construyó y continúa construyendo a través de los tiempos, esto es, su experiencia social e histórica y la experiencia ético jurídica en particular.» (En *Teoría tridimensional del Derecho*, pág. 100.)

(20) Carlos Cossío ve el principio de la legalidad de las penas como una exi-

mentales de cualquier Ordenamiento Jurídico que pretenda, de forma auténtica, realizar los legítimos fines del Derecho...

7. De este modo, la orden jurídico-penal contemporánea realiza también, además de sus finalidades específicas inicialmente recordadas, una función de garantía de los derechos fundamentales del hombre. Consagrando universalmente el principio de la Reserva Legal, las actuales legislaciones penales derogan el albedrío judicial, limitando la esfera del ilícito penal, y de lo sancionable, a lo dispuesto en letra de ley previa al hecho *sub judice*. De ahí, así, una función nueva del Derecho penal, haciéndolo un instrumento de garantía de los derechos individuales (21).

Pero es preciso ir además, para que esa función de garantía de los derechos humanos se realice con plenitud. Es necesario condicionar al legislador penal, tanto en el estatuir los tipos delictuosos, como en la fijación de las modalidades de pena, poniéndole como misión y límite infranqueable la defensa de los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos instrumentales, absolutamente necesarios para la realización de la convivencia social. Este, al lado de la función de defensa de la convivencia social, es el desafío de los tiempos que corren a los penalistas que, si no quisieran hacer involuir al Orden Jurídico, no pueden olvidar la necesidad de completar la función de garantía de los derechos humanos que incumbe al Derecho penal de nuestros días, como exigencia derivada de la incontestable prioridad axiológica del humano.

LUIZ LUISI

gencia intrínseca de la justicia. Entiende que la justicia es sustancialmente igualdad. Y entre el crimen y la pena inexiste esta relación de igualdad. O en la expresión del propio pensador argentino: «No hay criterio racional alguno para determinar por qué la pena dura tanto para este delito y cuánto para aquel otro. En conclusión: no hay relación racional entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí.» Pretende extender el irracional de esta relación ontológica de incomparables que son el crimen y la pena, también hay situaciones no previstas previamente en ley, conflictiva con las exigencias de justicia. O en el propio lenguaje del maestro de la Teoría Ecológica: «No es racional extender lo irracional, y por eso la razón tiene que oponerse a toda derogación del principio "nulla poena sine lege". Atacar este principio axiológico es atacar a la razón misma en una de sus más importantes expresiones estimativas.

La naturaleza genéricamente irracional de las sanciones penales fundamenta la racionalidad en sí de la máxima "nulla poena sine lege". Y así, por su intrínseca justicia, es como la defiende la Teoría Ecológica.» (En «El principio "nulla poena sine lege" en La Axiología Ecológica», en anexo al libro *Teoría de la verdad jurídica*. págs. 295 y sigs.)

(21) Carlos FONTÁN BALESTRA, en *Misión de garantía del Derecho penal*, páginas 9 y sigs.