

## El fundamento intercultural del Derecho Penal

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático acreditado de Derecho Penal. Universidad de Valencia

SUMARIO: A) Planteamiento de la cuestión.–B) La tensión entre principios.–C) El consenso sobre la tutela de los derechos humanos.–D) El núcleo inviolable de los derechos y garantías afectados por todo sistema penal.–E) El fundamento último de todo sistema penal.

### A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Tratando perspectivas muy diversas, tanto desde el Derecho Penal Internacional, como desde el Derecho comparado, pasando por el Derecho Penal intercultural y también desde la metodología dogmática, se pueden apreciar algunas claves universales del sistema penal actual (1). Los fundamentos de dignidad humana y seguridad jurídica, el principio de lesividad social, el catálogo tradicional de delitos, cierto carácter retributivo de la pena (2) y sus fines preventivo-genera-

---

(1) En relación con los elementos comunes que se pueden encontrar en la mayoría de los sistemas penales, tomaré las conclusiones vertidas en mi trabajo BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos* en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dirs.)/ CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo I. Valencia, 2009; pp. 223-256.

(2) También existe cierto consenso, y por lo tanto, cierta universalización, del concepto de pena. A partir de la obra de autores como Gallas o Jescheck, hay un mayoritario acuerdo en considerar la pena como un juicio de desvalor ético-social y público sobre el autor a causa de la lesión del derecho perpetrada culpablemente. En

les y preventivo-especiales (3), así como el mecanismo de mediación en el Derecho Penal material y adjetivo, parecen constituir las bases sobre las que se estructura el edificio de todo Derecho Penal.

El modelo de referencia que aquí se ha utilizado, representado por el derecho sancionador de ciertas comunidades indígenas de Latinoamérica (4), ha puesto de manifiesto dos evidencias. Una, que algunos principios, como los de legalidad, culpabilidad o exclusiva protección de bienes jurídicos, no son universales (y ni tan siquiera lo son, en lo que se refiere al primero y al último, en los sistemas occidentales), así

---

efecto, las características que derivan de esta definición parecen presentarse de forma común en todo sistema penal. Y en este sentido cabe destacar que la pena siempre presenta este acento negativo y siempre tiene, por tanto, el carácter de un mal, aunque se quisiera imponer en favor del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la voluntaria injerencia en la esfera de derechos del condenado (libertad, patrimonio, tiempo libre, imagen social). Pues precisamente allí se encuentra la expresión de la reprobación pública en tanto que la pena afecta lesivamente la posición jurídica del reo. La negación del carácter de mal de la pena no significaría otra cosa que la negación del concepto de pena. En estos términos se expresa KÜHL, Christian: *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116 (2004); pp. 870-890, 877.

(3) Con excepción del Derecho Penal internacional, donde existe cierto acuerdo en considerar que aquí los fines más relevantes son los retributivos y de prevención general. Así se manifiestan, a título de ejemplo, TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme ? Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007*; pp. 1005-1020, 1010.

(4) Para determinar cuáles eran los parámetros comunes a todo Derecho Penal, en el trabajo anteriormente citado tomé como referencia mis propias investigaciones sobre sistemas sancionadores indígenas en Latinoamérica, parámetros que fueron analizados comparativamente con los establecidos en el sistema penal occidental. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis* en FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.): *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito, 2004; pp. 111-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *¿Existe el derecho penal indígena?* Conferencias Magistrales, núm. 13. INACIPE, México, 2005. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena* en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*. Valencia, 2006; pp. 259-372. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en BERRAONDO, Mikel (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006; pp. 663-683. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006 (Lima y Friburgo -Suiza-, 2007); pp. 101-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos* en GIRAUDO, Laura (Edit.): *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*. Madrid, 2008; pp. 185-213.

como tampoco ciertas categorías (determinados hechos delictivos y clases de penas). Y dos, que pueden existir otros postulados diferentes que ocupan el lugar de los anteriormente mencionados, como los principios de reciprocidad, del equilibrio o de la paz social. Estas discrepancias se explican nítidamente tomando en consideración algunas diferencias estructurales que se encuentran en los distintos modelos de convivencia, el occidental y el indígena (criterios individualista o comunitario, relación de dominio o integración entre el ser humano y su entorno natural, concepción lógico-causal o místico-espiritual de la realidad, perdurabilidad étnica o peligro de extinción y constante necesidad de subsistencia, entre otros).

La globalización económica está provocando, a su vez, un proceso dialéctico en el que, tanto se produce una extensión de la cultura y valores occidentales, como se potencian las tradiciones propias e idiosincrasia étnica de cada pueblo. Dicho proceso dialéctico, como aquí se ha puesto de manifiesto en otro lugar (5), afecta tanto a lo universal como a lo particular del sistema penal.

Pues, por un lado, la globalización está incidiendo en la aceptación de la democracia y de los derechos humanos como forma de coexistencia válida para todos los rincones del Planeta, dado que con dicha aceptación se abren también nuevos mercados y se liberalizan las leyes de la competencia. Pero, por otro lado, semejante arrolladora maquinaria de la civilización occidental está al mismo tiempo provocando movimientos de defensa para mantener la identidad, la propia cultura y la tradición de los grupos humanos que se ven afectados por aquélla (movimientos anti-sistema en Occidente, fortalecimiento de las posiciones fundamentalistas islámicas en el mundo musulmán, extensión del socialismo populista en Latinoamérica, revivimiento del movimiento indígena, etc.).

Un segundo proceso dialéctico se produce en el seno de la globalización económica, entre su ideología de la eficiencia y la pretendida universalidad de los derechos humanos.

Así, para procurarse el dominio del mercado mundial, la globalización se rige por una ideología neo-liberal que impone los criterios «cientifistas» de la eficiencia y de las cifras positivas de las cuentas de resultados de toda actividad, individual y social. Precisamente aquí el aspecto valorativo y humano, en términos de deber ser, representa un obstáculo frente a las frías estadísticas de la macro y de la microeconomía. Pero, a su vez, los verdaderos agentes económicos de la mun-

---

(5) En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Globalización y concepciones del Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela, 2009. En prensa.

dialización, las empresas multinacionales, requieren de los valores de la democracia y de los derechos humanos para encontrar una legitimidad y una mayor seguridad jurídica respecto de las reglas a las que se somete su implantación. Por eso se pueden observar concepciones penales que proceden de la ideología de la globalización, como el funcionalismo, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal simbólico, que emergen de dicho pensamiento, y que se alejan, en parte, del fundamento del sistema penal basado en la condición humana. Pero también se comprueba que los modelos interculturales o la internacionalización del Derecho Penal, que se basan en un entendimiento común de los derechos del ser humano, se ven favorecidos por los procesos de mundialización económica.

Este mismo desarrollo dialéctico se ha tomado en consideración en la presente investigación, en la medida en que discurre constantemente desde las pautas más universales (y de ahí su origen en el Derecho Penal de la globalización) hasta las más particulares (aquí representadas por el derecho sancionador indígena).

Los aspectos diferenciadores entre las tendencias universalistas y las particularistas se han ido desvelando recurriendo, principalmente, a cuatro criterios que distinguían las formas de convivencia occidental de la tribal o aborígen (temática que se abordó otros trabajos). Ahora, en el presente trabajo, se pretende apuntar o desvelar el fundamento que se encuentra en lo común a las distintas categorías e instituciones de todo sistema penal. Y de forma paralela, siguiendo el criterio metodológico comparativo que se acaba de señalar, habrá que comenzar estudiando y verificando la estructura general que se halla en todo esquema de coexistencia humana, cualquiera que sea la cultura, tradición o civilización en la que se incardine.

Así, se han observado algunas diferencias de planteamiento en cuanto a los límites de la admisión de la gravedad de las medidas coercitivas del sistema penal merced a la diversa concepción cultural de cada civilización. Ejemplo de ello lo encontramos en la difícil aceptación de la pena privativa de libertad, en la idiosincrasia amerindia, y en el rechazo de las sanciones corporales, en la idiosincrasia occidental (6). Surge entonces la cuestión de la legitimidad de estas medidas

---

(6) Pese a que en los casos recogidos en las Sentencias T-1294/05 y T-549/07 del Tribunal Constitucional colombiano, la respectiva comunidad indígena impone al acusado la pena de prisión por hechos muy graves, la famosa antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero (que ha elevado a esta Corporación algunos peritajes antropológicos de gran relevancia) señala, en la última de las resoluciones, que la pena privativa de libertad no es recomendada por las comunidades indígenas. Tanto es así que el cumplimiento en estos supuestos extraordinarios se remite a la justicia ordinaria en un ejercicio de cohabitación entre ambos sistemas jurídicos.

coercitivas de los distintos sistemas penales desde una concepción cultural diferente. Este debe ser un buen punto de partida desde el que se puede establecer la duda metódica que nos conduzca al fundamento último de todo sistema penal (7).

Siguiendo el modelo de referencia del derecho consuetudinario indígena, se ha podido apreciar que es común la aceptación de penas corporales (azotes, latigazos o el fuste, por ejemplo) en bastantes de los pueblos que tienen derecho propio. A partir de ahí, habría que dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Y qué ocurre con la formulación universal de los derechos humanos? ¿Acaso el hecho de ser indígena, de poseer otro acervo cultural, otra cosmovisión del mundo, otra forma de existencia individual y social, determina que las garantías individuales encuentran por esta razón un límite infranqueable en su pretensión de tutela? No quisiera pasar por alto algunas consideraciones que, al menos inicialmente, deben ser tenidas en cuenta.

## B) LA TENSION ENTRE PRINCIPIOS

Visto de este modo, y desde un planteamiento de legitimidad que intente racionalizar la convivencia entre todas las culturas y civilizaciones con la pretensión de reducir al máximo la violencia, la cuestión puede formularse desde el entendimiento de un conflicto entre el principio de respeto a la diversidad cultural y este otro de la obligada tutela de los derechos humanos universalmente reconocidos.

En efecto, nos encontramos, en algunos supuestos, ante un conflicto entre el principio de diversidad étnica y cultural, que obliga al poder público a preservar el derecho a la diferencia y al mantenimiento de la propia idiosincrasia del grupo humano en cuestión; y el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales al mismo integrante de ese grupo humano (indígena, musulmán, oriental, hindú, etc.), que exige del Estado la tutela correspondiente. El Tribunal Constitucional colombiano ha manifestado esta tensión entre ambos principios con un gran acierto (8).

---

(7) Sigo, en parte, la argumentación expuesta en dos trabajos recientes: BORJA JIMÉNEZ, E.: *El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de la violencia en Latinoamérica* (en prensa)... cit.; BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos...* cit.; pp. 206 ss.

(8) «Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las

Y para resolver este conflicto, se establece una concreta metodología que transcurre a través de los estadios que seguidamente se enumeran.

Habrà entonces, que postularse en relación con los dos polos en tensión, el principio de diversidad cultural, en primer lugar; y la interpretación y entendimiento actual de los derechos humanos, en segundo lugar.

En cuanto al principio de diversidad étnica y cultural, recurriendo una vez más a la gran calidad científica de la doctrina del Tribunal Constitucional colombiano, hay que señalar que su existencia supone el reconocimiento a los grupos humanos dentro de un Estado, o a los pueblos de los Estados que integran el orden internacional, para asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones (9). El principio de diversidad cultural, por tanto, obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental (10)», lo cual permite a las comunidades humanas y a los individuos que las integran «...definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos (11)...». También se ha dicho, en este orden de cosas, que el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, y en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios que gozan de igual jerarquía (12).

Aunque la interpretación del Tribunal Constitucional colombiano estaba ceñida a los problemas de la autonomía jurisdiccional indígena en materia sancionadora y sus límites en Colombia, creo que su validez se proyecta al ámbito intercultural global y al específico marco

---

naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos» Sentencia T-254/94. Esta doctrina fue continuada por otras relevantes resoluciones, entre las que destacan las sentencias C-139/96, T-349/96, T-496/96 y SU-510/98.

(9) Sentencia T-603/05.

(10) Sentencias SU-510/98, C-104/95 y T-380/93.

(11) Sentencias SU-510/98 y T-496/96.

(12) Sentencia T-349/96.

del Derecho Penal. Es por ello que, siguiendo el razonamiento apuntado, la definición del principio de diversidad cultural tiene que circunscribirse al perímetro del sistema penal, y su naturaleza conflictiva ser ponderada en relación con el principio del respeto a la vigencia de los derechos humanos.

Y en relación con dicho axioma, hay que tener presente que el sistema de valores de la cultura occidental se encuentra en un plano de igualdad, en atención a su valoración y legitimidad, con relación al sistema de valores de otras culturas y civilizaciones, posición que suele mantenerse con firmeza en el plano teórico, pero que se ve transformada en la realidad, donde muchas veces se aboga en favor de una presunta superioridad de la tradición judeocristiana de Occidente.

El límite de toda cultura en el ejercicio del *ius puniendi* que corresponda con su respectivo sistema penal tiene que ser el respeto y la tutela de los derechos humanos. De ahí que, en segundo lugar, tenga que determinarse hasta dónde puede incidir la intensidad de su afectación por el conjunto de medidas coercitivas, sancionadoras o cautelares, del Derecho Penal material y adjetivo.

En este sentido, cabe recordar los tres presupuestos de los que parten las concepciones interculturales del Derecho Penal. Esto es, en primer lugar, que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. En segundo lugar, donde se pone el acento en el dato de que la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización pueda reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y, en tercer lugar, tal y como se viene apuntando en estos últimos párrafos, hay que reiterar que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándolos en su seno, desarrollándose conforme a sus requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación (13).

Por otro lado, el postulado de la universalidad de los derechos humanos ha encontrado varios fundamentos. A estos efectos, quisiera señalar que acepto aquellas tesis que interpretan el contenido de esos derechos humanos como conjunto de estados de valor o de necesidades objetivas que son absolutamente indispensables para reconocer al ser humano como ser espiritual y moral, como sujeto y agente de su propia existencia, y no como medio de objetivos y fines colectivos. Si es cierto

---

(13) HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, p. 79.

que todo poder público debe garantizar, no sólo el reconocimiento, sino la misma tutela de estos derechos fundamentales de todos sus ciudadanos, también es verdad que, de igual forma, debe preservar los derechos colectivos de determinados grupos humanos residentes en su territorio que constituyen la plataforma de la propia idiosincrasia, acervo cultural, tradiciones, costumbres, religión, y, en última instancia, de su comprensión del mundo y forma de existencia vital (14).

### C) EL CONSENSO SOBRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es posible, por tanto, encontrar un mínimo consenso sobre la necesidad de vigencia de los derechos humanos en toda cultura y tradición, aunque dicho mínimo consenso se centre en un ámbito muy estricto y con interpretaciones diferentes. A este respecto, se ha dicho que culturas como la india, japonesa o amerindia aceptan también este consenso, pero teniendo presente dos consideraciones. La primera pondría el acento en el hecho de que todo derecho acarrea su respectivo deber de obligación, y los derechos humanos no constituirían ninguna excepción. La segunda, resaltada aquí, que postula por la necesidad de interpretar las garantías individuales dentro de un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental (15).

---

(14) No puedo profundizar ahora sobre una temática que debería ser objeto de más de una monografía. La cuestión sobre la universalidad de los derechos humanos, y su interpretación en las distintas civilizaciones, es muy discutida en la actualidad. Cito tan sólo algunas obras y trabajos que han tratado seriamente esta problemática. Así, ASHWORTH, Andrew: *Human Rights, Criminal Law and the principles of Legal Certainty*. *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag.* München, 2005; pp. 49-61. HERSCH, Jeanne (Direcc.): *El derecho de ser Hombre*. Salamanca, 1973. HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999. MERLE, Jean-Christophe: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*. Berlín, 2007. MUGUERZA, Javier (y otros): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, 1989. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Direc.): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, 1995. ROULAND, Norbert (Dir.): *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*. Traducción de Isabel VERICAT NÚÑEZ. México, 1999. TOMUSCHAT, Christian: *Human rights: Between idealism and realism*. Oxford, 2003; pp. 58-83. VASAK, Karen: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona, 1984. VILLORO, Luís: *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, 2002 (reimpr.).

(15) En este sentido, VILLORO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit.; pp. 131 ss.



Si tenemos en cuenta estos presupuestos (coexistencia en plano de igualdad de culturas distintas, mínimo consenso sobre la vigencia universal de ciertos derechos humanos, aceptación de una distinta interpretación de los mismos según sea la óptica cultural de referencia), podemos esbozar, provisionalmente, una solución conciliadora al conflicto que hemos venido exponiendo. Y en este sentido, estoy de acuerdo con los postulados filosóficos de Apel (16) y Habermas, que abogan por la necesidad de establecer un proceso de comunicación que conduzca al consenso en relación con las normas materiales que se quieren universalizar, contando para ello con las representaciones valorativas de todas las culturas afectadas. Es necesario, entonces, que concurren unas condiciones mínimas que fortalezcan la intervención con el fin de alcanzar ese consenso entre lo universal y lo particular (y a su vez, entre la cosmovisión occidental, y otras, como la amerindia, islámica, oriental, etc.).

Esta misma pauta es utilizada por la Corte Constitucional colombiana con el objetivo de aportar una respuesta frente a la cuestión del límite de tolerancia de las conductas permitidas en las culturas indígenas que puedan menoscabar un derecho fundamental universalmente reconocido. «Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, se trataría de lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una (17).

Evidentemente, la multiplicidad de formas de vida, de cosmovisiones y de necesidades e intereses en las distintas civilizaciones, dificulta mucho tanto el diálogo como el consenso intercultural. Sin

---

(16) Tomo algunas de las ideas de este autor vertidas en su trabajo APEL, Karl-Otto: *Andersen, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt* en la obra colectiva con el mismo nombre coordinada por HOFFMANN, Hilmar, y KRAMER, Dieter. Weinheim, 1995; pp. 9 ss., especialmente 17 ss.

(17) Sentencia T-523/97. El origen de esta doctrina se encuentra en la Sentencia T-349/96, seguida por las resoluciones, además de la primera mencionada, SU-510/98, C-370/02, C-127/03 y T-549/07. Las fuentes doctrinales citadas por la relevante resolución T-349/96, y que se transcriben literalmente del texto, serían: Abdullahi Ahmed An-na'im, «Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment» en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y RICHARD FALK, «Cultural foundations for the International Protection of Human Rights», *ibid.*

embargo, se ha apuntado, y con razón, que es más fácil que la humanidad se ponga de acuerdo en aquello que desea prohibir, en los comportamientos que reprocha, proscribire y castiga (que son limitados), frente a aquellos otros que entiende como valiosos, o al menos, como tolerables (que son infinitos). Si ello lo circunscribimos al ámbito de las garantías fundamentales, también habrá que asumir el pensamiento que afirma que un entendimiento de los derechos humanos proyectándose a restringir y limitar la acción del poder público tiene mayores posibilidades de reconocimiento universal que un concepto más extenso que considera a éstos como elementos de orden público para todo Estado y toda sociedad sin distinción (18). De aquí se deduce que el Derecho Penal esté siendo caracterizado como una universalidad socio-cultural, puesto que trata más bien los supuestos más graves de experiencias negativas de menoscabo de derechos. Y así, una vez más, se confirma que es más fácil que se produzca un consenso sobre lo que no debe ser, antes de que se llegue al consenso sobre lo que debe ser (19).

Llegados a este punto, el siguiente obstáculo que hay que salvar es determinar ese mínimo elenco de garantías y libertades que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva.

A estos efectos, se establece que todo sistema de convivencia ha de concebir al hombre como agente moral, y de ahí se deduce que uno de los postulados básicos del consenso intercultural sea el respeto al principio de autodeterminación, de autonomía de la persona, o, expresando el mismo significado con palabras distintas, el principio del libre desarrollo de la personalidad (20). De aquí se derivan algunos derechos íntimamente ligados a este reconocimiento con carácter universal, cuales son el derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguri-

---

(18) TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 82 y 83.

(19) HASSEMER, Winfried: «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts» en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* ... cit.; pp. 157 ss., 172.

(20) Señalaba John Stuart MILL que, para considerar una sociedad libre, se tendría que garantizar, como mínimo, las siguientes: «... libertad de pensar y sentir, la de expresar y publicar opiniones, libertad de regular la vida según nuestro carácter de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan los demás, mientras no les perjudiquemos, aunque conceptúen nuestra conducta como necia o censurable, y la libertad de reunirse o asociarse con iguales limitaciones...». Al respecto, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Lusíada, Serie II, núms. 4-5 (2007); pp. 157-187, 168.

dad (21). Todo ello matizado con la aceptación de los deberes «más fuertes» que algunas culturas no occidentales (como la indígena) imponen a sus miembros, como son los genéricos de cooperación, solidaridad y trabajos comunitarios (22).

#### D) EL NÚCLEO INVOLABLE DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS AFECTADOS POR TODO SISTEMA PENAL

A partir de aquí, cabría señalar que ese mínimo elenco de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva (23), y que han sido

---

(21) El especialista americano en ciencia política y filosofía social, Michael Walzer, habla correctamente de un código moral mínimo y universal que es aceptado a nivel mundial sin ninguna objeción. Este código mínimo comprendería, desde su punto de vista, la prohibición del asesinato, de la esclavitud, de la tortura y del genocidio. De hecho, en ningún país del mundo las autoridades públicas otorgarían licencia para que se permitiese disponer de acuerdo a su libre albedrío de la vida, de la libertad y de la integridad corporal. Aunque ello ha sucedido y sucederá, este tipo de prácticas no son reconocidas como máximas a seguir de una política correcta. Ningún pensador serio pone en duda la propuesta de que el poder del Estado autoritario tiene que ser limitado por firmes restricciones. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 81 y 82. En otro pasaje de esta última página, el autor señala que en ninguna parte ha surgido doctrina alguna que permitiría al Estado cercenar arbitrariamente las libertades de expresión, reunión y asociación. De haberlas, tales limitaciones constituirían datos empíricos de la misma vida social, que generalmente están justificadas por la prevalencia de situaciones excepcionales.

(22) Esta es la posición, que personalmente comparto, de VILLORO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit.; pp. 132 y 133. En este sentido, se ha dicho, y con razón, que otras cosmovisiones diferentes de la occidental, como la hindú o la china, ponen el acento en el hecho de que en estas culturas, antes que la reclamación de los derechos, existe la idea del cumplimiento de las obligaciones, y de ahí es de donde se derivan ese elenco de garantías. De igual forma, se ha querido identificar los valores asiáticos poniendo el énfasis en la búsqueda de soluciones consensuadas, criterio comunitario frente a individualismo, orden social y armonía, respeto por los mayores, disciplina, Estado paternalista y el rol prioritario del gobierno en el desarrollo económico. Es más, ni siquiera en las sociedades occidentales existe un consenso sobre un derecho humano tan relevante como el derecho a la vida. La existencia de la pena de muerte en EE. UU., la legalidad de los asesinatos «selectivos» en el Estado de Israel, o la distinta consideración del aborto consentido por la mujer embarazada en diferentes países europeos, constituyen buena prueba de ello. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 69 -72.

(23) La cuestión está siempre abierta entre los especialistas en derechos humanos. Se pregunta TOMUSCHAT (*Human rights: Between idealism and realism...* cit.; pp. 58 ss.) si podría realmente existir un estándar común de derechos para toda la humanidad, o si por el contrario se oscurecieron las pretensiones de las declaraciones y de los instrumentos internacionales de derechos humanos de extender universal-

delimitados en torno al derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguridad, es el que debe respetar el poder político en relación con el ciudadano. Sin embargo, dichos derechos son limitados con mayor intensidad cuando se trata de los individuos que ingresan en el sistema penal.

Teniendo presente todos estos presupuestos, ya estamos en condiciones de responder a la cuestión fundamental: ¿Cuáles son los bienes y derechos que ningún ordenamiento sancionador, ni siquiera excusándose en la salvaguardia de su diversidad cultural, propia idiosincrasia o tradición, puede menoscabar en la definición de las conductas delictivas y en el establecimiento de las correspondientes penas?

Así, en el seno de la Unión Europea se está configurando, tanto por los tratados y convenciones propias, o los externos firmados en bloque por dicha organización, o incluso por el sistema constitucional derivado de las respectivas leyes fundamentales de los Estados integrantes, un núcleo inviolable de derechos fundamentales. De ahí derivan unos criterios comunes de obligado cumplimiento a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el respectivo sistema penal (24). En este sentido se habla de reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos, y la prohibición de la tortura. Dichos criterios comunes con cierta tendencia a la universalización, sin embargo, sólo son predicables de una específica cultura occidental.

Me interesa destacar ahora un ámbito en el que se plantee el conflicto entre la autonomía de la actividad jurisdiccional correspondiente a un determinado sistema penal y su afectación a los derechos humanos. Dicho ámbito viene abarcado por el modelo de referencia que ha sido aquí presentado, en el seno del Derecho sancionador de las comunidades indígenas de Latinoamérica.

---

mente sus propuestas, por su propia ambición. Pues se cuestiona el autor si la existencia de diferencias culturales entre las muchas naciones y otras comunidades étnicas o lingüísticas del Planeta son irreconciliables con el tipo de uniformidad que supondría el establecimiento de principios universales con su lógico corolario.

(24) Al respecto, NUOTIO, Kimmo: «Criminal law of a transnationale polity». *Festschrift für Heike Jung zum 66. Geburtstag*. München, 2007; pp. 685-698, 890. También se ha dicho en este ámbito, que los derechos fundamentales más importantes que afectan al Derecho Penal son la presunción de inocencia, el principio «*nullum crimen nulla poena sine lege*», el mandato de moderación (o mitigación) y el principio de proporcionalidad en relación con hechos punibles y penas, así como el principio del «*non bis in idem*». DANNECKER, Gerhard: «Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005); pp. 697-748.

Así, la misma Corte Constitucional colombiana ha delimitado concretamente el perímetro de lo prohibido en sede de actuación jurisdiccional de las autoridades indígenas. Es decir, en última instancia se está cuestionando la legitimidad de todo tipo de medidas de intervención penal (sean procesales o materiales) que se utilizan en el Derecho Penal indígena, en la medida en que puedan atentar a las garantías individuales universalmente reconocidas. Sin embargo, siguiendo con la metodología comparativa que se ha ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, los resultados pueden perfectamente extrapolarse y tomarse en consideración a efectos de determinar los límites de lo tolerable de todo sistema penal.

Y en estos términos, la Corte Constitucional ha expresado claramente, después de una argumentación bastante convincente (y en la que ahora no podemos entrar con detalle) su entendimiento de los límites de actuación normativa y jurisdiccional en el marco del Derecho Penal indígena. «Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas [...] Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”» (25). La Corte, coherente con este planteamiento, no considera atentado a los derechos humanos el empleo limitado de sanciones corporales (como el fuste o el cepo) o el juzgamiento del sujeto sin que éste se halle presente, siempre que venga representado o defendido por personas allegadas (situación que hipotéticamente podría atentar al principio del debido proceso). Sobre estos aspectos tendré ocasión de pronunciarme en el último apartado del presente artículo.

Por tanto, el núcleo de derechos intangibles que, a juicio del mentado Tribunal, debe respetarse universalmente, incluiría, en primer término, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Se basa para ello en dos razones de peso. En primer lugar, atiende al hecho de que únicamente respecto de éstos

---

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional T-523/97. El Alto Tribunal parte de la idea de que el respeto al principio de diversidad étnica y cultural constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico colombiano, y por esta razón, su limitación cuando entra en conflicto con otros derechos y principios, debe restringirse al máximo.

puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, se acoge a la constatación de que dichas garantías se encuentran dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, garantías que no pueden ser suspendidas ni siquiera en las situaciones de conflicto armado (26).

Aunque estoy de acuerdo con dicho elenco de derechos inviolables, desde mi personal perspectiva cabría añadir las garantías de la integridad física y de la integridad moral, entendida esta última como la no-despersonalización del sujeto en determinadas situaciones de privación de libertad.

Si bien en el último epígrafe de este trabajo volveré sobre esta temática, creo que existen razones suficientes para incluir en este núcleo esencial dichos dos derechos fundamentales a la integridad corporal y a la integridad moral.

En cuanto al primero, creo que pueden ser aceptados desde otras culturas diferentes a la occidental cierta afectación corporal mediante castigos que entran dentro de su tradición ancestral. No me parece más grave, por ejemplo, castigar con cuarenta latigazos a quien perpetró un robo que internarlo en un centro penitenciario durante dos años. Aunque ello desprece la conciencia de la cultura judeocristiana, por las mismas razones las etnias originarias de Latinoamérica no conciben la privación de libertad como pena en sus correspondientes sistemas jurídicos. Pero el castigo corporal deberá ser admitido en cosmovisiones distintas de la occidental siempre que no deje ni física ni psicológicamente una huella indeleble en la persona que lo sufre. La intensidad de los cuarenta latigazos, por seguir con el ejemplo, no puede llegar a dejar cicatrices permanentes en el reo, y tras su aplicación, éste siempre ha de tener la posibilidad de recuperar un estado físico similar al que mantenía con anterioridad a la ejecución de la sanción (27). El mismo razonamiento sería válido para otras penas que en la cosmovisión indígena tienen un carácter altamente simbólico y ritualizado, como el baño en agua fría o la sanción de ortiga (28). Pero alguna que otra práctica, como cortar las orejas a las mujeres adúlteras en algún derecho original amerindio, o la ablación del clíto-

---

(26) Sentencia T-349/96. Dicha resolución fue completada, tal y como se han señalado, por la T-523/97.

(27) Esta misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica en las comunidades indígenas que la mantienen, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido.

(28) BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pp. 154 ss.

ris de las niñas en ciertas tradiciones fundamentalistas islámicas, no pueden ser aceptadas desde ninguna interpretación de los derechos humanos. Aparte de que estas tradiciones entrarían en la calificación de tratos crueles e inhumanos, violarían este *principio de elasticidad* que he mencionado anteriormente. Según dicho axioma, ninguna institución jurídica puede incidir tan negativamente en un ser humano, que tras su aplicación éste no pueda recuperar su imagen física y su estructura psíquica que disponía con anterioridad a su ejecución.

El principio de elasticidad en el marco de las medidas punitivas deriva de una concepción del Derecho que contemple al ser humano como libre y responsable de sus actos, y cuyo objetivo sea resolver pacíficamente los conflictos humanos reduciendo al máximo la violencia, quedando fuera de dicho objetivo transformar sin su voluntad y permanentemente a los sujetos que los originan o los sufren.

Por tanto, la aceptación de ciertas formas limitadas de penas corporales no viola el derecho a la integridad física, siempre y cuando ésta no sea mermada sin posibilidad de recuperarse el estado físico inicial de quien las sufre. Creo que, explicado de esta forma, también este derecho debe conformar el núcleo esencial de las garantías fundamentales que no puede menoscabar ningún sistema penal bajo pretexto o justificación de prácticas o tradiciones jurídicas ancestrales.

Pero por las mismas razones, y en segundo lugar, también debe incluirse el derecho a la integridad moral. El principio de elasticidad también entraría aquí en juego, de tal modo que no se aceptarían aquellas medidas punitivas que puedan incidir sobre el aparato psíquico, sobre la conformación psicológica o sobre cualquier otro ámbito espiritual del ser humano, de tal forma que éste no pueda volver a recuperar su identidad, su Yo personal y esos aspectos espirituales relacionados con la imagen individual, específica e irrepetible que lo caracterizaban como tal ser humano.

Evidentemente, el derecho a la integridad moral queda tutelado tácitamente cuando se prohíbe en todo sistema jurídico la tortura, o los tratos inhumanos o degradantes. Pero, de no concebirse expresamente, quedarían fuera otros supuestos, y específicamente el que me voy a referir seguidamente.

He señalado que, tanto como a los occidentales nos repelen las penas corporales, la conciencia indígena rechaza las sanciones privativas de libertad. También se han expuesto algunas razones, como las que derivan de su propia idiosincrasia en los modos de convivencia. Así, el arraigo del ser a la tierra y al entorno ancestral de su comunidad prohíbe la posibilidad de encerrar a una persona. También la necesidad de reintegrar al individuo a la comunidad para que ésta no se vea

mermada en el número de sus integrantes (principio de supervivencia) se contradice con la privación de libertad de un indígena. Y sin embargo, en el mundo occidental, la pena más relevante sigue siendo la prisión. Pues bien, el derecho a la integridad moral, percibido desde el principio de elasticidad, determinaría que son legítimas las penas privativas de libertad hasta el punto de que no despersonalicen al sujeto, de que su duración y forma de ejecución no sea tan drástica que el reo, tras el cumplimiento, haya transformado su identidad, forma de ser o sufra perturbaciones psicológicas o psíquicas irreversibles. Y ocurre que también sobre el concepto de humanidad de las penas se pueden encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad.

De todo lo dicho, ya se puede señalar una primera estructura nuclear de los derechos fundamentales que tienen que ser respetados por todo sistema penal, y que vendría integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura.

A estos derechos intangibles, se le añaden la legalidad del procedimiento, que se concreta en los diferentes derechos fundamentales emanados del principio del debido proceso; y la legalidad de los delitos y de las penas (29).

Aquí la justificación se encontraría en razones de índole constitucional, respecto del primero; y referidas a la seguridad jurídica, en el segundo. Pero ambos, debido proceso y legalidad de los delitos y de las penas, también constituyen una estructura lógico-objetiva cuya necesidad puede y debe ser predicada de todo sistema penal, aun cuando su plasmación no tenga necesariamente que ser formalizada estrictamente con arreglo a los criterios del derecho occidental o ancestral (30). Es decir, la legalidad del procedimiento como reque-

---

(29) Doctrina asentada por las dos anteriores resoluciones de Tribunal Constitucional colombiano T-349/96 y T-523/97, y a partir de aquí, seguida, entre otras, por las sentencias SU-510/98, T-266/99, C-127/03 y T-549/07.

(30) «... el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y



rimiento general, no implica que se exija la existencia de juez de carrera, abogado letrado y fiscal togado. Es suficiente con que el acusado pueda defenderse realmente con ciertas garantías de objetividad e imparcialidad, y sea juzgado por una asamblea, un consejo de ancianos o unas autoridades que tradicionalmente han ejercido funciones jurisdiccionales. Y la legalidad de los delitos y de las penas no significa necesariamente que en todo ordenamiento punitivo se definan taxativamente unos y otras por una norma escrita con anterioridad a su aplicación. Bastaría con el hecho de que la regla, extendida socialmente por la publicidad de la escritura o de la tradición oral, sea conocida con carácter general por los sujetos afectados, de tal modo que puedan prever, aún vagamente, las consecuencias jurídicas de la realización de comportamientos prohibidos por las normas de la comunidad en que desarrolle su existencia.

De ahí que, siempre que el respectivo ordenamiento punitivo respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos (que, como se acaba de ver, se pueden concretar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, así como de la legalidad de los delitos y de las penas), ha de entenderse legítima la formulación que se realice, atendiendo a su tradición jurídica e idiosincrasia cultural, de sus categorías, principios e instituciones (31).

Llegado a este punto, quisiera formular otra cuestión relacionada con la inicialmente planteada. En el seno social y en el territorio de etnias primigenias de Latinoamérica o de Laponia, o en culturas islámicas u orientales ¿Qué sería más justo, más eficaz, más respetuoso, más civilizado, aplicar su propio derecho o recurrir a un ordenamiento de corte occidental?

Evidentemente, siempre que el ordenamiento originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos, que, como se ha visto, se pueden ubicar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, incluyendo la legalidad de los delitos y de las penas, me parece más conveniente que se tomen en

---

que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social». Sentencia T-523/97.

(31) BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pp. 183 ss.

consideración las normas vigentes propias de la tradición y costumbres de los pueblos que integran la respectiva civilización (32).

Y, en efecto, puede plantearse desde la mentalidad occidental que entrados ya en el siglo XXI, no se debe castigar a una persona a sufrir cuarenta latigazos, a realizar forzosamente trabajos en favor de la comunidad durante un año u obligarle a someterse a la inmovilización de su cuerpo por medio del cepo (sanciones que no vulnerarían estos mínimos, pero que repelen los valores de la cultura judeocristiana). Y estoy de acuerdo en considerar esta solución monstruosa si se aplicase en cualquiera de los países de la Unión Europea o en cualquier otro Estado de corte occidental. Pero es sabido (y se mostró en su momento) que la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue, por ejemplo, en el Derecho Penal indígena, mientras que estas otras, que acarrearán una gran carga ritual y un menor contenido aflictivo del que aparentemente representan, muestran una gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales de este sistema. Nos preguntamos entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas. Y de nuevo ahí, como he expresado unos párrafos arriba, nos encontramos con valoraciones diferentes sobre su significado y contenido esencial atendiendo a los distintos sistemas de valores de las diferentes culturas y civilizaciones.

Sin embargo, será en el último epígrafe de la presente investigación donde me ocupe del fundamento último de todo Derecho Penal (33).

## E) EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE TODO SISTEMA PENAL

Las distintas tradiciones jurídicas (que cada vez se aproximan más entre sí merced, entre otros, a los procesos de globalización económica) conforman sistemas penales diferenciados con componentes

---

(32) BORJA JIMÉNEZ: *Derecho indígena sancionador y derechos humanos...* cit.; p. 210.

(33) Se ha dicho, y con razón, que existe un consenso generalizado sobre el entendimiento como ilegítimos de aquellos comportamientos que, al abrigo de una determinada tradición o cultura, violan derechos fundamentales del individuo, aun cuando hipotéticamente pudieran derivar del Derecho Internacional o del ordenamiento interno del país o países de referencia. BERNARDI, Alessandro: *Modelli penali e società multi-culturale*. Torino, 2006; p. 128. Evidentemente, el problema se encuentra en la determinación de cuáles son esos derechos fundamentales del individuo a la luz de las diversas culturas y civilizaciones, tarea que ha ocupado este apartado.

propios de su cosmovisión, cultura y civilización, y otros que son comunes a todas ellas. Conforme se ha ido avanzando desde el plano de la realidad de cada ordenamiento punitivo, al plano de la legitimidad en la definición de los delitos, de las penas y de otras medidas coercitivas materiales o procesales, el núcleo del Derecho Penal mínimo (por ser común a toda comunidad o Estado) también se desplaza desde la *consideración didáctica* de sus conceptos y categorías al entendimiento universal de los derechos humanos.

En efecto, si se intenta definir lo común en materia de principios, se apreciarán las dificultades existentes merced a las diferencias entre los sistemas legalistas de la Europa continental o la prevalencia del precedente jurídico del *Common Law* en los sistemas anglosajones. También en este mismo ámbito aparecerán obstáculos a la hora de coincidir en la definición de la función del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos (concepción mayoritaria de la tradición continental) o regido por el *harm principle* (tradición anglosajona). En la estructura del delito, en cambio, en gran parte de esta Europa continental hay consenso en entender que viene constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; mientras que en Francia se define en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, conforme va profundizándose en aspectos menos técnico-dogmáticos y más filosóficos o constitucionales, aparecen fundamentos más generales, como la dignidad humana, la seguridad jurídica, los principios de lesividad, culpabilidad, *non bis in idem*, humanidad de las penas u otros de carácter procesal, como los derechos a la presunción de inocencia o a la defensa.

Evidentemente, a ello ha contribuido la evolución del pensamiento jurídico, que ha ido conformando los distintos conceptos y categorías a través del desarrollo de cada sociedad y del espíritu que impregna su respectiva reforma legal. Pero, en el fondo, el apreciable progresivo acercamiento que se produce en las últimas décadas en las distintas instituciones penales de las diferentes tradiciones jurídicas, cada vez más próximas e integradas en un ámbito común (por ejemplo, en el marco del Derecho Penal internacional), no obedece tanto al resultado de las respectivas metodologías de investigación jurídica o a la didáctica de la utilización conceptual de cada sistema penal, sino más bien a la concepción en la consideración del ser humano, de sus derechos, de su autonomía de la voluntad (y de sus límites) que ha ido aportando cada cultura y civilización (34). El fundamento de todo sistema penal,

---

(34) En estos términos, pero para el ámbito más concreto de la teoría jurídica del delito en el seno del Derecho Penal, se expresa AVRIGEANU, Tudor: *Ambivalenz*

por tanto, se halla en la imagen y en la idea de ser humano, sujeto, individuo o persona que sea común a toda tradición, cultura o civilización (35). Es por ello que, en estos últimos párrafos y líneas se tenga que hacer un esfuerzo por delimitar el concepto de persona (término que ahora empleo en sentido amplio) que pueda desprenderse del propio sistema penal. A partir de ahí se podrá comprobar la concreta justificación de cada uno de los componentes del Derecho penal, particulares y universales, que se han ido manifestando a lo largo del presente trabajo.

Dicho esto hay que tener presente otra idea no menos relevante que apunta a que el Derecho Penal es, sobre todo, un ordenamiento protector de los derechos humanos. A partir de aquí se vincula la naturaleza universal de los derechos humanos con una comprensión (de igual forma, universal) del ser humano (36). Y en este sentido, el mismo Welzel afirmaba que la primera estructura lógico-objetiva de todo ordenamiento jurídico venía constituida por el individuo responsable (37). También se ha querido llevar esa vinculación entre derechos humanos y naturaleza humana a través de la idea de interés y del

---

*und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihre Bezüge zu Kants Philosophie.* Baden-Baden, 2006; pp. 188 y 189.

(35) Cuando Silva se pregunta por las posibilidades de una dogmática supranacional, apunta ya a este fundamento en su afirmación de que el elemento configurador de la misma viene determinado por el concepto de persona y los derechos que le son inalienables. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales.* 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001; p. 92.

(36) El juez japonés Tanaka, con su voto disidente en una famosa resolución de la Corte Internacional de Justicia en 1966, llevó a cabo nítidamente esta vinculación entre universalidad de los derechos humanos y una concepción común de persona. Tanaka afirma que el principio de protección de los derechos humanos deriva del concepto de ser humano como persona en su relación con la sociedad, que no puede escindirse de la naturaleza universal humana. La existencia de los derechos humanos no dependería, por tanto, de la voluntad de un Estado, ni tampoco de su derecho interno o de cualquier otra medida legislativa. Ni siquiera de tratado o costumbre internacional alguna, en los que la voluntad expresa o tácita del Estado constituye el elemento esencial. La existencia de los derechos humanos dependería únicamente de esa naturaleza universal del ser humano. Se ha dicho, y con razón, que esta aseveración constituye una de las proclamaciones más fuertes en la fe a la universalidad de los derechos humanos. Si los derechos humanos han de ser derivados de la naturaleza del ser humano, toda posible voluntad social divergente parecería como secundaria e insignificante. Al respecto, TOMUSCHAT, Christian: *Human rights: Between idealism and realism.* Oxford, 2003; pp. 82 y 83.

(37) «... el reconocimiento del ser humano como persona responsable es el presupuesto mínimo para un ordenamiento jurídico que no solamente quiera imponerse como poder, sino obligar como Derecho». WELZEL, Hans: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit.* 4.<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1962. p. 240.

principio de reciprocidad. Los intereses comunes y generales a cada cultura determinan una concepción del hombre. Desde esta perspectiva, se considera toda una teoría sobre la concepción del hombre y de los derechos que van aparejados a él (38).

En este sentido, quisiera poner de relieve una pequeña precisión. Desde el punto de vista metodológico pueden tomarse dos caminos. O bien recurrir a concepciones genéricas del hombre que aporta la Filosofía, o bien recurrir a un concepto mucho más limitado que pueda ser determinado dentro del estricto marco del Derecho Penal. Algo similar ocurre con otras categorías, como la libertad. Pues bien, al igual que en este último caso no podría descender a las profundidades del conocimiento metafísico a causa de los propios límites de la investigación jurídico-penal (y de ahí el acierto de Binding en la definición de un concepto de libertad circunscrito al exclusivo marco del Derecho Penal), tampoco ahora voy a internarme (más allá de lo estrictamente necesario) en consideraciones doctrinales sobre la definición de ser humano que caigan fuera del sistema penal.

Es por ello que se ha de emprender la tarea de aproximación a una definición general de lo que significa la expresión *ser humano* (u otras que se utilizarán como sinónimas) en el marco del sistema penal.

---

(38) Esta es la posición de HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*; pp. 51 ss. Aunque, por lógicas razones, no puedo profundizar ahora sobre esta teoría, no me resisto a destacar unos mínimos aspectos esenciales de la misma.

El autor fundamenta la legitimidad de los derechos humanos con base en los correspondientes deberes y el principio de reciprocidad. En realidad, la reciprocidad es una característica consustancial a la estructura social de cada comunidad, de tal forma que cuanto mayor sean las exigencias de integración y control de esa comunidad al individuo, mayor será la exigencia de las relaciones recíprocas encarnadas en derechos y deberes, no sólo individuales, sino también de naturaleza social. «Para justificar los derechos humanos en su carácter como derechos subjetivos, tienen en consecuencia que mostrar una reciprocidad que caracteriza a los seres humanos, solo porque es ser humano» (p. 55).

El argumento del autor se expresa del siguiente modo: en la medida en que la idea de ser humano es irrenunciable a la idea de interés, este último concepto nos lleva a la condición del intercambio (*Tausch*), lo cual implica a su vez que tengamos que partir del condicionamiento de la reciprocidad (*Wechselseitigkeit*). Por ello, la propia imagen de ser humano va inescindiblemente unida a la de reciprocidad. En este sentido señala una argumentación muy razonable en la fundamentación de los derechos humanos. «No sólo existe un derecho fundamental a la vida y a la integridad corporal porque el ser humano tenga un interés superior y trascendental a estos bienes (a la vida y a la integridad corporal), sino, sobre todo, porque el interés sólo puede realizarse en reciprocidad y porque sólo en el «sistema de la reciprocidad», en el que cada prestación puede tomarse en consideración como exigencia, se satisface la renuncia a la violencia del otro, solamente bajo la condición de la contraprestación de renuncia a la violencia propia» (p. 55).

El Derecho, como conjunto de normas (de obligado cumplimiento con independencia de la voluntad de sus destinatarios) que regulan la coexistencia de la vida social, es un producto *humano* creado para resolver problemas humanos. Con la referencia a *lo humano* se trata de conciliar un concepto amplio en el que se van a incluir, indistintamente, las connotaciones semánticas propias de vocablos como *ser humano, sujeto, individuo o persona*. Aunque, insisto, voy a utilizar dichas expresiones como sinónimos, se tiene que realizar una breve explicación de cada una de ellas, especialmente las más utilizadas, la primera y la última.

Los conceptos de *ser humano y persona* destacan dos aspectos diferenciados de una misma realidad (39).

Cuando se hace referencia al primero, se pone el acento en el hecho, en la existencia de un ser vivo, de un organismo que constituye la especie de los seres humanos dentro de los primates. En última instancia, se trata de una unidad psíquico-biológica, lo que significa que la categoría de ser humano representa precisamente la unidad de aquellas características biológicas que distinguen a éstos de otros seres vivos (40).

La categoría de persona toma en consideración la de ser humano, pero la reviste de un aspecto social determinado por la interacción con los demás, por la posibilidad de engendrar acciones que son objeto de regulación por las normas, las cuales originan para los sujetos ciertas facultades y exigencias (41). Aunque el concepto de persona abarca al del ser humano como organismo y unidad psíquico-biológica de la naturaleza, el peso de la definición arrastra el significado de sujeto, como fenómeno ético, centro y unidad de las acciones intencionales

---

(39) Sigo aquí, por estar de acuerdo con sus atinadas precisiones, la diferenciación establecida por AMELUNG, Knut/LORENZ, Jörn: *Menschen und Person als Schutzzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung*. Festschrift für Harro OTTO zum 70. Geburtstag. Köln-Berlin-München, 2007; pp. 527-533.

(40) Expresión utilizada por GÜNTHER, Klaus: «Die Person der personalen Rechtsgutslehre» en NEUMANN, Ulfried/PRITTWITZ, Cornelius (Coords.): «*Personale Rechtsgutslehre*» und «*Opferorientierung im Strafrecht*». Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 104. Frankfurt am Main, 2007; pp. 15-39, 19.

(41) SEELMANN; Kurt: «Anerkennung, Person, Norm». *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Köln, Berlin, München, 2007; pp. 635 ss. Señala el autor (p. 644) que ya en el reconocimiento general de la norma alcanzan los individuos la categoría de personas y merced a ello tienen que responsabilizarse frente a dicha norma. En esto estaría Seelmann totalmente de acuerdo con Jakobs, para quien precisamente la realización o puesta en práctica de la regla jurídica sólo resulta de la relación del mutuo reconocimiento. La categorización del individuo como persona sólo se alcanza a través del reconocimiento de la norma. Y por otro lado, las normas sólo pueden concebirse en las relaciones entre sujetos con responsabilidad, esto es, entre personas.

en su interacción con los demás. En sentido jurídico, por tanto, es persona el titular de derechos y deberes (42). En un sentido más amplio, se resaltan las características de Identidad, autoconciencia y previsibilidad, en los términos que destaca Meter Singer, quien considera persona a quien desarrolla una identidad a través de la autoconciencia, sobre la variación del espacio y del tiempo, formándose así una idea acerca de su propio futuro (43).

En última instancia, y emulando al famoso sociólogo americano Searle, se podría decir que el ser humano es una criatura del mundo de los organismos biológicos y que pasa a ser persona en el mundo social de las acciones y de las normas, de las comunicaciones y de otras interacciones (44).

Entre los conceptos de *ser humano* y de persona, se hallan el de sujeto, que pone el acento en la autoconciencia, y el de *individuo*, que enfatiza la singularidad y el carácter irrepetible de la criatura en cuestión. Aunque finalmente todas estas definiciones se aglutinan en una más amplia de persona o de ser humano, no me resisto a traer a colación la explicación Günther, en la cual se pueden apreciar y diferenciar todos estos aspectos semánticos (45).

Así es, se esfuerza el autor por determinar un concepto de persona que abarca las características propias, superándolas, de otras categorías, como las de *ser humano*, de individuo y de sujeto. En este sentido, el concepto de ser humano se aplica como término descriptivo, propio del lenguaje de la observación, como unidad de las características biológicas que distinguen a los humanos de otros seres vivos. El concepto de *individuo* haría referencia a aquella unidad singular que posee una biografía, una historia existencial humana que se distingue de cualquier otra. La esencia de la categoría de persona, según el autor, implicaría una perspectiva interna en la que alguien se concibe a sí

---

(42) SCHISCHKOFF, Georgi (Coord.): *Philosophisches Wörterbuch*. 22.<sup>a</sup> ed., Stuttgart, 1991; p. 549.

La definición jurídica de persona procede de Kelsen y ha sido aceptada por los penalistas que actualmente han tratado los perfiles del concepto en el Derecho Penal. A título de ejemplo, JAKOBS, Günther: «Individuum und Person». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005); pp. 247-266, 266. Al respecto también los autores de las dos citas siguientes.

(43) Citado por KAWAGUCHI, Hirokazu: «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht. Eine Einführung». *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München, 2005; pp. 139-148, 144.

(44) Sobre la definición de SEARLE (algo distinta de la expresada en el texto, de donde he extraído consecuencias que no se encuentran en el original), AMELUNG/LORENZ: *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.; p. 528.

(45) GÜNTHER: *Die Person der personalen Rechtsgutslehre...* cit.; pp. 23 ss.

mismo como persona, que encarnaría el concepto de sujeto. La categoría de persona requeriría entonces relacionarse consigo mismo y algo más: poder realizar esta autorreferencia activamente. Ello sólo sería posible cuando alguien puede distanciarse de su medio y de su propia naturaleza (como ser humano), para obrar hacia fuera de sí mismo, para tener su propia «voluntad». Esta comprensión como persona, que comparto, sería al mismo tiempo dependiente de que otros reconozcan a este individuo en su misma voluntad. Esto implica, además de la perspectiva interna, una perspectiva externa. No habría persona en singular, sólo habría personas en plural. Para las personas es esencial que éstas sean reconocidas como tales. Ya como consecuencia del reconocimiento, regiría éste como un determinado comportamiento y también como acción propia del sujeto (46), frente a él mismo, y frente a los demás. En tanto que la conducta del individuo llega a ser imputada por terceros como su propia acción, éste, como sujeto, se imputa a sí mismo dicha conducta por su misma conciencia como su propia acción. Y de esta forma la persona es susceptible de asumir la responsabilidad por las consecuencias de sus actos. De este modo la serie de acontecimientos en la que el sujeto está envuelto de cualquier forma, se vincula a su biografía, que no puedo ceder a nadie ni a nada, dado que en el Yo está la misma persona que Soy y que a través de las grandes y pequeñas variaciones quedaría por esta vía identificada y también tratada por los demás de tal manera que tendría que hacerse responsable de toda su biografía y no sólo de los fragmentos particulares. Es así como el autor plantea la relación entre persona y sociedad.

Sin embargo, repito, a pesar de que los diferentes especialistas intentan llevar a cabo esta fina distinción entre ser humano, persona, individuo y sujeto, aquí, por razones de estilo y también de contenido, a los efectos del presente trabajo se prefiere utilizar todos estos vocablos como sinónimos y emplear un concepto amplio que los abarque a todos.

A partir de esta conceptualización, el último paso metodológico va a consistir en derivar de estas definiciones el corolario del mínimo de los derechos humanos intangibles e inviolables por todo sistema penal, cualquiera que sea la tradición, cultura o civilización sobre la que se asiente.

Con carácter general, hay que significar que, existiendo una idea común de persona, todo ordenamiento jurídico debe respetar sus atributos esenciales, no pudiendo desnaturalizar ningún aspecto humano

---

(46) En este sentido Günther y Vives Antón se aproximan notablemente, pues para este último la acción humana adquiere relevancia cuando encuentra su significado, y con ello, su reconocimiento, en el seguimiento de la norma. Al respecto, *vid supra* nota 52.



que le sea propio. De ahí deriva el aquí denominado principio de elasticidad, según el cual toda medida coactiva y aflictiva que utilice el derecho sancionador podrá incidir en algunos aspectos esenciales que conforman la idea de ser humano (en su integridad moral, en su honor, en su libertad, en su patrimonio, o incluso en su integridad corporal), pero no hasta tal punto que, cesada la aplicación de dicha medida, ese aspecto esencial del individuo resulte irrecuperable. Todo lo contrario, transcurrido el periodo temporal de la ejecución de la sanción, el sujeto debe de estar en condiciones, aun siendo hipotéticas o potenciales, de volver a recuperar su imagen humana en esos ámbitos fundamentales que lo definen como persona.

Se ha puesto de manifiesto que la idea de ser humano está íntimamente vinculada con el aspecto de organismo vivo, de ente de la naturaleza (47). De este idea «material» de la persona que sería válida para toda cultura o civilización, se derivarían de forma inmediata el derecho a la vida y a la integridad física, tal y como se ha venido expresando hasta ahora. Esto determina que deberían rechazarse de todo ordenamiento penal sanciones como la pena de muerte y penas corporales que impliquen cercenación de miembros u órganos. Podrían admitirse, sin embargo, sanciones que incidieran sobre el cuerpo humano, pero que mantuvieran, tras su ejecución, incólume al mismo

---

(47) En este sentido, HÖFFE (*Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*; p. 51) señala que el hombre es un animal que habla y que razona, y de ahí deriva su primera dimensión y característica como cuerpo y vida, incluyendo las condiciones materiales de su existencia. Otros autores, aunque definen la categoría con base en la conciencia de la libertad, también apuntan a esta primera dimensión de la existencia material del individuo sobre la que se asienta aquélla (en este sentido, BURKHARDT, Björn: *Wie ist es, ein Mensch zu sein? Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag.* München, 2005; pp. 77-100, 79). De igual forma se acentúa esta característica cuando, entre otras, se define a la persona como el objeto de atribución de predicados corporales y psicológicos (siguiendo al filósofo americano DENNER, KAWAGUCHI: *Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht...* cit.; pp. 139-148, 144). En esta misma línea argumentativa todo el trabajo de AMELUNG y LORENZ (*Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.) va dirigido a demostrar que el Derecho Penal se ha preocupado más en proteger los derechos de las personas que de los seres humanos, basando las diferencias, entre otras, en las características biológicas que le distinguen respecto de otras especies (ser humano) frente al aspecto social de la persona, como una criatura que puede exigir a las otras criaturas de su especie un especial respeto (concluyendo con la afirmación de que el concepto de ser humano viene determinado por un específico genoma, mientras que el de persona por unas reglas sociales). Y, finalmente (para no extenderme demasiado en la cita), la investigación en esta materia de GÜNTHER (*Die Person der personalen Rechtslehre...* cit.; p. 19) atribuye al concepto de ser humano el aspecto del carácter biológico que, dentro de la unidad, le distingue de otros seres vivos.

(por ejemplo, corte de pelo, u otras medidas aflictivas aplicadas al físico del sujeto que tengan carácter simbólico y permitan la regeneración o recuperación, como ortigamiento, baño en agua fría, etc.).

La definición de ser humano bajo la categoría de persona también resalta la característica de sujeto de acciones intencionales que interaccionan con los demás. La interacción de la acción del sujeto, en la medida en que sigue una regla, determina el reconocimiento por los demás, el respeto como miembro de la misma especie, y el origen de facultades y obligaciones derivadas de su actuación. De esta afirmación extraemos las notas de sujeto ético y moral con un comportamiento frente al resto de sus congéneres (48). Y de aquí derivaría, fundamentalmente, el derecho a la integridad moral. Pues si cercenamos lo intencional de la acción humana, o la relación de identidad del individuo o su propia conciencia de sí mismo y del mundo que le rodea, estamos anulando la esencia de la misma persona. Y dichos aspectos tienen que ser necesariamente tutelados incluso frente a las medidas punitivas y coactivas de todo sistema jurídico. La prohibición del menoscabo de la integridad moral implica que de igual forma esté vedada para todo sistema penal la utilización de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.

Y en efecto, definido el hombre como criatura que razona y habla, es cierto que la diferente estructura del lenguaje en una u otra cultura determina una forma distinta de razonamiento y, sobre todo, de concepción del mundo. En este sentido, las cosmovisiones difieren según las diversas civilizaciones (49). Pero precisamente, en la medida en que los seres humanos crean, como personas y entes sociales, esas cosmovisiones distintas, ello determina la necesidad de respeto (ante los ataques más graves) a la característica de lo humano. Y en efecto, se ha visto que el ser humano es un ente social, siendo la sociabilidad una de sus características esenciales. De aquí derivaría el aspecto del necesario respeto al individuo exigido a los demás, y que se concreta en la dignidad humana, lo cual implica, entre otros, el rechazo a la violencia y a la arbitrariedad (50). De aquí también se deduciría

---

(48) STRATENWERTH, Günter: *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel, 1993, p. 15. El autor, recurriendo a la filosofía de Descartes y Locke, nos muestra cómo el pensamiento de los últimos tres siglos, sobre todo a partir de la industrialización, tiende a representar una imagen del hombre que maneja los procesos causales del mundo que le rodea, que vive de forma absoluta su libertad, y que, por consiguiente, domina de forma intensa a la naturaleza, a la que mantiene instrumentalizada. Este modelo de persona, sin embargo, es más propio de la cultura occidental.

(49) En este sentido, HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...*, cit.; p. 51.

(50) HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...*, cit.; p. 53.

la renuncia de todo poder punitivo a la utilización de la fuerza y de la coacción arbitraria. La resolución de los conflictos, por tanto, si se atiende a esta esencia humana, debe transcurrir por los cauces de la racionalidad, que en el marco del sistema penal adquiere la forma del denominado *debido proceso*. El mínimo de ese debido proceso transita por las garantías fundamentales del derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia, la contradicción y la imparcialidad del juzgador, entre otros.

Otra nota a destacar en los seres humanos está íntimamente relacionada con la libertad. Es cierto que existen dificultades para demostrar tanto la existencia, como la inexistencia de dicha libertad humana. Sin embargo, parece admisible que todo ordenamiento jurídico parte del presupuesto de que los sujetos tienen conciencia de actuar libremente. Es decir, tal y como señala Burkhardt (51), la conciencia de la libertad conforma una parte fundamental de la experiencia común de la existencia del ser humano, y tanto el ordenamiento jurídico, como el ético, fundamentan sus bases sobre la piedra angular de dicha conciencia de la libertad. Es decir, la relevancia social de la experiencia de la libertad sería innegable, de tal forma que la mayoría de los seres humanos procederían en relación con sus acciones sintiendo que éstas se someten a su voluntad, personal y responsablemente. También desde la perspectiva de la estructura del lenguaje se puede llegar a la misma conclusión, esto es, a la idea de un ser humano con conciencia de gozar de libertad en el desarrollo de su existencia (52).

---

(51) BURKHARDT, Björn: *Wie ist es, ein Mensch zu sein?...* cit.; pp. 98 y 99.

(52) VIVES ANTÓN fundamenta su teoría del sistema penal con base en su concepción significativa de la acción, que a su vez se basa, entre otros, en la filosofía del lenguaje. Así, (VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996; pp. 214 ss.) señala el autor que la existencia de la acción no depende sólo de la intención y de la voluntad del sujeto, sino que el tipo que la preside estará en gran medida vinculado a su significado según reglas externas al sujeto. Hace un símil con el lenguaje: no sólo es necesario que el hablante tenga intención de decir algo, sino que lo que dice adquiera un significado que los demás interpretaran por el seguimiento de las reglas gramaticales del lenguaje. En consecuencia, la capacidad de la acción exige cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención, sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. De esta forma (p. 320) presupuesto de la acción para el autor es cierta capacidad de elección. «Pues del mismo modo que las máquinas de calcular no calculan, las máquinas que emiten sonidos articulados no hablan [...] o dicho de otro modo, al estar determinadas causalmente no actúan (ni calculando, ni hablando, ni de ninguna otra forma) y es gramaticalmente imposible que lo hagan [...] la realización de acciones implica, por consiguiente, un grado de indeterminación causal que permita la elección». En conclusión, el autor llega al convencimiento de que la libertad es la clave de la construcción del sistema penal, de que la libertad es a su vez el elemento determinante, presupuesto por tanto,

Si el sistema jurídico, y por supuesto, también el sistema penal, parte de una concepción de la persona que, al menos, cree desarrollar su existencia en libertad, habrá que considerar entonces que toda normativa debe regular la vida social partiendo de la idea de capacidad de previsión del futuro de los individuos y de los grupos humanos. La posibilidad de anticipar mentalmente ese futuro, y de ordenar la propia existencia conforme a esa previsión es, sin duda, una característica humana que tiene que respetar todo ordenamiento jurídico. De ahí que, para que los individuos puedan conformar su vida de forma humana, necesitan que las leyes que los gobiernan les garanticen la denominada seguridad jurídica. La concreción de la seguridad jurídica en el marco del sistema penal es denominada por el Tribunal Constitucional colombiano como la legalidad de los delitos y de las penas (53). Lo cual supone, no tanto que impere el principio de legalidad en todo ordenamiento punitivo, sino más bien que se respete que la norma jurídica sancionadora conocida por todos anuncie la consecuencia de su infracción con anterioridad al juzgamiento del comportamiento trasgresor del sujeto, venga uno y otra determinado por ley, por precedente jurídico o por el derecho consuetudinario.

Por tanto, todo sistema penal que quiera ser adjetivado como «humano» tiene que asegurar la seguridad jurídica de sus ciudadanos, de tal modo que el castigo sólo podrá imponerse cuando, de una u otra forma, la expresión de la norma jurídica posibilite el que el sujeto haya podido prever con anterioridad a su comportamiento las consecuencias perniciosas que podría acarrearle llevar a cabo el mismo.

También tomando en consideración las mentadas características de la dignidad humana y de la conciencia de la libertad como sustanciales en la idea de persona, se llega a otra conclusión que ya había sido anunciada, y es que ningún ordenamiento jurídico puede permitir la esclavitud, lo cual supondría la negación del mismo ser humano.

Una concepción del ser humano entendido como persona (concepto amplio que aquí se ha tomado en consideración), por consiguiente, está representando a un ente y organismo vivo cuya unidad reúne las características biológicas de su especie, que puede aspirar a

---

de la acción. Y si el ser humano habla y actúa y se entiende con los demás, es porque goza de libertad (o al menos, cree gozar de ella).

(53) La Corte Constitucional colombiana ha establecido la necesidad de que también en la jurisdicción sancionadora indígena impere el postulado de la necesidad de la legalidad de los delitos y de las penas. Ahora bien, como no podía ser de otra forma, legalidad en este caso significa norma preexistente a la actuación delictiva y posibilidad de previsión de las consecuencias jurídicas por parte del sujeto, en los términos que se señalan en el texto. En este sentido, Sentencia T-349/96 y otras muchas posteriores que la siguen.

decidir libremente, a ser tratado con respeto, a moverse y expresarse libremente, y a realizar infinitas acciones intencionales que, en su interacción con los demás, son objeto de regulación por las instituciones jurídicas y sociales. Se dirá entonces que la construcción social de *persona* (o ser humano en sentido amplio) (54), como objeto de protección de las normas jurídico-penales de conducta, se toma en consideración porque sus derechos fundamentales se pueden transformar en esas múltiples posibilidades reales de acción (55) y de situaciones de responsabilidad ante la norma (56). De cada uno de los elementos integrantes de éstas y de otras definiciones que se han aportado aquí, y que se corresponden (más o menos), con una imagen universal del ser humano, se derivan una serie de garantías que pueden ser afectadas, pero no anuladas por ningún sistema penal bajo ningún pretexto de tradición jurídica en relación con el propio entendimiento de su concreta política criminal. Esos mismos derechos coinciden en esencia con el catálogo del mínimo inviolable, que a través de otra argumentación, se había alcanzado a comprender. Dicho catálogo se circunscribe a las garantías fundamentales del derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura; y el respeto a la legalidad de los *delitos* y de las penas, y a las reglas básicas del debido proceso. Ello constituye el fundamento último que debe tutelar todo sistema penal. Ello constituye, por tanto, el fundamento intercultural del Derecho Penal.

---

(54) Una profunda explicación de las diferencias conceptuales de estas categorías se encuentra, como ya he resaltado anteriormente, en el trabajo de GÜNTHER, Klaus: *Die Person der personalen Rechtsgutslehre...* cit.

(55) Así se expresan AMELUNG/LORENZ: *Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung...* cit.; p. 529.

(56) Se ha dicho, y con razón, que los seres humanos adquieren la categoría de personas, entre otros, porque son susceptibles de adquirir responsabilidades ante la norma jurídica. En este sentido, JAKOBS: *Individuum und Person...* cit.; p. 266. SEELMANN: *Anerkennung, Person, Norm...* cit.; p. 644.