MONTIEL, Juan Pablo, "Recensión: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 278 páginas. Polít. Crim. Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), Rec. 1, pp. 612 - 621. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16R1.pdf]

En busca de una teoría de los principios jurídico-penales.

Recensión: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Madrid et. al.: Marcial Pons, 2012, 278 páginas.

Juan Pablo Montiel
Doctor Europeo en Derecho penal y Ciencias penales
Universidad de San Andrés (Argentina)
CRIMINT

1. Posiblemente sea el Derecho penal una de las disciplinas jurídicas en donde con mayor insistencia se acude en ayuda de los principios para apoyar argumentos. Cuando se pretende dejar fuera del ámbito de aplicación del delito medioambiental ciertas contaminaciones acústicas se acude al principio de *ultima ratio*.¹ El principio de dignidad se opone a la justificación de la tortura en casos de extrema gravedad² o a la justificación del derribo de aviones secuestrados con fines terroristas.³ Asimismo, los principios de culpabilidad y de acto impedirían hacer responsable penalmente a las personas jurídicas.⁴ Estos son sólo algunos de los muchos ejemplos en los que los principios pueden sustentar ciertos argumentos a favor o en contra de ciertas decisiones político-criminales. Aquí, estas piezas del sistema normativo sirven como barreras del *ius puniendi*. Los principios serían entonces expresión de las exigencias liberales del Estado de Derecho y por tanto ninguna política estatal para enfrentar la prevención de la criminalidad podría prescindir de ellos.

En torno a los principios del Derecho penal se ha discutido con gran intensidad en la literatura hispanoparlante especialmente entre los años ochenta y comienzos de los noventa

¹ STS 1127/2009, de 27 de noviembre, Ponente: García Pérez.

² JAHN, Matthias, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 2004, pp. 542 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, "La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?", en: CUERDA RIEZU, Antonio (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 279 y ss.; GÖTZ, Heinrich, "Zur Rechtsprechung - Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes (LG Frankfurt a. M., NJW 2005, 692)", *NJW* (2005), 953 y ss., 956; GRECO, Luis, "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*", trad. RIGGI, *InDret* n° 4 (2007), 1 y ss., especialmente 10 y ss.

³ Paradigmática la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006 (BVerfG, 1. BvR 375/05 von 15.2.2006, Absatz. Nr. /1.156). En la doctrina, entre muchos otros, ROIG DAVISON, Miguel; RUIZ GARCÍA, Carlos, "La valoración de la vida humana", *InDret* n° 4 (2006), pp. 13 y ss.; HOFMANN, Jens, "Zur Absolutheit des Menschenwürdeschutzes im Wirken des Präsidenten des BVerfG Hans-Jürgen Papier", *NVwZ* n° 4 (2010), pp. 217 y ss.; MERKEL, Reinhart, "§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und darf der Staat Töten?", *JZ* n° 8 (2007), pp. 379 y ss.

⁴ KUDLICH, Hans, "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?", trad. MONTIEL, en: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al.: Marcial Pons, 2013, pp. 283 y ss.

del siglo pasado.⁵ Entre las muchas razones que pueden explicar este fenómeno podrían aislarse aquí dos en concreto: el retorno a la democracia y la efervescencia de las teorías del delito de corte político-criminal. Así, el estudio de los principios no sólo reflejaba un compromiso de la ciencia jurídica con un determinado modelo de Derecho penal (esto es, uno enraizado en el Estado social y democrático de Derecho⁶) sino también con una determinada dogmática (esto es, una dogmática orientada a las consecuencias político-criminales, opuesta a una *folgenlose Dogmatik*).⁷ Si bien en los últimos años estos estudios han perdido en intensidad, basta con echar un vistazo a los manuales y obras generales para advertir que el tema no ha desaparecido de la “agenda” de los penalistas. Gran parte de los actuales enfoques se han nutrido especialmente de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales o de las cortes internacionales en materia de Derechos humanos.

Con todo, hay dos cuestiones que llaman poderosamente la atención en todos los típicos abordajes que se han realizado en la ciencia penal de habla hispana. En primer lugar, se prescindió casi por completo de las significativas herramientas conceptuales que hemos heredado de la teoría analítica del Derecho (de habla inglesa⁸ principalmente, pero también española⁹ e italiana¹⁰) como producto de una intensa discusión iniciada a comienzos de los años setenta del siglo pasado¹¹ y que se mantuvo viva hasta no hace mucho tiempo.¹² En

⁵ Cfr. entre muchos otros, MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Bosch, 1979, *passim*, pp. 19 y ss.; EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, *passim*; SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, *passim*, pp. 249 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho. Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, *passim*.

⁶ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Uruguay: BdeF, 2003, pp. 124 y ss.

⁷ Ello se refleja claramente en la interpretación de las diferentes categorías analíticas de la teoría del delito, especialmente en la tipicidad. Cfr. ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2ª ed., trad. MUÑOZ CONDE, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 41 y ss.

⁸ Entre muchos otros, HART, “Postscriptum”, trad. RODRÍGUEZ, en: RODRÍGUEZ, César (ed.), *La decisión judicial*, Bogotá: Universidad de los Andes, 1998, pp. 89 y ss.; DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. GUASTAVINO, Barcelona: Ariel, 2002, pp. 59 y ss., 102 y ss.; más recientemente, cfr. STAVROPOULOS, “Why Principles?”, *Working Paper University of Oxford* n° 28 (2007), pp. 1 y ss.

⁹ Entre muchos otros, ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996, *passim*; RUIZ MANERO, Juan, “Principios jurídicos”, en: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid: Trotta, 1996, pp. 150 y ss.; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson, 1998, *passim*; BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid: Tecnos, 1999, *passim*.

¹⁰ Entre muchos otros, GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. FERRER I BELTRÁN, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 142 y ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, trad. GASCÓN, Madrid: Trotta, 1995, pp. 110 y ss.

¹¹ Es habitual considerar que dio inicio a la discusión el conocido trabajo de DWORKIN, Ronald, “Is Law a System of Rules?”, en: SUMMERS, Robert (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley: University of California, 1968, pp. 44 y ss., cfr. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas*, cit. nota n° 9, p. 1; RUIZ MANERO, “Principios”, cit. nota n° 9, p. 149. Sin embargo, ello no significa que antes de ello los principios jurídicos hayan sido ignorados por la ciencia jurídica. Al contrario, autores como Larenz, Sauer y Esser ya se habían ocupado del tema, cfr. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. FIOL, Barcelona: Bosch, 1961, pp. 113 y ss.; SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., Berlin: W. de Gruyter, 1955, § 13, pp. 53 y ss., 60 y ss.

segundo lugar y salvando algunas pocas excepciones,¹³ los estudios están huérfanos de una teoría general de los principios en Derecho penal. Todavía quedan sin resolver cuestiones conceptuales (v.gr. el concepto de los principios y su interacción con las reglas jurídico-penales; la función en el razonamiento judicial y legislativo) y jurídico-políticas (v.gr. la legitimación política de su uso) elementales. En mi opinión, que podamos tener una teoría de los principios satisfactoria en el Derecho penal depende de que estas limitaciones sean superadas.

2. Creo que solamente una vez precisado el anterior escenario es posible analizar y valorar en su justo punto el libro que tengo el placer de reseñar. Pablo Sánchez-Ostiz ofrece en su “Principios de Política criminal” una propuesta superadora de las que le habían antecedido, especialmente en lo que se refiere a la elaboración de una teoría general de los principios jurídico-penales. Justamente el autor busca superar la indeterminación derivada del abusivo manejo del término “principio”, derivado de entender como tal todo enunciado normativo difuso (pp. 32 y ss., 49). Aun cuando pudiese discutirse si el autor alcanza con éxito este cometido, su trabajo no obstante representa uno de los esfuerzos teóricos más importantes en nuestra discusión por nutrir de contenidos a los principios del Derecho penal. Con el pretexto de analizar las ideas rectoras de una política criminal “ilustrada” o “liberal” pone a rodar interesantes y sugerentes conceptualizaciones generales sobre la estructura y funcionamiento de los principios y precisa el contenido de muchos de ellos. En este diagnóstico general solamente cabría lamentar que esta valiosa aportación no haya alcanzado a saldar totalmente la gran deuda que todavía mantiene la ciencia jurídico-penal con la discusión de la teoría del Derecho de corte analítico.¹⁴

Grosso modo puede decirse que el libro se conforma de dos grandes partes: una primera referida a los presupuestos metodológicos del trabajo, en la que se estudian, principalmente, las categorías de “principios jurídicos” y “reglas jurídicas” (pp. 49-86); y una segunda abocada a los concretos principios y subprincipios que deben guiar la política criminal (pp. 87-257). Sin perjuicio de exponer a continuación las ideas centrales que aparecen defendidas en toda la obra, en esta reseña me concentraré especialmente en la primera, esto es, en los presupuestos metodológicos del trabajo.

¹² De todos modos se observan intentos de traer globalmente al Derecho penal la discusión contemporánea sobre los principios jurídicos (especialmente en el mundo del *Common Law*) en: MONTIEL, Juan Pablo, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2009, pp. 214 y ss.

¹³ Entre ellas cabe mencionar SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, Madrid: Dykinson, 2004, *passim*, pp. 47 y ss.; YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires: Ábaco, 2002, *passim*, pp. 57 y ss., sin perjuicio de las muchas lagunas que padecen estas conceptualizaciones.

¹⁴ Si bien el autor —como pocos otros— ha trabajado algunos aspectos de la discusión moderna (especialmente adoptando los puntos de vista plasmados en la obra de *Alexy*), no se ven cabalmente reflejados aquellos aspectos centrales del debate “*Hart-Dworkin*”, ni los aportes (entre muchos otros) de Joseph Raz y la Escuela Genovesa. En mi opinión, estos debates pueden resultar enormemente fructíferos para la dogmática jurídico-penal. Al respecto, para una aproximación general cfr. MONTIEL, *Analogía*, cit. nota n° 12, pp. 214 y ss.

3. Existen dos grandes grupos de principios que resultan especialmente relevantes para la filosofía del Derecho penal. El primero está conectado con aquellos comentados al comienzo de esta reseña, es decir, los que limitan el *ius puniendi*, como expresión de las exigencias del Estado de Derecho. Estas entidades normativas estarían asimiladas a las garantías constitucionales que rigen en el Derecho penal. Además, existe un segundo grupo de principios que ha sido tratado con cierto detalle por la dogmática jurídico-penal en la fundamentación de sus principales regulaciones legales o instituciones jurídico-penales. Se trata de principios cuyos principales destinatarios son los jueces y los dogmáticos y les permiten racionalizar sus decisiones o argumentos. Por ejemplo, en el debate en torno a la fundamentación de las causas de justificación se han acercado diferentes propuestas intentando explicar su fundamento a partir de las heterónomas *rationes legis* de cada tipo permisivo concreto,¹⁵ o bien a partir de un único fundamento, en la idea del interés o bien jurídico preponderante.¹⁶ Otro muy buen ejemplo lo encontramos en el reconocimiento de eximentes y atenuantes supralegales que hizo la jurisprudencia alemana y española: en todos estos casos los principios que fundamentan la justificación, la exculpación o la atenuación de pena (entendidas todas ellas como instituciones jurídico-penales) guiaron la creación normativa de los jueces.¹⁷ De lo anterior cabe derivar que es posible reconocer en el Derecho penal tres clases distintas de principios: *rationes legis* (razones subyacentes a las concretas regulaciones legales), principios institucionales y principios generales del Derecho penal (y del Derecho en general).¹⁸

¹⁵ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 4ª ed., § 14, nm. 40 y ss.; EL MISMO, *Política*, cit. nota nº 7, pp. 79 y ss.; JAKOBS, Gunther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin; New York: W. de Gruyter, 1991, Ap. 2, nm. 43; JESCHECK, Hans; WEIGEND, Thomas, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 74 y ss.

¹⁶ Cfr. entre muchos otros CRAMER, Peter; HEINE, Günter; LENCKNER, Theodor, “Vor § 32 ff.”, en SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; *et. al.*: *Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar*, 27ª ed., München: C. H. Beck, 2007, nm. 28; LENCKNER, Theodor, “The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification”, en: ESER, Albin; FLETCHER, George (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. I, Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, pp. 494 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)”, *RDPC* nº 1 (2000), p. 204 y ss.; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, “Vor §§ 32 bis 35”, en KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Strafgesetzbuch: StGB*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2005, nm. 46; RUDOLPHI, “Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung”, en: HORN, Eckhard, *et. al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln *et. al.*: C. Heymann, 1989, pp. 396 y s.; V. LISZT, Franz; SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., Berlin: Gruyter, 1927, p. 178; SCHMIDT, Eberhard, “Anmerkung zum Urteil des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone von 5.3.1949”, *SJZ* (1949), p. 565.

¹⁷ Respecto al estado de necesidad justificante y al error de prohibición supralegal en Alemania, cfr. RGSt. T. 34, p. 447; RGSt. T. 59, p. 406; RGSt., T. 62, p. 46; BGHSt. T. 2, pp. 194 y ss. Respecto a las atenuantes supralegales en España, cfr. entre muchas otras sentencias del Tribunal Supremo, STS núm. 806/2002, Sala de lo Penal, de 30 abril; STS núm. 1078/2002, Sala de lo Penal, de 11 junio; STS núm. 2052/2001, Sala de lo Penal, de 7 noviembre; STS núm. 504/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril.

¹⁸ Sobre esta clasificación, en detalle, cfr. MONTIEL, Juan Pablo, *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 60 y ss. Presenta algunas similitudes con el razonamiento subyacente a esta clasificación la interesante exposición de BAYLES, Michael, *Principles of Law. A Normative Analysis*, Dordrecht: Kluwer, 1987, pp. 280 y ss.

El estudio de Pablo Sánchez-Ostiz deja de lado toda tematización de las *rationes legis* y de los principios institucionales y se aboca más bien a elaborar una teoría sobre los principios que fundamenten y limiten al ejercicio del *ius puniendi* en su conjunto (pp. 67, 245 y ss.). Pero el autor va aún más lejos: en realidad, adopta un concepto bastante restringido de principio que le permite excluir de esta categoría supuestos que en la discusión tradicional son presentados como principios paradigmáticos. Así, por ejemplo, los “principios” de *ultima ratio*, lesividad y de legalidad penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) y procesal son reinterpretados y recategorizados dentro de las *reglas jurídicas* (pp. 68, 151 y ss.; 154 y s.; 162 y ss.; 177 y s.).

4. La *seguridad en la vida social*, la *legalidad* y el *respeto de la dignidad humana* son reconocidos por Sánchez-Ostiz como los “verdaderos” principios de la Política criminal (p. 24). El principio de seguridad en la vida social deriva de la necesidad de tutelar y garantizar el carácter social del hombre en la interacción con sus pares (pp. 96 y ss.). De este modo, la sociabilidad aparecería como un criterio rector en la toma de decisiones del Estado. Por su parte, el principio de legalidad es entendido por el autor de un modo mucho más general que el mero axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*. Se trata, en verdad, de una expresión de la libertad del hombre, dado que se busca proteger a la sociedad no por medio de instrumentos fácticos (v. gr. barreras o cadenas que restringen el movimiento), sino apelando a las decisiones libres de los ciudadanos, tomadas sobre la base de normas de conducta (leyes) (p. 161). Finalmente, el principio de respeto de la dignidad viene a exigir que todas las decisiones político-criminales deben estar en armonía con la dignidad humana, esto es, que deben tomar siempre al ser humano como fin de sus políticas (p. 116). Así, la pretensión de máximo respeto a la dignidad conllevaría impedir cualquier restricción de derechos y libertades (p. 195).

Estos principios aparecen en “Fundamentos de Política criminal” como *normas* —en tanto dotan de sentido, orientan y configuran las decisiones jurídicas (p. 55)—, caracterizadas principalmente por su carácter “originario” y “abstracto”. Se habla de entidades “originarias” en tanto que más allá de ellas no es posible hallar ninguna otra pieza jurídica superior que fundamente los principios (pp. 71 y s.). Esto quiere decir que los principios se fundamentan en sí mismos y a partir de ese carácter son capaces de sentar las bases de todo el Derecho penal. Más bien, de ellos procederían las restantes piezas de un ordenamiento jurídico, como ser los subprincipios y las reglas. A su vez, la nota de *abstracción* haría inoperantes a los principios jurídico-penales para ser aplicados directamente por medio de una subsunción y además sería inadecuado esperar de ellos soluciones uniformes para todos los casos (pp. 59 y ss.). Ello explica que tengan vocación de ser aplicados a la universalidad del Derecho penal (pp. 67 y s.).

A su vez, pese al divergente contenido de estos principios y a los conflictos a que da lugar su interacción,¹⁹ resulta imperioso que toda decisión de Política criminal refleje las

¹⁹ Basta solamente con tomar como ejemplo la colisión entre el principio de seguridad social y el de dignidad de la persona de cara a una pena de prisión: mientras que el primero avalaría la adopción de medidas restrictivas de la libertad como sanción frente a la comisión de un delito, para el segundo ello sería directamente inaceptable.

exigencias derivadas de estos tres principios. Dicho de otro modo: ninguna decisión de Política criminal podría ser satisfactoria si se cae en un monismo principialista, puesto que la exclusiva orientación según el principio de seguridad, de legalidad o de dignidad conduce de modo inexorable a un totalitarismo, a un estatalismo legalista o formalismo o a un individualismo anárquico respectivamente (pp. 91 y ss.). Los principios, entonces, deben interrelacionarse pero a la vez “no excluirse” entre sí. Sánchez-Ostiz advierte correctamente —siguiendo aquí de cerca los planteamientos de Robert Alexy— que esta lógica de la “no exclusión recíproca” de las normas es ajena a las reglas jurídicas y solo es propia de los principios jurídicos (pp. 69 y ss.). Según Alexy los principios son normas jurídicas que solamente ordenan la realización de una determinada actividad dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.²⁰ Se trata entonces de *mandatos de optimización* que deben ser cumplidos en diferente grado y en la mayor medida de lo posible. En cambio, las reglas jurídicas no admiten este cumplimiento “gradual” sino que plantean una dicotomía de “todo o nada”; es decir, la regla se cumple o directamente no se cumple.²¹ De ahí que estemos ante *mandatos definitivos*. En este sentido, frente a la toma de una determinada decisión político-criminal, el juez, gobernante o legislador no se vería ante la encrucijada de tener que optar excluyentemente entre un principio u otro, sino que debería ponderarlos y hacerlos interactuar para resolver cualquier conflicto que se suscite entre ellos (p. 83). Así, un principio debería ceder frente a otro, aunque sin verse totalmente excluido del proceso argumentativo.²² Las reglas recién aparecerían en un sistema jurídico como fruto de las actividades de ponderación.

El autor reconoce como métodos de ponderación a la *preponderancia* y la *compensación* (pp. 84 y s.): mientras que en el primer caso un principio se impone frente a otro por su peso específico en el caso concreto, en la compensación los principios tienen en el conflicto un mismo valor y en su interrelación se equilibran sus incompatibilidades. Las características de cada una de estas dinámicas varía según cuáles sean los principios ponderados; así se suscitan casos de prevalecimiento del principio de seguridad social sobre el de dignidad de la persona y de legalidad o viceversa, como también supuestos de compensación entre ellos. A su vez, para explicitar las específicas operaciones de ponderación que surgen de esta interrelación elabora el autor la categoría de los *subprincipios*, los cuales, pese a su denominación, detentan el estatus de *reglas jurídicas*. “El subprincipio es un conjunto de reglas agrupadas por responder a una misma solución de ponderación (...) entre dos principios”. (p. 74). Ello significa que la preponderancia y la compensación originan reglas de Política criminal, pero ellas aparecen sistematizadas mediante *subprincipios* que explicitan la concreta ponderación de la que proceden. Así, por dar sólo unos pocos ejemplos, el subprincipio de *prevención pública* cristaliza la prevalencia del principio de seguridad sobre el de dignidad (p. 131), el del *mandato de determinación* la del principio de legalidad sobre el de seguridad o bien la compensación

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derecho fundamentales*, trad. GARZÓN VALDÉS, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 86.

²¹ ALEXY, *Teoría*, cit. nota nº 20, p. 87.

²² ALEXY, *Teoría*, cit. nota nº 20, p. 89.

del principio de dignidad de la persona con el de seguridad se acaba describiendo mediante el subprincipio de *culpabilidad*.²³

Adicionalmente cabe agregar que para Sánchez-Ostiz las operaciones de ponderación descritas anteriormente no están libradas al azar, sino que se encuentran más bien guiadas por otros criterios normativos, las *metarreglas*, las cuales pueden tener una naturaleza *material, procedimental o lógica* (pp. 80 y ss.). Un primer criterio es la *metarregla de la prioridad condicionada entre principios* que se sujeta a la “progresiva perfección de la persona” y según la cual, por ejemplo, la dignidad del ser humano se hallaría por encima de la sociabilidad y la legalidad (p. 80). En consecuencia, el principio de respeto a la dignidad prevalecería frente a los restantes. En segundo término se apela a la *metarregla de la no exclusividad*, la cual impide resolver cualquier conflicto entre principios con base exclusiva en uno sólo de ellos y por consiguiente cuando un principio prepondere frente a otro se requerirá de una argumentación cualificada que fundamente el desplazamiento parcial del otro (pp. 81 y s.). Por último, reconoce la *metarregla de compensación entre principios*, según la cual la preponderancia de un principio o la compensación con otros no conduce a que el principio “desplazado” quede totalmente marginado en la ponderación.

Finalmente, junto a los principios, subprincipios y metarreglas aparecen como categoría última en este esquema conceptual las *reglas* en sentido estricto. Ellas no sólo difieren de los principios por ser mandatos *definitivos*, sino también por su operatividad, en cuanto se subsumen una vez que se verifican sus condiciones de aplicación, ofreciéndose así soluciones definitivas y no sólo *prima facie* como los principios (p. 70). Entre las numerosas reglas estudiadas en el libro cabe mencionar la *oficialidad del ius puniendi*, la *prescripción de los delitos y las penas*, la *irretroactividad de la ley*, la *no desocialización*, etc.²⁴ Pero además una nota saliente de las reglas de Política criminal es que ellas admiten ser exceptuadas como consecuencia (también) de la ponderación de principios. De esto puede derivarse que la colisión de reglas no se resuelve mediante operaciones de ponderación sino más bien a partir de la inclusión de una *excepción* (pp. 75 y ss.).²⁵ Así, la *acusación particular*, la *imprescriptibilidad de los crímenes internacionales*, la *retroactividad favorable al reo* y las *sanciones penitenciarias del régimen interno* funcionan, respectivamente, como excepciones a las reglas de oficialidad del ius puniendi, la prescripción de los delitos y las penas, la irretroactividad de la ley, la no desocialización. Al contrario, la existencia de excepciones sería algo absolutamente impensado respecto a los principios: en definitiva, ellos plasman un enunciado con pretensión de validez plena y

²³ La totalidad de los subprincipios contenidos en el libro son: *prevención pública* (prevalencia de la seguridad sobre la dignidad), *necesidad* (prevalencia de la seguridad sobre la legalidad) y *subsidiaridad* (compensación entre la seguridad y la legalidad) (pp. 131 y ss.); *mandato de determinación* (prevalencia de la legalidad sobre la seguridad), *aplicación de la ley* (prevalencia de la legalidad sobre la dignidad) y *sometimiento al proceso* (compensación entre la legalidad y la dignidad) (pp. 163 y ss.); *interdicción de la desproporción* (prevalencia de la dignidad sobre la legalidad), *utilidad* (prevalencia de la dignidad sobre la seguridad) y *culpabilidad* (compensación entre la dignidad y la seguridad) (pp. 195 y ss.).

²⁴ Para un esquema sobre el conjunto de principios plasmados en el libro, cfr. p. 262.

²⁵ Cfr. ALEXY, *Teoría*, cit. nota n° 20, pp. 88 y s., quien además incluye como segundo modo de resolver estos conflictos la declaración de invalidez de una de las reglas en conflicto, como por ejemplo a partir del empleo de criterios tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*.

absoluta (p. 77) que, en caso de ser exceptuado o negado, caería en una autocontradicción (p. 72).

5. A partir de lo expuesto precedentemente me interesa aquí someter a discusión tres cuestiones nucleares de la propuesta de Pablo Sánchez-Ostiz: la primera (la más general de todas) se conecta con la real capacidad de los principios para *limitar* el ejercicio de la potestad punitiva; la segundo tiene que ver con el carácter *originario* de los principios; la tercera y última se refiere a la “dimensión de peso” de los principios.

En diferentes pasajes de la obra, Sánchez-Ostiz enfatiza que los principios permiten racionalizar y, sobre todo, limitar el ejercicio del *ius puniendi* (p. 67, 245 y ss.). Estos límites serían operativos incluso cuando no fuese necesario que se encuentren positivizados (p. 56). Esta circunstancia no presentaría ningún problema conceptual de cara a su objetivo limitante, puesto que los principios de seguridad, legalidad y dignidad estarían plasmados (explícita o implícitamente) en las Constituciones modernas. Sin embargo, uno de los principales cuestionamientos con los que se encuentra la conceptualización de los principios tiene que ver con su vocación de máxima aplicación, es decir, con su *generalidad*. Un primer indicio de estos problemas aparece cuando el autor enfatiza —a partir de su generalidad y abstracción— que los principios político-criminales son inoperantes para su aplicación directa y que además tampoco son capaces de brindar soluciones uniformes a los casos (pp. 59 y s.). Como primera cuestión, ello podría traducirse entonces de tal manera que, por ejemplo, respecto al juez lo limitante no serían los principios sino, en realidad, las reglas que se derivan de ellos. Pero además cabe agregar que en “Fundamentos de Política criminal” se defiende que los principios estarían caracterizados por carecer de condiciones de aplicación, esto es, por no poseer un supuesto de hecho (p. 75). Esto significa que el manejo de principios acabaría estando totalmente independizado de un sustrato fáctico concreto, es decir, el carácter prescriptivo de un principio no estaría sujeto a ninguna situación fáctica concreta y, por ende, podría ser extensible a cualesquiera constelaciones. De este modo no sabríamos a qué casos se aplican y, por añadidura, en qué casos y de qué modo se limita la decisión político-criminal en cuestión. Los principios devendrían, por tanto, en entidades puramente etéreas. Esta cuestión no afecta, en mi opinión, específicamente a la obra que analizo, sino que se trata más bien una pregunta de carácter “existencial”: *¿son realmente capaces los principios jurídicos de limitar el Derecho penal?* Si nos tomamos en serio esta pregunta y miramos con “ojo crítico” la discusión científica al respecto, veremos que tenemos pocas razones para creer en esta capacidad de los principios.²⁶ La jurisprudencia no es la excepción aquí e incluso ha dado a los principios un uso casi obscuro, por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo español²⁷ ancla normativamente su decisión en el art. 1 CE con una nuda alusión a

²⁶ Seguramente la pregunta crucial aquí sería si los principios tienen en realidad la función de identificar determinados niveles de argumentación que han de observarse y seguirse a la hora de tomar una decisión criminalizadora, en lugar de una definición clara de criterios de renuncia de criminalización o castigo. Sobre esta pregunta, cfr. VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los “*mediating principles*”?”, trad. ROBLES PLANAS, en: LOS MISMOS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, p. 60.

²⁷ STS de 13 de julio de 2007; STS de 23 de diciembre de 2009.

la justicia y a la igualdad para apartarse de la atenuación facultativa de la pena para el *extranei* y establecer su carácter obligatorio.²⁸

Las dos cuestiones críticas restantes pueden analizarse conjuntamente. En “Fundamentos de Política criminal” no alcanza a quedar demasiado claro cuáles son los beneficios de introducir la noción de “metarreglas”. Si bien la idea de contar con instrumentos normativos que guíen la actividad de ponderación del juez resulta imaginable y provechosa, creo que en el sistema propuesto son más los problemas que las bondades que trae. Sobre todo, porque creo que solamente conducen a poner en tela de juicio una idea que parece central en la obra que analizamos: básicamente que en los principios se da una dimensión del peso y no de validez.

Las primeras rispideces con el sistema ideado por Sánchez-Ostiz aparecen cuando se intenta ubicar a estas metarreglas como un criterio extrasistemático que tiene como objeto de referencia la relación entre principios y de este modo se mantiene la idea de que los principios son enunciados normativos “originarios”. Si fuese correcto que las metarreglas ofrecen criterios para resolver y orientar la ponderación de principios, entonces no debería ser demasiado difícil encontrar en ellas una teorización superadora y más acabada, en cuanto precisan la operatividad concreta y la prevalencia de los principios entre sí. Para clarificarlo con un ejemplo: cuando según la *metarregla de prioridad condicionada* se toma como referencia la “progresiva perfección de la persona” (p. 80), debe presuponerse —en mi opinión— que esta última idea es un criterio material ubicado “por encima” de los principios, y del que éstos se derivan en definitiva. Por lo tanto, nos encontraríamos con que los principios de seguridad, legalidad y dignidad no serían realmente “originarios” sino que son enunciados derivados de una entidad superior, ligada a la idea del progresivo perfeccionamiento del hombre.

Además, entiendo que la incorporación de estos criterios que resuelven conflictos entre principios resulta innecesaria en el sistema que propone nuestro autor. Como ya comenté, Sánchez-Ostiz se pronuncia abiertamente en contra de una preponderancia rígida *a priori* de los principios y defiende, en cambio, que el “peso” de los principios está sujeto a la argumentación y al caso concreto. Sin embargo, el reconocimiento de las metarreglas va en una dirección absolutamente opuesta, pese a los esfuerzos que el mismo autor hace para compatibilizar las dimensiones de las metarreglas y de la argumentación *ad hoc* (p. 83). Toda regla importa una generalización de la casuística, que además aporta un criterio de general y válido para la decisión de futuros casos particulares.²⁹ Esto significa que las metarreglas fijarían de antemano cómo se resuelven los conflictos de principios, sepultando cualquier valor de la dimensión del “peso” de los principios. En definitiva, la preponderancia de los principios no dependerá de su valor en el caso concreto, sino de caer o no bajo las metarregla. Dicho resumidamente: las metarreglas darían criterios *a priori* de decisión en detrimento de las particularidades del caso concreto.

²⁸ Crítico al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, en: MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid et. al.: Marcial Pons, 2012, pp. 184 y ss.

²⁹ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Normative Systeme*, München: Karl Alber Freiburg, pp. 64 y ss.

MONTIEL, Juan Pablo, “Recensión: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 278 páginas.

6. En el final vuelvo al comienzo. No obstante la crítica anterior —que, en mi opinión, afecta partes nucleares de los argumentos de Sánchez-Ostiz— “Fundamentos de Política criminal” acerca un punto de partida insoslayable para cualquier teorización que se pretenda emprender en el futuro sobre los principios jurídico-penales. Me animo a aventurar que la “base” de discusión que nos deja este trabajo nos ayudará a que en un futuro no tengamos que entrar a analizar y cuestionar temas superficiales, sino que podamos “permitirnos” ahondar en cuestiones más finas conceptualmente. La “base” de la discusión ya ha sido puesta en el Derecho penal de habla hispana por esta obra del catedrático de la Universidad de Navarra.