

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALISMO PENAL

POR CARLOS ALBERTO MAHIQUES*

1. Constantes y variables en la evolución del constitucionalismo penal

En el centro de la evolución jurídica constituida por el llamado constitucionalismo penal está la “juridización” de la relación entre el poder estatal y el individuo y sus derechos fundamentales. Juridización de la relación entre Estado e individuo no significa solamente la asunción de “formas” jurídicas en el ejercicio del poder estatal, sino además, el establecimiento de un límite y de contenidos –los derechos individuales– contra la tendencia naturalmente invasiva del Estado.

El área en la cual la relación entre el Estado y el individuo muestra su mayor tensión es el de la justicia penal, es decir donde el Estado ejerce monopólicamente el poder punitivo. Allí la cuestión de los derechos individuales constituye un *leitmotiv* del Derecho Penal, de su historia moderna y de su evolución, así como el “constitucionalismo penal” representa su perfil intrínseco, al menos desde la revolución francesa en adelante.

No es del caso indagar aquí sobre el perenne problema del fundamento de los derechos del Hombre, y si el mismo es de naturaleza ontológica, racional, antropológica, histórica-política, cultural o incluso una ineludible derivación del derecho positivo de los Estados. Empero, la adhesión a una u otra de estas teorías justificativas de los derechos fundamentales implica una serie de consecuencias sobre su

* Profesor Titular de Derecho Penal (UCA).

rol y significado. Se habrá de considerar, brevemente, la cuestión del desarrollo y expansión de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, y particularmente el cambio de dirección y de significado ideológico de tales derechos fundamentales y su efecto en el Derecho Penal.

Los derechos fundamentales constituyen el poder del individuo contrapuesto al poder político-social y económico que se transforma en función de la atención de los fines en los cuales la persona humana encuentra su propia realización. Como afirma G. Zagrebelsky, es en este sentido que los derechos humanos, de límite al poder del Estado, como eran considerados originalmente, se han convertido en fundamento, razón y objetivo del poder legítimo. En relación al derecho penal, los derechos fundamentales aparecen ya en aquel constitucionalismo penal que, liberando progresivamente el sistema punitivo del *ancien régime*, los circunscribe a las garantías, favoreciendo la secularización, con todo lo que esto último comporta para una concepción racional y utilitarista de la pena y para la elaboración de una serie de principios y criterios políticos criminales dirigidos a contener y limitar la intervención penal del Estado.

El cambio de acento verificable actualmente en la concepción de los derechos fundamentales puede contribuir a una transformación de los caracteres extraordinarios del "derecho penal clásico", direccionándolo hacia un ideal de justicia universal con sentido ético. De este modo, el derecho penal vio afectada su "clasicidad" desde dos frentes, convergentes pero críticos ambos de sus principios más consolidados. Por un lado, desde la sociedad tecnológica y "del riesgo", aparecen las exigencias de tutela refractarias a categorías jurídico-penales modeladas sobre tipologías criminales diferentes de las de las sociedades de los siglos XVIII y XIX. Por otro, desde la teoría de los derechos fundamentales aparecieron cuestiones y demandas de tutela cada vez más ideales en cuanto "esenciales" de la persona humana. Las transformaciones del *constitucionalismo penal* se sucedieron naturalmente a lo largo de toda la modernidad, desde el Iluminismo hasta nuestros días, siendo especialmente intensas las ocurridas desde la segunda posguerra. F. Palazzo observa que la experiencia italiana ofrece un campo de observación particularmente interesante, no sólo por lo que representó allí la guerra como cesura desde el punto de vista constitucional, sino también por el peculiar desarrollo que tuvo el constitucionalismo penal en ese país.

2. Algunos rasgos del constitucionalismo penal

En la experiencia comparada europea, la primera fase del constitucionalismo penal sitúa los derechos fundamentales en el marco de la tradición que le asignaba funciones limitadoras al poder punitivo del Estado en una prospectiva rigurosamente garantista. La idea y la operatividad de los derechos fundamentales se manifestaban en una articulación de facultades y prerrogativas del individuo frente al poder punitivo concentradas esencialmente en la *legalidad*. De esta concepción emerge un cierto "personalismo", sobre todo respecto a las funciones de la pena. Aflora asimismo una concepción ético-social de la relación punitiva entre individuo y sociedad, según la cual el Estado debe mantener los deberes de solidaridad social incluyendo en los mismos al sujeto que delinque. Es sobre esta vía que se formula un verdadero *derecho del condenado a la reeducación*.

Un derecho penal de este género, sin embargo, signado por la finalidad reeducativa de la pena, puede abrir riesgosos escenarios de afectación o transformación de la personalidad del reo. Existe, en efecto, un aura de escepticismo tanto en el plano teórico como práctico sobre la idea de reeducación, a partir de numerosos y mutables condicionamientos y adaptaciones que la finalidad reeducativa de la pena experimenta en el plano de su concreción normativa, respecto de las exigencias de la prevención general y de la represión de la criminalidad. En definitiva, esta afirmación termina por revelarse en la realidad histórica, solamente como uno de los múltiples criterios de ejercicio de la discrecionalidad legislativa en materia de penalidad.

Luego de la entrada en funciones de las Cortes Constitucionales Europeas el constitucionalismo penal permaneció vivo hasta los años setenta según su significado tradicional de derechos fundamentales de garantía, y limitadores del poder punitivo del Estado. Precisamente, la Corte Constitucional italiana se expidió por esos años acerca de una serie de normas incriminadoras que limitaban el ejercicio de legítimos derechos vinculados a la libertad de manifestación, de pensamiento, de asociación y de huelga. Por obra del mencionado tribunal, más que por la del legislador, se afirmó una doctrina constitucionalista que produjo como resultado una parcial liberalización y secularización del viejo Código Penal (debido a la inspiración de A. Rocco) que no fue aún modificado y conserva todavía la impronta autoritaria original.

3. La Constitución como fundamento del poder punitivo

La segunda etapa del constitucionalismo penal, se caracterizó por un impulso innovador que no persigue tanto hallar una fuente de limitaciones en la Constitución, sino sobre todo, el principio de la *legitimación substancial* del poder punitivo. La atención se desplaza así de las garantías formales (legalidad, irretroactividad, etc.) a los contenidos sustanciales de la tutela.

En efecto, esta versión del contitucionalismo penal intenta reforzar la base de legitimación del instrumento punitivo, evitando el riesgo de que pueda quedar a disposición de la mayoría del gobierno de turno y convertirse en un simple medio para la realización de su programa político. El carácter invasivo, objetivamente afectador de la persona que es propio del derecho penal requiere, por el contrario, de un programa político más estable y consensuado de aquel que pueda surgir de una mayoría circunstancial. Y un tal programa no puede sino surgir de aquel que se consolide a través del “pacto constitucional”.

Esta es una prospectiva en la cual se comprende cómo los derechos fundamentales pueden finalmente asumir una posición no necesariamente central en la vasta articulación de un programa político criminal derivado de la Constitución.

Este constitucionalismo penal, que podría llamarse “fundacional”, pues tiene por finalidad conferir un fundamento de legitimación al derecho penal, desarrolla dos instrumentos conceptuales para alcanzar dicho objetivo. El primero es aquel que pivotea sobre el concepto “bien jurídico”; el segundo consiste en un conjunto de criterios directrices que deberían guiar la discrecionalidad legislativa en sus opciones de criminalización. Los bienes jurídicos merecederos de tutela serían, pues, exclusivamente aquellos previstos expresa o implícitamente en la Constitución. Los criterios de criminalización pueden, a su vez, ser múltiples pero reconducibles siempre a las hipótesis de “irrenunciabilidad” de la sanción criminal, la cual debe ser constitucionalmente concebida como “subsidiaria” de otras formas de tutela igualmente eficaces.

Ahora bien, este “manifiesto” del constitucionalismo penal de los años setenta, halló resistencia en la doctrina. En efecto, los dos datos verdaderamente significativos para la refundación de un derecho penal de raíz constitucional tenían límites. De un lado, la llamada teoría de los bienes constitucionales aparecía rígida y diacrónica en su operatoria de criminalización, e inconciliable con la necesidad de ade-

cuación a las múltiples exigencias de tutela en la dinámica sociedad moderna, no completamente reflejadas en constituciones siempre "hijas de su tiempo".

Por el otro lado, los criterios de criminalización carecieron de determinabilidad, y por tanto de razonabilidad, en la explicitación de los contenidos de las leyes penales.

El significado histórico del constitucionanlismo penal "fundacional" fue el de señalar el deber del sistema de justicia penal de liberarse de cualquier estructura autoritaria, y el de instalar una idea de recodificación del derecho penal con vocación universal por la afirmación de los derechos fundamentales.

A diferencia de Italia, no pocos países de Europa occidental han modificado sus ordenamientos penales en el sentido expuesto. Entre ellos España y Francia, siendo la primera, a través del Código Penal de 1995, la que asumió expresamente la idea de los bienes jurídicos constitucionales como criterio guía de la parte especial del nuevo Código. Francia adoptó un nuevo código penal en 1994, que fue pomposamente calificado como "el código de los derechos humanos". Palazzo, sin embargo, señala aquí una aparente paradoja: el constitucionalismo de los derechos humanos marca un dato de relevancia nacional, cual es la "formación" de un nuevo Código Penal. Pero, en verdad, más allá de la influencia de los derechos humanos en la cultura jurídica francesa, en la señalada codificación aquellos no se muestran en todo su valor "transformador" del derecho penal clásico. Probablemente, el énfasis puesto en la dimensión de los derechos humanos para caracterizar el nuevo Código, sirve esencialmente para afirmar la idea de que el derecho penal viene a ser herramienta del poder punitivo del Estado, pero para la persona humana, antes que instrumento para el ejercicio y el mantenimiento del poder en contra de ella.

4. El desarrollo de los derechos fundamentales y la superación del nacionalismo penal

El inicio del nuevo siglo parece confirmar la tendencia ya manifestada en el precedente, de un notable desarrollo de los derechos fundamentales. Un desarrollo que se concreta en primer lugar en un número creciente de documentos internacionales tanto de carácter general como particular según el área geográfica de los Estados involucrados, por la especie de los derechos tutelados, o por el estatus

personal de los sujetos protegidos. En todo caso es evidente cómo esta tendencia se manifiesta en una dimensión internacional o supranacional. De este modo el rol constitucional de los derechos fundamentales se desenvuelve ya no solamente dentro del Estado sino en relación de contraposición con él, más allá y fuera del Estado: no es más el Estado el "lugar" en el cual se forma y se manifiesta el valor constitucional de los derechos fundamentales, sino más bien es el Estado el destinatario de las obligaciones originadas en sede supranacional. Se puede colegir de ello una diferencia con el constitucionalismo penal de los bienes jurídicos, que se limitaba, como se dijo, a una dimensión exclusivamente nacional.

En segundo lugar, la tendencia al desarrollo de los derechos fundamentales incluye como objeto de las declaraciones de tutela a *derechos de nueva generación* que se agregan a los tradicionales, así como previsiones detalladas y específicas de derechos que de modo particular recoge la Carta Europea de Niza. Se puede observar así que los documentos internacionales más recientes contienen descripciones cada vez más minuciosas y completas equiparables a los códigos tradicionales. Es, pues, paradójal que no se superen las dificultades que surgen en las tentativas de codificaciones en el ámbito nacional y que sean cada vez más numerosos los documentos internacionales de tendencia codificadora de los derechos fundamentales. La constatación de lo expresado en lo referible al derecho penal, se revela en la propensión de las legislaciones nacionales a recibir instancias de penalización provenientes de instituciones supranacionales. Así, el derecho penal mantiene su vitalidad y capacidad de renovación en un área como la de los bienes jurídicos relativos a la dignidad de la persona humana, característico del derecho penal internacional.

La dimensión internacional en la cual se afirman los derechos fundamentales es el reflejo tangible de su vocación universal. Resulta indiscutible que la superación del nacionalismo penal como expresión de la soberanía de los estados sea hoy un fenómeno generalizado en los sistemas punitivos. Pero el examen de dicho fenómeno impone distinguir lo que acontece en el ámbito del derecho penal económico de lo ocurrido en el derecho penal de los derechos fundamentales. En el primero, el derecho penal económico, la superación del nacionalismo penal fue resultado de exigencias de utilidad represiva y se lleva a cabo con instrumentos que no necesariamente se corresponden con una verdadera internacionalización de la represión. Es decir, que son esencialmente las dimensiones transnacionales del fenómeno social

de la criminalidad económica las que conducen, a los fines de una más eficaz represión, a la superación de la dimensión local para satisfacer una exigencia utilitaria derivada de datos empíricos-criminológicos. Consecuentemente, la gama de instrumentos internacionales para la organización de aquel objetivo represivo es variada, y la mayor eficacia se logrará mediante un sistema de órganos judiciales internacionales que apliquen un derecho penal con esas características. En este sentido, no carece de importancia lograr formas de cooperación judicial y de armonizaciones de los derechos nacionales con vistas a la unificación de un derecho supranacional que pueda ser aplicado por los jueces locales (más que un derecho internacional penal, uno penal internacional).

Es diversa, en cambio, la situación en lo concerniente al derecho penal de los derechos fundamentales. La intrínseca universalidad de estos últimos, que marca su misma *ratio essendi* de valores supremos de la humanidad, no alcanza para definirlos en base a una mera utilidad represiva, insuficiente para justificar una universalidad de tutela que trascienda la territorialidad de las violaciones a los mismos, habilitando la aplicación universal de la norma incriminadora a un sistema de justicia internacional. Esto quiere decir que una vez asumida la tutela penal de los derechos fundamentales, la más completa internacionalización del sistema penal constituye un objetivo lógicamente necesario más que una opción de mejor eficiencia represiva.

5. Economía y derechos fundamentales

La internacionalización del derecho penal económico resalta otra problemática característica de los derechos fundamentales y de su asunción como objeto de tutela penal. No sin razón se interrogan los penalistas sobre los motivos por los cuales se asiste a una uniformización de la tutela de la economía mucho más extendida que aquella operada en el ámbito de la vida humana o de la incolumidad personal. Y a ello se debe que resulta más problemático discernir el nodo de los derechos fundamentales y de su tutela.

Los componentes "culturales" de los derechos fundamentales son bastante más significativos de aquellos presentes en el derecho de la economía, con el resultado de que los primeros exigen mayores diferenciaciones y matices en razón de las diversas tradiciones culturales y la consecuente dificultad de uniformar la disciplina de tutela. Ellos se definen con la calificación de "fundamental", "constitucional", e "in-

alienable”, por la universalidad derivada de su connaturalidad al ser humano como tal. Por otra parte los derechos fundamentales juegan un rol como criterio de identificación de una determinada sociedad y de su pertenencia a una cierta cultura y civilización. En este sentido, por ejemplo, los derechos de la reciente Carta Europea incluyen un rol de identificación fundacional de la unidad cultural de Europa como premisa “constitucional” para la construcción institucional y política de la UE.

Se puede decir que el desarrollo de los derechos fundamentales se orienta hacia un incremento de su tutela penal por parte de los Estados nacionales, al tiempo que estos asumen obligaciones internacionales de protección penal. Aquí aparece otra diferencia con el constitucionalismo penal de los bienes jurídicos constitucionales ya analizado. En efecto, la individualización de un catálogo de bienes constitucionales –y como tales los únicos merecedores de tutela penal–, nunca constituyó para el legislador nacional una obligación constitucional de incriminación. La realidad demostró también que no siempre coinciden las “obligaciones de penalización” con los principios de *ultima ratio* y de subsidiaridad, los cuales van en dirección opuesta a la de ampliar el área de la intervención penal.

Los derechos fundamentales, motorizan, por el contrario un incremento de la penalización. Cuando aparecen afirmados en su dimensión de universalidad, tendencialmente absoluta, como expresiones de la “esencia” de la naturaleza humana, la obligación de penalización surge naturalmente imperativa porque el hecho de la ausencia de una tutela penal se asemejaría a una negación de su misma naturaleza de atributo de la persona humana.

En la perspectiva señalada, cuando los derechos fundamentales se afirman y formulan como elementos “constitucionales” de identificación de una determinada área político-cultural homogénea, entonces resulta natural que el Estado se sirva del derecho penal para testimoniar y reforzar la adhesión a aquellos factores de identificación. Es significativo al respecto el ejemplo del Proyecto de Código Penal Turco, inspirado en una concepción de los derechos fundamentales compatibles con el contexto cultural de la Europa occidental.

6. Los derechos fundamentales y el futuro del derecho penal: la persona en el centro de la tutela

La mayor influencia generada por los derechos fundamentales en la evolución actual del derecho penal se percibe en el plano de sus

contenidos. Se indicó más arriba de qué modo la relación entre derechos fundamentales y derecho penal había cambiado de signo habiéndose intensificado significativamente. Esta valoración de los derechos humanos se manifiesta en la coexistencia de una doctrina judicial producida por la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo y en la competencia del Tribunal Penal Internacional permanente instituido por el Tratado de Roma de 1998. Mientras la primera garantiza los derechos censurando comportamientos y conductas, incluso autorizadas legislativamente por los Estados, violatorias de los derechos individuales, el segundo aplica sanciones penales personales contra quienes hayan realizado actos violatorios de esos mismos derechos.

Asumiendo ahora el segundo tipo de relación entre derechos fundamentales y derecho penal, corresponde echar una mirada sobre la influencia que los primeros ejercen sobre el segundo en tanto sus contenidos son objeto de normas incriminadoras. Los derechos fundamentales parecen determinar el futuro del derecho penal en dos direcciones diferentes.

Una primera dirección es la de la "personalización" de la tutela penal, en el sentido de incriminar conductas que afecten bienes y aspectos de la persona y de la personalidad humana. En esta tendencia aparece, por un lado una coherencia con el principio del derecho penal clásico que centra la razón de su existencia en la tutela de los bienes personales. Bajo este perfil los derechos fundamentales podrían contribuir a dar un sentido a aquel programa para un "derecho penal mínimo", superando la crítica de su fundamento puramente cuantitativo.

Por otro lado, esta personalización del objeto del derecho penal pondría freno a la desmesura y la artificialidad como puro normativismo de un derecho penal alejado de su esencia. Este fenómeno como es sabido es debido a la expansión que el derecho penal ha tenido en el terreno de la economía. El derecho penal económico contiene preceptos penales en los cuales la conducta humana, y en general el hecho típico, además de la culpabilidad del autor, vienen sufriendo un proceso de "desmaterialización" y "despersonalización" hasta el extremo de habilitar la responsabilidad de los entes colectivos. La personalización de la tutela penal, originada en el relanzamiento de los derechos fundamentales, podría disparar un proceso opuesto al de la *artificialización* del derecho penal, ejemplificado en su expansión al terreno económico.

7. La inversión de la tendencia hacia una desmaterialización de la tutela

En otra dirección, los derechos fundamentales son el motor de un proceso de espiritualización e idealización de la tutela penal. El sentido es opuesto a aquel signado por los criterios clásicos del derecho penal liberal.

Este proceso se desenvuelve bajo la consigna del descubrimiento de los derechos del hombre no en referencia sólo a su consistencia material o corporal, sino en cuanto encarnación del valor ideal de la dignidad humana. El proceso de espiritualización de la tutela se acentúa al pasar de la consideración de la dignidad como atributo exclusivo del individuo y, por tanto, necesariamente dotado de su propia base corporal, a la consideración de una dignidad de la humanidad en cuanto tal, esto es, de aquella cuya ofensa se produce con la negación de cada una de las prerrogativas “humanas” prescindiendo de su “materialidad” en una víctima concreta y determinada. Así, por ejemplo, un acto de reducción a la esclavitud niega la dignidad de aquel ser humano determinado privado de la libertad personal; el hecho de quien se limita a detentar —sin finalidad comercial— material pornográfico, o el supuesto de quien simplemente se hace acompañar por una prostituta no parece presentar un contenido lesivo en relación a una persona determinada, pero “desconocen” la dignidad del ser humano como tal. Se asiste hoy a una producción creciente de convenciones internacionales que refuerzan la tutela de la dignidad del hombre extendiéndola desde la salvaguardia de atribuciones caracterizantes de una corporeidad concreta a la protección de la dignidad como esencia de las peculiaridades personales que definen la especie viviente “humanidad”.

Las convenciones sobre prostitución, esclavitud, trata de seres humanos son hoy expresiones de una tutela que introduce un “disvalor agregado” de aquellos actos: al disvalor consistente en la agresión a la corporeidad de la víctima se agrega el disvalor consistente en la negación de su dignidad. La tutela se refuerza y se universaliza por la relevancia de este disvalor agregado que conduce además, a la uniformidad de las legislaciones represivas y a la adopción del principio de universalidad en la represión por el cual la territorialidad del hecho no debe constituir más un obstáculo a la represión.

La tutela de los derechos del hombre se viene proyectando hacia nuevos territorios de la dignidad humana idealmente considerada como valor en sí. En esos supuestos, los hechos incriminados en

tanto lesivos de un valor de aquellas características, se alejan del canon clásico de la necesaria materialidad del contenido ofensivo del delito. Las consecuencias de dicho proceso de distanciamiento de la tradición iluminista del derecho penal fueron varias y de diversa intensidad.

Así, por ejemplo, se puede constatar en primer lugar la tendencia a incriminar hechos que se revelan privados de un contenido material de disvalor aunque aparezcan dotados de una "tipicidad" de conducta. El "mal" inferido a una o más personas físicas determinadas o indeterminadas, como ocurre en los ejemplos antes citados, parece responder más a un objetivo utilitarista y político-criminal de desincentivación de los comportamientos que provocan un aumento del mercado de la pornografía y la prostitución, todo lo cual le atribuye a tales conductas un específico *disvalor ideal* al sujeto que con su comportamiento desconoce la dignidad del ser humano. Esta tendencia no deja de resultar inquietante en cuanto se origina en consideraciones instrumentales de utilidad político-criminal que abre una vía capaz de llevar la anticipación de la represión penal a niveles extremos.

Particularmente expresiva de esta tendencia a extender la punibilidad a hechos dotados de un contenido ofensivo evanescente, y caracterizado de un disvalor esencialmente ideal, es la cuestión de la clonación humana.

Las dificultades de individualizar en la clonación humana un contenido material de ofensividad en perjuicio de una persona determinada está "compensada" por la orientación a ratificar la violación de derechos humanos fundamentales bajo el perfil de la dignidad del ser humano, como se advierte hoy en un importante conjunto de convenios internacionales. Con particular contundencia, la Carta Europea de DD.HH excluye de ese modo como fundamento de la incriminación de la clonación humana tanto a las motivaciones puramente ético-morales, como a las explicaciones de base biológica, al no considerarse probado científicamente que a la entidad genética que entre dos seres humanos corresponda, necesariamente, también una identidad social de la personalidad con la consecuente pérdida de la irrepetibilidad del ser humano. La noción de derechos humanos está impregnada de historicidad axiológica y requiere de componentes ideales del ser humano en la búsqueda de la formación de un consenso interancional para la incriminación de la clonación. Esta última se considera un delito contra la humanidad en cuanto contradice el valor de la dignidad de la cual es titular no este o aquel sujeto

determinado, sino la humanidad entera, lo que radica en la idea misma del *valor humano* como integrante del patrimonio cultural antropológico actual. La eventual licitud de la clonación pondría en crisis la visión antropológica del hombre en su visión evolucionada y humanizada, como, unívocamente se la expresa en los documentos internacionales.

La "humanidad" de los derechos fundamentales reposa en dos valores complementarios: la irrepetible individualidad y la igualdad en dignidad del ser humano. La apertura de las fronteras del derecho penal a la tutela de estos valores ideales está conduciendo, como es posible constatarlo, a un empobrecimiento del sustrato material del componente ofensivo de los delitos contra la humanidad.

Pero además, puede verificarse una segunda tendencia de alejamiento de los delitos contra la humanidad de los canones del derecho penal liberal. Se trata de aquellas inclinaciones a asignar tutela penal a los llamados "nuevos" derechos fundamentales, atenuando el requisito de la tipicidad material del hecho punible, como se comprueba en las previsiones de las cartas internacionales donde se multiplican figuras penales indeterminadas o definidas por los objetivos del autor.

A diferencia de un bien material, un valor ideal puede ser vulnerado por cualquier comportamiento que lo niegue o lo cuestione. Precisamente porque es ideal la consistencia del valor no permite discriminar entre modalidades o tipologías de agresión sobre la base de su diversa intensidad ofensiva, visto que cada negación del valor ideal adquiere la entidad de una lesión. Es, pues, evidente que desde tales premisas conceptuales el principio garantizador del derecho penal liberal conocido como "fragmentariedad" se verá seriamente perturbado. Ello es así porque un ilícito penal, para que sea tal, debe fijar la modalidad de lesión seleccionando entre los hechos ofensivos del mismo bien jurídico aquellos que asumen una consistencia y una necesidad punitiva particular. En los documentos internacionales, la represión penal de los crímenes contra la humanidad expresan aquella necesidad de amplitud de tutela con el progresivo incremento del número de crímenes específicos como el genocidio, la tortura, la trata y esclavitud de seres humanos, pero también conductas concernientes a tratamientos médicos, a la bioética y al terrorismo. Más claramente, todavía, se verifica en las previsiones o cláusulas generales "de clausura" como aquella que alude a "cualquier otro acto contra la humanidad" que figura en el Estatuto de Roma, o bien la calificación

de ilícito contra la humanidad en virtud de un motivo subjetivo, que constituyen expresiones más acabadas de este intento tendencial de omnicomprensividad de la tutela.

Cabe por fin considerar un tercer aspecto, en el cual se manifiesta la idealización de la tutela penal en relación a los derechos fundamentales, y que se relaciona con la *función de la pena*. No resulta irrazonable que las previsiones de los crímenes contra la humanidad puedan tener una función disuasiva. Sin embargo, la dimensión macro-social de aquellos crímenes es un dato criminológicamente significativo e implica que aun cuando no se presenten como delitos de Estado, los factores determinantes de su comisión trascienden el proceso motivacional del individuo singular para implicar condicionamientos históricos, políticos, culturales de amplio espectro e intensa eficacia. Con la consecuencia de que el tradicional mecanismo disuasivo de la amenaza de la sanción penal, resulta lejano de esta realidad criminológica, la represión penal de tales crímenes responde, en la realidad, más a un ideal de justicia retributiva que a una finalidad utilitarista de prevención general negativa mediante la intimidación de los potenciales autores. Es, por tanto, a medida que se consolida la convicción social y política de la "esencialidad" de los valores en juego, resulta más difícil abdicar de la pena como instrumento que responda a la exigencia ideal de reafirmar esto último en la conciencia colectiva.

Se puede en este sentido hablar de una acentuación de la función simbólica que la pena despliega en la represión de los crímenes contra la humanidad, con la condición de entender este "simbolismo" como una consecuencia natural de una justicia penal devenida parte integrante de un sistema de formación y estabilización de aquella concepción antropológica de *humanidad* de la cual los derechos fundamentales son factores esencialmente determinantes.

Se asiste, pues, a un proceso de "moralización" del derecho penal en cuanto este concurre con otros instrumentos sociales a la formación de un *background*, de una visión ética aunque socialmente formada y necesaria para el hombre. Así se verifica una inversión en la tradicional relación entre moral social y derecho penal. Originariamente, en el pensamiento liberal clásico, el derecho penal debía abstenerse de expresar preceptos puramente morales privados de dañosidad social y, en cada caso, debía evitarse su utilización como instrumento de "acreditación" de concepciones de moral social. Hoy, los derechos fundamentales se nutren del multiculturalismo de la socie-

dad planetaria en el centro de una atención entre relativismo y multiplicidad de valores ético-sociales, por un lado, y aspiraciones a una certeza de referencias, por el otro. En una palabra, mientras antes el derecho penal vivía en una dimensión paralela y separada de la moral social, en la actualidad aquél participa del proceso de formación de la segunda informada por los derechos fundamentales.

8. Síntesis

El proceso de secularización originado en el Iluminismo liberó al derecho penal de aquella limitación metafísica que fijaba sus fundamentos y contenidos lejos de los derechos individuales. Luego de esta gran revolución Estado y ciudadano se enfrentan y se buscan en un equilibrio con luces y sombras. El Estado consolidó a través de los códigos una dimensión nacional del derecho penal radicando las prerrogativas del individuo primero en la legalidad y luego en el reconocimiento de los derechos a la inviolabilidad de su ser físico y de su espacio de libertad en un conjunto de derechos fundamentales "corporeizados".

Luego de las tragedias del siglo pasado surgió un nuevo constitucionalismo, que en derecho penal se manifestó por vía del rol asumido por la Constitución como fundamento y legitimación del poder punitivo. Un hombre nuevo y diverso de aquel hombre biológico se situó en el centro de la consideración penal: un hombre "humano". Los derechos del hombre y los delitos contra la humanidad "se esfuerzan por hacer entrar en la esfera del derecho penal lo indecible y lo impensable. Habiendo renunciado a la divinidad, al menos en la concepción occidental, el derecho penal se comprometerá a hacer respetar la humanidad" (M. Delmas-Marty). Este es el esfuerzo que parece signar al momento actual, en el que el derecho penal modula hacia el constitucionalismo penal de los derechos fundamentales, en el marco del proceso de idealización y espiritualización de la tutela de los nuevos derechos del hombre, con todas las consecuencias que se puntualizaron a nivel de la estructura del ilícito y de la función de la pena. Ello quizá señale el destino del derecho penal en cuya raíz está la insuprimible centralidad del ser humano.