



CRV-VII-12-14

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

CONGRESO REDIPAL VIRTUAL VII

*Red de Investigadores Parlamentarios en Línea
Enero-agosto 2014*

Ponencia presentada por

Xóchitl Guadalupe Rangel Romero

**“GENERALIDADES DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO
PENAL COMO REFERENTE CRIMINOLÓGICO EN
MATERIA DE REINTEGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL
”**

Febrero 2014

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF. Teléfonos: 018001226272; (+52 ó 01) 55 50360000, Ext. 67032, 67034
e-mail: redipal@congreso.gob.mx

GENERALIDADES DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL COMO REFERENTE CRIMINOLÓGICO EN MATERIA DE REINTEGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Por: Xochithl Guadalupe Rangel Romero¹

Resumen

Hoy desde niveles internacionales, se postula que los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, son titulares de derechos, con base en esta situación y a su vulnerabilidad, se precisa que todos y cada uno de los Estados de manera particular, protejan de manera específica a éstos, con las estructuras jurídicas de las naciones consoliden un verdadero garantismo penal para los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley se desprende que México, al considerarse así mismo como un Estado constitucional de derecho debe otorgar la protección más amplia cuando se trate de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley.

¹ Miembro de la REDIPAL. Maestra en Política Criminal. xochithlrangel@yahoo.com

GENERALIDADES DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL COMO REFERENTE CRIMINOLÓGICO EN MATERIA DE REINTEGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

1. Garantismo Penal

Hoy en día, un Estado no se puede decir democrático si no cumple con el respeto irrestricto a derechos humanos y que el acatamiento a estos derechos sea de una forma incondicional a través de las instituciones que el Estado crea para ello, lo que origina que el individuo que se encuentre frente a la ley penal por una determinada conducta goce de los derechos y prerrogativas que el Estado le reconoce, solo por el hecho de ser parte fundamental de la sociedad. Ante esto habrá que entender que el Estado, a través de una de sus armas más poderosas de control social (el derecho penal), está obligado a la obediencia de los derechos fundamentales del hombre.

Actualmente el Estado que prevalece, no sólo en nuestro país sino en muchos otros, es aquel que se convierte en un profanador de derechos humanos y necesita para no trasgredir la esfera del ciudadano (más de lo que lo hace), organismos públicos autónomos² que vigilen el correcto actuar de un Estado que se autodenomina “democrático”, sin tener el Estado de hoy control ni siquiera de él mismos. Entonces si el Estado democrático que actualmente tienen muchos de los países del orbe mundial no se pone demarcaciones él mismo, cómo pretende poner límites a sus ciudadanos. Con una respuesta a lo anterior se revisa la propuesta del Maestro Luigi Ferrajoli y su Teoría del Garantismo Penal.

1.1. Luigi Ferrajoli³

Con la pretensión de dar una referencia sobre la Teoría Garantista penal, se mencionarán las ideas más importantes de este iusfilósofo. En primera instancia define que: “designa un modelo normativo de derecho...”⁴. Se comenta esta idea, al tratarse el Garantismo como lo plantea, recaerá en el respeto absoluto a derechos fundamentales, a través de garantizarle al individuo el correcto uso de sus derechos con la observancia de garantías ampliamente reconocidas en la Constitución de un país, dado que de nada le sirve al ciudadano tener consagrados derechos si éstos no se le materializan. En segunda

² Comisiones de Derechos Humanos.

³ Máximo exponente del Garantismo Penal

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Roció Cantarero Bandrés, Cuarta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 851.

acepción dice Ferrajoli, Garantismo: “designa una teoría jurídica...”⁵, en relación con lo ya comentado, una vez que se tiene la normatividad de un modelo, ésta tiene que seguir pautas teóricas para hacerlo realidad, porque si no se hace cierto y materializado de nada servirá; por último señala este autor: “una filosofía política...”⁶ Lo anterior está correlacionado, una vez que se tiene un garantismo normativo, basado en teoría jurídica, lo único que resta, es la carga al Estado de tutelar los intereses en forma externa y hacerlos valederos.

El autor también señala que para que un sistema sea garantista tiene que tener diez máximas, son aquellas que van a fundamentar su actuar y le dan vida al sistema Garantista en su totalidad y que son mencionadas por este intelectual del garantismo de la siguiente manera:

[...] 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal, 4) principio de lesividad o de la ofensiva del actor; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre el juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio contradictorio, o de la defensa, o de refutación⁷.

“Estos diez principios, ordenados y conectados, aquí sistemáticamente, definen [...] el modelo garantista de derecho [...] convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado [...]”⁸. Ahora bien, se procede a comentar estos axiomas, descritos por Ferrajoli, el principio de retribución o también denominado *nulla poena sine crimine*, “La pena, según este principio formulado [...], es una sanción infligida *ob malum actionis*, o *antegressi delicti*, o *propter delictum*”⁹, este principio descrito por Ferrajoli se define como: “[...] nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es), sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad [...] el castigo del inocente aun

⁵ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 852

⁶ *Ibidem*, p. 853.

⁷ *Ibidem*, p. 93.

⁸ *Ídem*, p.93.

⁹ *Ibidem*, p. 368

cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso...”¹⁰, acorde con lo aquí expresado, un niño, niña o adolescente solamente puede ser corregida penalmente por haber cometido un delito, así descrito en una ley penal con anterioridad al hecho si la persona no ha cometido algún delito no tiene por qué ser penada.

El segundo de los principios es el de la Legalidad o también denominado *Nullum crimen sine lege*, en sentido *lato* y en sentido estricto, Ferrajoli lo define de la siguiente manera:

“[...] El principio de mera legalidad, que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo, constituye el presupuesto elemental solo del principio de retribución, que no puede quedar satisfecho a falta de aquél; el principio de estricta legalidad, que exige además que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación [...] presupone por el contrario todas las demás garantías, las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad y las procesales (o instrumentales) de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa, a falta de las cuales no puede quedar satisfecha”¹¹.

Frente a lo anterior se puede decir que el comportamiento del sujeto para poder castigarlo conforme a la ley penal tiene que estar especificado en ésta, a consecuencia de una ley escrita con anterioridad al hecho y que traiga consigo una pena que sea específica al delito y donde el juzgador la imponga una vez analizado el contenido de la ley y del hecho. Para que el individuo tenga que ser sujeto a una pena, tiene que haber un proceso en donde se le den todas y cada una de las garantías y derechos consagrados en la Constitución, se le siga éste y termine en una sentencia justa y proporcional, razón por la cual es necesario actualmente un sistema de justicia para adolescentes que garantice los derechos procesales y fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Del principio de legalidad se desprenden dos garantías específicas: “el principio de irretroactividad de la ley penal” y el “principio de la prohibición por analogía”¹². El primero

¹⁰ *Ibidem*, p. 369

¹¹ *Ibidem*, p. 380

¹² *Ibidem*, p. 381.

también denominado *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, y que es definida de la siguiente manera:

Para que pueda sancionarse una acción como delictiva, tal acción ha de ser prevista como delito con anterioridad a su realización. Este requisito impide crear una ley Ad hoc para sancionar una acción ya realizada: si antes no era considerada legalmente un delito, no puede sancionarse esa acción ya realizada. Es decir, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos ex nunc (desde el momento en que se crea hacia el futuro: por regla general hasta que es derogada), pero no ex tunc (retro trayendo sus efectos a acciones anteriores)¹³.

De lo antes expuesto se desprende el ejemplo de si un niño, niña o adolescente comete una conducta en el mes de octubre y aquella conducta que realizó no estaba tipificada como delito, y en el mes de noviembre entra en vigor la ley penal que señala que esa conducta sí es delito, no se puede retrotraer la acción delictiva; pero lo que sí es admitido en el derecho penal es la retroactividad a favor del niño, niña o adolescente, de aquella conducta que en un tiempo pasado era considerado delito, pero por las nuevas circunstancias dejó de serlo, dará cabida a lo más favorable para éste.

Lo que respecta al segundo principio “el de la prohibición por analogía”, definido de la siguiente manera:

La ley ha de ser una *lex stricta*. Ello quiere decir que prevé una sanción penal para una concreta acción humana y no para ninguna otra mencionada ni descrita en el tipo legal. Es decir, no puede aplicarse una pena a una acción parecida o análoga a la prevista en la letra de la letra (sic), aunque esa otra conducta semejante guarde estrecha similitud con la legalmente descrita y aunque sea igualmente reprobable desde el punto político criminal¹⁴.

Es decir, el texto de la ley no se puede extender más allá de lo que ésta lo permite, por lo que, el juzgador no puede hacer más de lo que la ley le aprueba ni menos de lo que expresa. En razón de que tiene que ponderar los derechos fundamentales de todo niño,

¹³ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos Dogmaticos del Moderno Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, p.274.

¹⁴ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit*, p. 273

niña y adolescente en conflicto con la ley penal, basado siempre en su interés superior del niño.

El tercer axioma descrito por Ferrajoli es el principio de necesidad, también denominado: *nulla lex poenalis sine necessitate*, se sintetiza de la siguiente forma: “La ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias”¹⁵; del cual se desprenden los siguientes principios: “el principio de la pena mínima necesaria” y el “de respeto a la persona”. Se diserta el primero de los mencionados, “la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo”¹⁶, por eso afirma Beccaria remitiéndose a Montesquieu: “Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”¹⁷. El haber señalado que la pena es un sufrimiento impuesto por el Estado a través de su control social más enérgico que es el derecho penal, el uso excesivo de éste atenta contra la dignidad de aquél, razón por la cual nos señalan los instrumentos internacionales que a favor de los niños, niñas y adolescentes operar a su favor el principio de ultima ratio.

Ahora bien, se glosa el segundo de los principios el de “respeto a la persona” cuyo cometido primordial es el acato a los derechos irrestrictos de la persona humana, que exige: “la salvaguarda de la humanidad ante toda intervención punitiva en general [...]”¹⁸, lo que da como consecuencia que todas las penas que atenten contra éste¹⁹, queden expresamente invalidadas por la ley, dando que el respeto irrestricto a la persona humana tienen que prevalecer ante todo, además para el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se encuentra el principio del interés superior del niño.

El cuarto axioma es el principio de lesividad, denominado también: *Nulla necessitas sine iniuria*, es definido de la siguiente manera:

Para que pueda existir un delito es preciso que se vulnere un bien jurídico protegido, [...] Hay dos formas esenciales de vulneración (real o potencial) de un

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 394.

¹⁶ *Ibidem*, p. 465.

¹⁷ Beccaria, Cesar, *Tratado de los delitos y de las penas*, décimo séptima edición tomada de la décimo cuarta edición facsimilar, Editorial Porrúa, S.A. México, 2008, p. 8.

¹⁸ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 276.

¹⁹ Pena de muerte, mutilaciones, azotes, palos entre otros

bien jurídico con relevancia típica: la lesión y la puesta en peligro. Bien jurídico, lesión y puesta en peligro integran, fundamentalmente, los tres conceptos esenciales [...] a) Bien jurídico: es aquel bien o valor considerado por la norma penal digno, merecedor o necesitado de protección jurídica frente a los ataques que sufra [...] b) Lesión: indica la real incidencia de afectación negativa sobre el bien jurídico, mediante la destrucción o grave menoscabo del mismo [...]. En todo caso, la lesión de un bien jurídico protegido por la norma penal determina la necesidad de actuación del Derecho penal [...] c) Puesta en peligro: supone el sometimiento del bien jurídico a una situación de grave riesgo concreto e inminente [...] ²⁰.

Se puede decir, que este principio pugna por la utilización del derecho penal cuando afecte un bien jurídico trascendente, “Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario...”²¹. Esto trae como consecuencia el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”; es decir, el derecho penal solamente debe intervenir cuando se afecte materialmente un bien jurídico tutelado por la ley. Si no hay violación a un bien jurídico tutelado por la ley el Derecho penal no puede intervenir.

En relación con el quinto axioma, el principio de materialidad, también conocido como: *Nulla iniuria sine actione*, se define como aquel donde:

El derecho penal ha de sancionar al hombre en tanto que realice una conducta humana (reputada delictiva) pero nunca por meros pensamientos o cualidades psicológicas, ideológicas, radicales [...], la conducta personal, entendida como sinónimo de comportamiento humano, en cualquiera de sus formas posibles de manifestación, acción positiva, omisión pura, o comisión por omisión, [...] ²².

Luego, habrá que señalar el hecho de que el derecho penal solamente castiga una conducta externa, que se materialice por el niño, niña o adolescente y que la ley penal castigue esa exteriorización como un delito. En relación a este punto comenta Montesquieu: “Un Marsias soñó que degollaba a Dionisio. Éste lo mandó matar mientras decía que no habría soñado por la noche si no hubiera pensado en el día. Fue una

²⁰ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 285.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 479.

²² Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 281.

acción tiránica, pues aunque hubiera pensado no había ejecutado. Las leyes no deben castigar más que los hechos”²³.

Ahora bien, se estudia el sexto de los axiomas señalados por Ferrajoli, el principio de culpabilidad o también denominado: *Nulla actio sine culpa*, y que es definido de la siguiente manera:

El delito es, [...] una acción, típica, antijurídica, culpable y punible. La culpabilidad es, pues, un requisito esencial del concepto de delito que fundamenta la imposición de una pena al autor de dicha acción: la pena se impone al autor culpable de una acción típica y antijurídica, es decir, al sujeto que realiza una acción delictiva [...]. Este principio tiene dos vertientes: a) [...] que no es concebible una pena sin culpabilidad; b) [...] que la pena que, en su caso, corresponda imponer habrá de ser proporcional al grado de culpabilidad del agente²⁴.

Cabe resaltar, y tras seguir la secuencia lógica del Maestro Ferrajoli, que si no existe la acción de una determinada persona no hay culpa que perseguir dado que no se materializó esa acción.

A su vez, la Maestra Zúñiga Rodríguez señala que de este principio derivan las siguientes primicias:

Principio de personalidad: Implica la imposibilidad de castigar alguien por un hecho ajeno. Principio de responsabilidad por el hecho: Se debe sancionar por los alcances del acto, no por la forma de ser de la persona. Principio de dolo o culpa: [...] la sanción debe sustentarse en un comportamiento doloso o imprudente, con una pena distinta para cada supuesto [...]. Principio de imputación personal: Para imponer una sanción, es necesario que el autor posea las características psíquicas necesarias que le permitan comprender la trascendencia de su acto²⁵.

²³ Montesquieu, Carlos de Secondant Barón de la Brede y de, *Del Espíritu de las leyes*, Decimosegunda Edición, Editorial Porrúa, S.A, México, 1998, p. 130.

²⁴ Polaino Navarrete, Miguel, *op.cit*, p. 283.

²⁵ Citado por: Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Fundamentos de la Dogmática Jurídica Penal*, Librería Yussim, León, Guanajuato, México, 2004, p. 134.

Acorde con lo que se ha expresado líneas arriba, la materialización de la acción es necesaria para que esté presente la culpa, en este tenor hay que mencionar el hecho de que la persona, la cual ha realizado un delito debe responder personalmente por haberlo cometido, en el sentido de que el delito no puede trasladarse a cualquier otra persona ajena a la comisión de éste. El castigo que se le va a imponer a esa persona deberá ser la pena impuesta por la ley y que estuvo descrita antes de la ejecución del hecho, dado que no se puede sancionar a alguien por lo que es, ni tampoco se puede dar una pena arbitraria a juicio del juzgador; la pena tendrá que ir acorde con la intención dolosa o culposa del agente transgresor dado que cada una tendrá una pena diferente; así mismo el imputado que se hará acreedor a una sanción tiene que tener la capacidad de entender su actuar dado que si la persona no tiene capacidad de entendimiento es un inimputable a la luz del derecho penal, y por ende en teoría, no puede ser sujeto a una responsabilidad.

En relación con el séptimo punto señalado por el maestro garantista, tenemos ase tiene el principio de jurisdiccionalidad, ó también denominado: *Nulla culpa sine iudicio*. Refiere Ferrajoli:

La primera enunciación legal de este principio [...] se encuentra en el art. 39 de la Magna Charta inglesa de 1215: Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado [...], ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otro hacerlo, a no ser por juicio legal de sus iguales o por la ley del país²⁶.

Este autor señala:

El principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales. A) el habeas corpus, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal, y en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) la reserva de jurisdicción en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al juicio legal de un sujeto imparcial e independiente; c) la presunción de inocencia, en virtud de la cual nadie puede

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 539.

ser tratado o castigado como culpable, sin un juicio legal y antes de que éste concluya²⁷.

Se comentan estas ideas, al establecerse un juicio donde se le reconozcan todas y cada una de las garantías al niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal, tendrá como consecuencia que se siga en su contra un juicio justo, del cual se desprenda ante un juez la culpabilidad de dicha persona, lo que trae como consecuencia que se investigue para detener a una persona y no a *contrariu sensu*, al otorgar todas y cada una de las prerrogativas establecidas en la ley.

En relación al punto octavo de los axiomas del Maestro Ferrajoli, se menciona el principio acusatorio, también llamado *Nullum iudicium sine accusatione*, Ferrajoli define este principio como:

[...] a todo sistema procesal que concibe el juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. [...] el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como modelo de investigación de la verdad [...]²⁸.

El principio al que hace referencia el maestro Ferrajoli, es relativamente nuevo en nuestro país, dado que con la reforma que sufre en el año 2008 la Constitución Mexicana, se inicia esta nueva forma de llevar a cabo el procedimiento penal, sin olvidar que antes de este régimen, México, como muchos otros países tenían el sistema inquisitivo.

En relación al noveno principio denominado de “la carga de la prueba”, o también llamado *Nullum accusatio sine probatione*, Ferrajoli lo define de la siguiente manera:

La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, [...]. Al estar la inocencia asistida por

²⁷ *Loc. Cit.*

²⁸ *Ibidem.* p. 564.

el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación²⁹.

Lo que ocasiona que la *litis* entre las partes fluya de una forma tal, que traiga aparejada la libre expresión por parte de la defensa y de la parte acusadora.

Por último, se tiene el principio del contradictorio, también llamado *Nulla probatio sine defensione*, y que Ferrajoli la define de la siguiente manera:

La defensa que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y las contrapruebas [...] exige que el imputado este asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público [...], la esfera de intervención del imputado y su defensor [...] en todos los casos de la instrucción [...] ³⁰.

Del principio contradictorio surgen otras garantías que en su conjunto darán como resultado que el Estado, a través del derecho penal, dé certeza y seguridad a sus gobernados. En primer lugar se tiene la garantía de “publicidad” definido por Ferrajoli de la siguiente manera: “es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial, conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad tiene que producirse [...], bajo el control de la opinión pública, y sobre todo del imputado y su defensor.” ³¹, atento a lo anterior Beccaria señaló: “Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del reato, [...] para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos” ³².

La segunda garantía es el principio de oralidad definido por Ferrajoli como: “[...] la forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos, deben ser puestas por escrito [...]” ³³.

²⁹ *Ibidem*, pp.610-611

³⁰ *Ibidem*, pp. 613-614.

³¹ *Ibidem*, p. 616.

³² Beccaria, Cesar, *op. cit.* p. 35.

³³ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 619.

Ahora bien se han comentado los diez axiomas de los cuales el maestro Ferrajoli, habla en su teoría del garantismo penal; ahora como la finalidad del Derecho penal como tal; es la prevención y la resocialización del delincuente se comentan las primicias que han surgido a raíz de estos y de los cuales surgen cada uno con un principio del cual se comenta a continuación. El primero que es llamado del principio de prevención que nos dice:

“el derecho penal desempeña una labor selectiva, valorativa y protectora de los bienes jurídicos, en cuanto bienes y valores de la persona y la sociedad [...] mercedoras y susceptibles de protección jurídico-penal [...] la prevención de la criminalidad se corresponde con el ámbito de protección de bienes jurídicos por el derecho penal [...], y solo es posible prevenir la criminalidad a través de la prevención general y de la prevención especial. Emanadas de la vigencia de la norma, frente a las conductas subsumibles en los tipos legales [...]”³⁴.

El segundo de los citados es el mencionado a continuación el denominado principio de resocialización que nos señala:

La pena no es (no puede ser) un instrumento del cual hago uso arbitrario el legislador, en el Estado de Derecho: es una (máxima) sanción jurídica que no se impone por Capricho o por azar.

Además de su legitimación material y de específica función preventiva general, ha de estar orientada al cumplimiento de la función preventivo-especial a través de la *resocialización* del delincuente, en cuanto destinatario singular de la incriminación penal. [...] La reeducación o la reinserción social del propio delincuente constituye la exigencia de un principio limitador del Derecho penal que alcanza fundamento constitucional: el artº. 25.2 CE dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”³⁵.

En un Estado que se hace llamar democrático debe prevalecer el respeto irrestricto a los Derechos humanos de las personas que compurgan un pena, al Estado le corresponde propiciar y garantizar una adecuada reintegración del individuo al seno de su comunidad

³⁴ Polaino Navarrete, Miguel, *op.cit*, p. 288.

³⁵ *Ibidem*, p. 289.

lo que genera la participación activa de éste en su sociedad. Sobre este aspecto señala el Maestro Claus Roxin: “[...] el autor condenado debe tener la oportunidad de resocializarse, pero es él quien decide si quiere y en su caso, hasta donde puede hacer uso de este derecho. En este sentido, resocializarse es ayuda para ayudarse a sí mismo”³⁶.

Conclusión

Se han explicado los axiomas básicos que propone el Maestro Luigi Ferrajoli, para que un Estado, respete los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que por alguno motivo estén ligadas a un proceso penal y del cual se desprende que cada uno de estos principios de la teoría garantista del derecho pugna que se hagan valederos en todas y cada una de las constituciones de los países, para dar con esto paso, a la elevación más importante de los derechos de la personas inculpadas y se haga realidad el ideal de justicia en una sociedad.

Con base en la idea del Maestro Juan Manuel Ramírez Delgado: “No se puede precisar con exactitud en qué momento se incorpora la corriente garantista en el ámbito del derecho penal minoril en el país”³⁷, sin embargo se puede comentar que es un hecho de que estas ideas de cómo ver al individuo frente al derecho penal conforman por sí mismas el pilar de un nuevo estado de derecho, protector de los derechos fundamentales del derecho juvenil, lo que origina que el niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal, tenga en primer lugar el reconocimiento a su persona, en segundo lugar el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas dentro del proceso penal, y por ultimo garantizarle su reintegración a la comunidad de la cual es extraído.

³⁶ Citado por: Guerrero Agripino, Luis Felipe, *op.cit.* p. 136.

³⁷ Ramírez Delgado, Juan Manuel, *La justicia minoril en el Estado de San Luis Potosí*, Serie cultura jurídica, segunda época, número 3, Instituto de Investigaciones jurídicas, San Luis Potosí, México, 2007, p. 30

Bibliografía

Beccaria, Cesar, *Tratado de los delitos y de las penas*, decimo séptima edición tomada de la decimo cuarta edición facsimilar, Editorial Porrúa, S.A. México, 2008

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Roció Cantarero Bandrés, Cuarta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000

Montesquieu, Carlos de Secondant Barón de la Brede y de, *Del Espíritu de las leyes*, Decimosegunda Edición, Editorial Porrúa, S.A, México, 1998

Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos Dogmaticos del Moderno Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001

Ramírez Delgado, Juan Manuel, *La justicia minoril en el Estado de San Luis Potosí*, Serie cultura jurídica, segunda época, numero 3, Instituto de Investigaciones jurídicas, San Luis Potosí, México, 2007