

701  
Jes.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

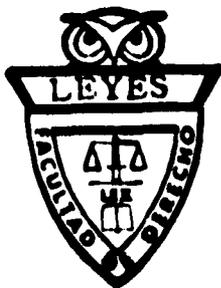
**“ LA JUSTICIA EN EL  
DERECHO PENAL ”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :**

**ORLANDO PEREZ GONZALEZ**

**FALLA DE ORIGEN**



**MEXICO, D. F.**

**1995**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

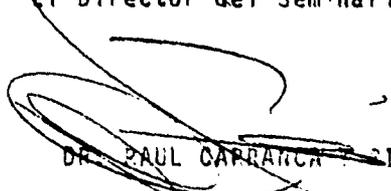
Cd. Universitaria, 15 de junio de 1995.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION  
ESCOLAR DEL IIAU. N. A. M.  
P R E S E N T E .

El C. ORLANDO PEREZ GONZALEZ, ha elaborado su tesis profesional en el Seminario de Derecho Penal a mi cargo, bajo la dirección del Lic. Carlos Rayó Mares, intitulada "LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL", con el objeto de obtener el grado académico de Lic. en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 3, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales.

Atentamente.  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
El Director del Seminario.

  
DR. PAUL CARRANCA SIVAS.



FALLA DE ORIGEN

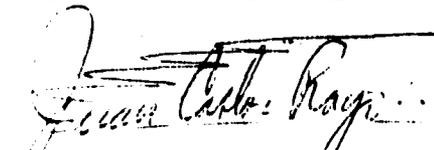
**México, D.F., a 6 de Junio de 1995.**

**C. DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE  
DERECHO PENAL  
FACULTAD DE DERECHO  
CIUDAD UNIVERSITARIA  
P R E S E N T E**

Hago constar que la Tesis titulada "LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL", misma que fue elaborada por el alumno PEREZ GONZALEZ ORLANDO, con número de cuenta 8204400-2, después de haber sido leída y revisada, considero que reúne los requisitos que ordena la Legislación Universitaria.

Sobre el particular mucho le agradeceré se sirva Usted girar sus apreciables instrucciones a quien corresponda, con la finalidad de que se continúe con el trámite para la realización del examen profesional correspondiente para de esta forma obtener el Título de Licenciado en Derecho.

**ATENTAMENTE**



**LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES.  
ASESOR DE LA TESIS.**

**ESTA TESIS FUE ELABORADA DENTRO DEL  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL, BAJO EL  
ASESORAMIENTO Y DIRECCION DEL  
DISTINGUIDO MAESTRO:**

**LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES.**

**DEDICATORIAS**

**Al Gran Arquitecto del Universo por haber colocado en mis manos instrumentos materiales y apoyos humanos, gracias a los cuales he podido llegar a los umbrales de mi recepción profesional.**

**Mil Gracias.**

**A MIS PADRES:**

**Gabriel Pérez Trejo**

**y**

**+ Francisca González Vargas**

**Por haberme dado la vida.**

**A MI ABUELA PATERNA**

**Macaria Trejo de Pérez**

**Quien, a su manera, me otorgó amor, cariño y cuidados, e inculcó en mí honestidad y respeto hacia los demás y me dio esperanzas de alcanzar la victoria.**

**A MIS HERMANOS:**

Elizabeth, Cupertino, Marisela, Rubisel, Oscar, Delia,  
Gabriel, Dora, Araceli, Enrique, Lázaro, Naxalli.

**Que esto sea para ustedes mi gratitud y cariño.**

**A MIS CUÑADOS:**

Miguel, Esperanza, Roberto, Naty, Marisela y  
Francisco

**Con afecto.**

## **A MI ESPOSA**

**María de Lourdes Díaz Zavala**

**Por haber encontrado en ella amor, comprensión y paciencia, y tener la satisfacción de compartir con ella este logro.**

## **A MIS HIJAS**

**Lourdes Angélica, Alejandra Marlene y Viviana Yael.**

**De quienes el cariño me motivó para alcanzarlo y a quienes sirva de estímulo para su propia superación.**

**A todas ellas, mil gracias.**

**A la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD  
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.**

**A todos mis maestros;**

**Con mi reconocimiento.**

**Muy principalmente, a mi maestro, el**

**Licenciado Juan Carlos Rayo Mares**

**Con mi agradecimiento por su apoyo y  
dirección en esta Tesis.**

**A MI FAMILIA POR AFINIDAD:**

**Martha Zavala Rivera y Ricardo León Díaz  
de la Vega +**

**Martha de la Concepción Díaz Zavala y Benjamín  
González Yañez**

**Ricardo León Díaz Zavala y María Elena Grimaldo  
Canchola**

**María Guadalupe Díaz Zavala y José Rueda Monroy**

**María Teresa Díaz Zavala y Angel Dorantes Díaz**

**Hugo Germán Díaz Zavala y Erika Palacios Lugo**

**Luis Alberto Díaz Zavala**

**Muchisimas gracias por su apoyo y cariño.**

**A MIS SOBRINOS:**

Miguel Angel, Anai, Cuper, Janitzey, Paco, Xochitl,  
Angélica, Jazmín, Nancy, Ivan, Annel, Rubí, Jannet,  
Oscar, Brandon, Betsy, Fabian, Martita, Benjamin,  
Ricki, Esteban, Kaeri, Diego, Saira.

**Con mucho cariño.**

## **A MIS AMIGOS:**

Alejandro Ruiz Torruco, Alfredo Enríquez Bolaños, Alfredo Tenorio Franco, Alvaro Gómez Guzmán, Armando Castillo Romero, Arturo Garduño Acevedo, Bernabe Gutiérrez Tellez, Carlos A. García Reyna, Carlos Manning Carbajal, Claudia Arredondo Hernández, David Martínez Santana, David O. Argente, David Sandoval Razo, Demetrio Montaña Hernández, Diego García Alamillo, Dunstano M. Alanis Rosales, Edgar Carlos Pérez Alaniz, Edith Martínez Gayosso, Efraín González Sánchez, Enrique González Padilla, Ernesto Enríquez Llaguno, Gabriel Pérez Vázquez, German Jiménez Manzo, Gustavo García Elizalde, Gustavo González Lira, Gustavo Gutiérrez León, Hugo Guadarrama Brito, Jorge Aguirre Mora, Jorge Cañedo Corral, José Antonio Guerrero, Rubén D. Martínez Krauss, José Jiménez Rodríguez, José Luis Adaya Nería, José Luis Paz Galán, José Luis Ramírez Beltrán, José Luis Reyna Maravilla, José Luis Sánchez Reyes, José Luis Zurita, Juan C. Romero Martínez, Juan M. Salgado Torres, Juan R. Rosas González, Juan Zuñiga Sandoval, Leonardo Ramírez Sánchez y Familia, Lorena Lara Medina, Lucio Santos Guadarrama, Mario Rivas Camacho + y Familia, Margarita Sainos, Mario Terres Sánchez, Miguel A. Falcón Vega, Miguel A. Herrera Torres, Miguel González Ibarra, Miguel L. Anaya Mora, Omar Becerril, Oscar Uribe Villegas, Rosendo González Razo, Rubén Saenz Guzmán, Salvador Pérez Rincón, Víctor H. Hernández Vega, Víctor Reynoso Pablos, Vladímir Pérez Mar.

## **Y A QUIENES ESCAPEN DE MI MEMORIA.**

**Para ellos con todo mi afecto.**

**CAPITULADO**

# LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL

## INDICE GENERAL

### INTRODUCCION

**Pág.**

### CAPITULO PRIMERO

#### I.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y JURIDICOS DE LA JUSTICIA.

1).- La justicia como valor universal .....	2
2).- La justicia del moralista y la justicia del jurista .....	3
3).- Visión retrospectiva de la idea formal de justicia como valor jurídico político .....	5

### CAPITULO SEGUNDO

#### II.- CONCEPTOS BASICOS DEL TERMINO JUSTICIA.

1).- Conceptos de justicia .....	13
2).- Análisis de la justicia y de lo justo .....	15
2.1.- Punto de partida .....	15
a).- Las cosas están repartidas .....	16
b).- Las cosas están o pueden estar en poder de otros .....	17
2.2.- La formula de la justicia: de dar a cada uno lo suyo .....	17
a).- Dar .....	18
b).- A cada uno .....	19
c).- Lo suyo .....	20

	<b>Pág.</b>
C.- Lo justo .....	22
a).- Noción .....	23
b).- Lo justo como derecho .....	23
c).- Lo justo como igual .....	29
d).- El título y la medida de lo justo .....	33
4.- Clases fundamentales de las relaciones de justicia .....	33
a).- Lo debido entre personas (justicia conmutativa) .....	37
b).- Lo debido por la colectividad al individuo (justicia distributiva) .....	39
c).- Lo debido por el individuo a la colectividad (justicia legal) .....	43
d).- Justicia social .....	46
e).- Justicia institucional .....	47
f).- La idea formalista de la justicia implica medidas materiales de valor .....	47

### **CAPITULO TERCERO**

#### **III.- CRITERIO RETRIBUTIVO DE LA JUSTICIA.**

1.- Bosquejo general de la pena en el Derecho Penal .....	53
2.- El derecho penal y la pena .....	58
3.- Teorías absolutas de la pena .....	62
4.- Teorías relativas de la pena .....	65
a).- La prevención general (intimidatoria) .....	66
b).- La prevención especial .....	68
b.b).- Comentarios .....	72
c).- Análisis crítico .....	74

	<b>Pág.</b>
<b>5.- Teorías mixtas e intentos superadores .....</b>	<b>79</b>
<b>a).- Posiciones mixtas .....</b>	<b>79</b>
<b>b).- Posiciones superadoras .....</b>	<b>82</b>
<b>b.a).- La prevención general positiva, o bien, integradora ...</b>	<b>82</b>
<b>b.b).- La prevención especial democrática .....</b>	<b>84</b>
<b>b.c).- La prevención general democrática                 (positiva limitadora) .....</b>	<b>85</b>
<b>b.d).- El interaccionismo de Callies .....</b>	<b>89</b>
<b>b.e).- El planteamiento dialéctico de Roxin .....</b>	<b>90</b>

## **CAPITULO CUARTO**

### **IV. MARCO LEGISLATIVO DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL.**

<b>1.- La justicia de acuerdo al artículo 17o. de la Constitución     Política de los Estados Mexicanos .....</b>	<b>94</b>
<b>2.- La justicia según los artículos 51 y 5º del Código     Penal .....</b>	<b>95</b>
<b>Conclusiones y Sugerencias .....</b>	<b>102</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>113</b>

## **INTRODUCCION**

## **INTRODUCCION**

Las sociedades de hombres, a través de los tiempos, se han visto, persiguen alcanzar ciertos fines, y ello se busca generalmente a través de ciertas reglas de pautas para obrar o dejar de hacerlo, comúnmente a través del derecho. Ha sido tradicional ver en la justicia el valor jurídico por excelencia y el principal. Hasta el punto de que las más de las veces, el problema de la estimativa jurídica ha sido rotulado como investigación sobre la justicia (Recasens Siches). Al hablar de justicia la principal dificultad con que nos encontramos, es la multiplicidad de sentidos que el término justicia ha recibido. Son tantos estos significados -y a veces tan diversos- que cabe el peligro de pensar que la justicia resulta poco menos que inservible para definir, delimitar o caracterizar a la Ciencia del Derecho. Pero este peligro se diluye cuando se advierte que hay una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos, que es aquella sobre la que se ha asentado la concepción del derecho como práctica del arte de lo justo: dar a cada uno lo suyo, es la máxima que desde Ulpiano se ha mantenido, en el entendimiento de caracterizar el respeto a la dignidad y libertad del hombre, en atención intrínseca a su naturaleza. Efectivamente -insistimos- desde la

época de los romanos a eso que correspondía a cada uno lo llamaron ius o derecho de cada uno y a la ciencia que consistía en saber averiguar del ius o derecho de cada uno le dieron el nombre de ars iuris o arte del derecho. Este ius era lo justo, lo que justamente -lo que por obligación y en la justa medida, ni más ni menos- era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada la iustitia o justicia. Esta, pues, era considerada como la virtud de dar a cada uno lo que le correspondía en la medida estricta (ni más ni menos, lo justo), o sea la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo (su ius, su derecho): ius suum cuique tribere; misma que en Aristóteles se empieza a distinguir o dividir, y se perfecciona con otros autores a través de la evolución de los tiempos en conmutativa, distributiva, y general; según la relación de derechos y deberes del individuo con su o sus demás individuos, de la colectividad con aquél, o bien de éste para con aquélla.

La justicia, como ideal o valor jurídico normativo, tradicionalmente se ha concebido como virtud de la voluntad, ante todo se precisa para ello el sincero amor por la justicia, el estar dispuesto, no sólo a respetar, sino también a proporcionar -a dar- a los demás lo que les corresponde por su condición humana y por disposición legítima de los

**hombres. Pero como el derecho esta imbuido -o debe estarlo- del ideal de justicia, que es el que le da valor -el que lo hace valer-, el que lo hace valioso, es necesario tener el conocimiento o prudencia del derecho, para saber dar lo que le corresponde, a quién corresponde, cuándo le corresponde y aplicar el criterio adecuado en la determinación de lo que le corresponde. Esa sabiduría, arte o ciencia del derecho, del derecho justo o de la ciencia de lo justo, es el conocimiento por medio del cual la sociedad tiene los expertos en justicia, que son los juristas. Es a ellos a los que les pertenece la tarea de decir lo justo, de ajustar al caso concreto la fórmula de la justicia a criterios materiales en la determinación de la igualdad o equidad. De donde cabe concluir que el problema de la justicia en la sociedad depende en parte de manera principal, de la correcta orientación de la ciencia jurídica, en atención de ser la justicia el valor jurídico por excelencia.**

**No debe olvidarse -como lo expone Hart- que los términos que los juristas usamos con más frecuencia para ensalzar o censurar el derecho o su administración, son los vocablos "justo" e "injusto", de ahí la importancia preponderante de precisar su noción formal y material, dada la equivocidad con que se ha empleado últimamente, finalidad que pretende llevarse a cabo con el desarrollo de los diversos puntos que son contenidos del presente**

trabajo; sin olvidar que muy a menudo los autores razonan indebidamente en parte, los ideales de justicia y moral como coextensivos. Es por esto y por otras razones por las que la justicia debe ocupar un lugar de máxima preminencia en la crítica de la estructuras jurídicas; pues, es importante advertir que lo justo es un segmento de la moral y que las normas jurídicas matizadas en parte por aquéllas deben objetivamente en su creación y aplicación regirse por el criterio de justicia.

El término justicia ha tomado gran importancia en la actualidad, ya que es de todos conocidos, los acontecimientos suscitados principalmente durante el año de 1994, con la muerte de grandes personalidades, enunciando sólo algunos de ellos, como es el caso del Arzobispo Posadas, de los Licenciados Luis Donald Colosio Murrieta y Mario Ruiz Massieu, así como de otros tantos delitos que han quedado impunes y que la sociedad en general exige precisamente justicia.

Por tal motivo es acertada la decisión del Presidente de la República, Licenciado Ernesto Zedillo Ponce de León, de llevar a cabo una reestructuración a fondo de lo que es el Poder Judicial, para que efectivamente se aplique justicia en todos los ámbitos de la sociedad y se

**termine de una vez por todas con tanta impunidad que existe en todos los niveles de la Administración Pública, principalmente en el citado Poder Judicial.**

## **CAPITULO PRIMERO**

### **I.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y JURIDICOS DE LA JUSTICIA.**

- 1).- La justicia como valor universal**
- 2).- La justicia del moralista y la justicia del jurista**
- 3).- Visión retrospectiva de la idea formal de justicia como valor jurídico político**

## CAPITULO PRIMERO

### I.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y JURIDICOS DE LA JUSTICIA.

#### 1).- La justicia como valor universal.

La Justicia, ha sido empleada para denotar la virtud universal comprensiva de todas las virtudes. Ya Platón, establecía la justicia como virtud fundamental que comprendía las demás, como principio armónico ordenador, determinador del campo propio de acción de todas ellas: de la prudencia o de sabiduría del intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad, y de la templanza para los apetitos y tendencias; principio que extiende en la regulación del Estado y en la armonía del derecho. Aristóteles, establece que la justicia comprende la virtud total o perfecta; siendo una medida de proporcionalidad de los actos. En la Biblia hallamos que justicia, significa la suma de todo bien. San Agustín la hace consistir en el amor del sumo bien y de Dios. Santo Tomás la concibe como la medida y criterio para el derecho en sentido estricto.

Esta idea de justicia como totalidad de la perfección ética, es decir, su concepción universalista a través del tiempo va cayendo en desuso, para quedar últimamente como significativa de la idea que debe inspirar al

derecho. Al decir de Recasens Siches, "se trata del hecho de que la misma palabra ha sido empleada para designar dos ideas diferentes, aunque ambas pertenezcan al reino de la ética" <sup>1</sup>. Como virtud universal, inspiradora del actuar individual o colectivo de los hombres, y como valor ideal del derecho.

## **2).- La justicia del moralista y la justicia del jurista.**

En los derechos antiguos, obra sobre todo de jueces, predomina el enfoque moral de la justicia en su noción de Derecho, pues este se aplicó en todo lo posible desde el punto de vista subjetivo brotado de su conciencia moral; es decir, cuándo el derecho está cerca de la individualidad del conflicto, cuándo puede ver cara a cara a los litigantes y juzgar la expresión de un acusado, entonces valora el juzgador con una justicia que se acerca a la del moralista. Según Jean Dabin "la justicia del jurista es ante todo una solución social, mientras la justicia del moralista es ante todo una virtud moral" <sup>2</sup>. Al respecto Villoro Toranzo, diferencia ambas justicias en atención al modo de ser conocidas, indicando que "la justicia del moralista es un

---

<sup>1</sup> Recasens Siches, Luis: Tratado General de Filosofía del Derecho. Séptima Edición, págs. 479-480. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.

<sup>2</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Séptima Edición, pág. 65. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987.

valor que se dirige a la acción personal; es una regla de conciencia; se conoce por la razón práctica, como una exigencia ontológica de la perfección individual. La justicia del jurista es un valor que se dirige a las acciones sociales de todos los miembros de una sociedad; es una regla de organización social; se conoce gracias a la publicidad por la que la autoridad da a conocer sus normas jurídicas" <sup>3</sup>. Efectivamente, coincidimos en que desde los jurisconsultos romanos estos llegaban a soluciones "justas", que buscaban en su conciencia moral, en aquéllo que tenían derecho a exigir por parte de cada una de las personas en conflicto; es decir, se guiaban por una idea moralista de la justicia. La fórmula de la justicia del moralista correspondía "a cada quien según sus méritos"; en cambio la del jurista es la atinente de "a cada quien según sus obras". La obligatoriedad que nace de la justicia del moralista es una exigencia ontológica sin la cual el hombre no puede alcanzar su perfección; la justicia del jurista obliga tanto cuanto el cumplimiento es necesario para obtener el orden social <sup>4</sup>.

En resumen: en la comprobación de la hipótesis planteada, tema de este trabajo, lo que interesa sólo es la indagación de la justicia del jurista, y el *distingo* tiene como objeto único limitar la cuestión por resolver; sin que

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, pág. 209.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 210.

desconozcamos, como ya expusimos, que el moralista juzga al individuo concreto, aislado, o sea, individualmente, exigiéndole se conduzca de manera virtuosa, cosa que no todos los hombres llevan a cabo; mientras el jurista, sin ignorar los aspectos concretos del sujeto (y es por ello que decimos que el derecho tiene también tintes morales, claro está no exclusivos ni predominantes, ya que si desconociera ello, sería valedera la interrogante planteada por San Agustín: ¿Qué son los Estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor?), el jurista siempre procede reduciendo lo concreto -el caso particular- a las categorías generales establecidas en lo jurídico.

### **3).- Visión retrospectiva de la idea formal de justicia como valor jurídico político.**

Los pitagóricos fueron los primeros que intentaron definir conceptualmente la justicia, reduciéndola a un vínculo de igualdad. Platón concibe la justicia como virtud universal y fundamental, de la cual derivan todas las demás, y la define como armonía; y agrega, que es el principio sobre el cual está fundado el Estado perfecto, y consiste en el deber universal en que cada individuo debe ejercer una sola función: aquella para

la cual la naturaleza le dio la mejor aptitud y, por tanto, de ocuparse de lo suyo no interfiriendo en lo de los otros; concluye, que la fórmula de la justicia es la igualdad para los iguales. Para Aristóteles, la justicia es la medida general de la virtud, y se diversifica en varias clases:

a).- Justicia distributiva, que se aplica al reparto de los honores y de los bienes públicos y que apunta al propósito de cada asociado para que reciba de esos honores y bienes la porción adecuada a su mérito, con lo cual se afirma el principio de la igualdad, pues tal principio sería violado si se diese igual trato a méritos desiguales.

b).- Justicia emparejadora, correctiva o sinalagmática, reguladora de las relaciones entre términos intercambiables y consiste en un principio de igualdad, la cual se subdivide en dos subespecies:

1.- Justicia conmutativa, aplicable a las relaciones voluntarias de cambio, por ejemplo, a los contratos, la cual requiere que haya igualdad entre lo que se da y entre lo que se recibe, entre la prestación y la contra prestación; y,

**2.- Justicia judicial, aplicable a las violaciones la cual exige que haya una paridad entre el daño y la reparación, entre el delito y la pena.**

En Roma Ulpiano la definió como "ius suum cuique tribure". Según Cicerón, la justicia es algo que debe realizarse en la sociedad humana: consiste en atribuir a cada uno lo suyo; se aplica también a la distribución, de modo que cada cual reciba lo que corresponde a su mérito y dignidad; coincide con los principios de igualdad. San Agustín afirma que la justicia es una virtud global, y como ideal del derecho es la equidad, que implica cierta igualdad, consistiendo en atribuir a cada uno lo suyo. Alfonso X el Sabio, establece la justicia como raigada virtud que da y comparte a cada uno igualmente a su derecho, apareciendo lo suyo en función conmutativa y retributiva, y de la reciprocidad o paridad. Por su parte Santo Tomás de Aquino en su doctrina de la justicia como criterio jurídico-político, dice que es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan y la igualdad es con otro; agregando, que "lo suyo" debe entenderse con relación a otro, todo aquéllo que le está subordinado o le es atribuido para sus fines; siguiendo a Aristóteles distingue entre justicia conmutativa y

distributiva, y además agrega la justicia legal. Al hablar de justicia Brunetto Latini, especifica que la justicia es una virtud enteramente racional, encaminada a establecer un orden civil de equilibrio y de igualdad. Francisco de Vitoria enseña que se llama justo a lo igual. Mientras Domingo Soto añade que la justicia hace igualdad. Asimismo Luis de Molina explica la justicia refiriéndose al bien común e insiste en la justicia legal. Francisco Suárez indicó que, dar a otro lo suyo, implica alteridad. Por justicia legal entiende toda virtud moral y además el compendio de las virtudes particulares; y finalmente, lo relativo al bien común. Las otras especies de la justicia son la conmutativa y la distributiva. Añade, que para que la ley sea justa, debe ser dada: a) con justicia legal, a saber: para procurar el bien común y conceder lo debido a la comunidad; b) con justicia conmutativa, en cuanto que el legislador no mande sino aquello que lícitamente puede ordenar y c) con justicia distributiva, es decir, repartiendo proporcionalmente las cargas, los puestos, y las ventajas, en lo cual debe guardar igualdad de proporción. La doctrina aristotélica reaparece, con ligeras variantes, en la mayor parte de los autores del renacimiento y de los siglos XVI, XVII y XVIII. Así, por ejemplo, en Bodin, Grocio, Vico, Wolff, Beccaria, Genovesi, Pufendor. Por otra parte Hume considera que la justicia se funda en una especie de convención que consiste en que cada acto

singular, es realizado con la expectativa de que los otros efectuaron lo mismo. Según Rousseau la justicia se sintetiza en que "yo obre como si fuese otro". En Kant la justicia consiste en la igualdad de ligarse recíprocamente. Fichte propugna la igualdad de los hombres en tantos seres racionales y libres. Henry Sidgwick dijo que el principal elemento de la justicia es la igualdad. El neohegeliano Lassone ve la esencia de la justicia en la armonía y unidad. Para Stammler, la justicia consiste en la idea formal de una absoluta armonía según la cual debe ser ordenada toda materia jurídica, es decir, los varios propósitos humanos. Considera Georgio Delvechio que la justicia exige que todo sujeto sea reconocido en aquéllo que vale y que a cada uno le sea atribuido (por los otros) aquéllo que le corresponde. Roscoe Pound afirma que la justicia exige el mejor equilibrio armónico de la mayor cantidad de intereses o demandas de los sujetos humanos. L. Limentani insiste en que la justicia es alteridad y que consiste en una proporción entre hombre y hombre de suerte, que la igualdad es la esencia de la justicia; y añade que la justicia reclama un tratamiento igual para todos los hombres en tanto que son iguales y uno desigual en tanto que son desiguales; siendo de parecer semejante Alessandro Levi. A su vez nos enseña Emil Brunner que en tanto que la justicia atribuye a cada uno lo suyo, actúa a la vez unido y separado: une en la medida en que coloca a los

individuos en la estructura social que a todos abarca; separa en la medida en que cada uno atribuyo solo lo suyo, que es precisamente lo que no es de los demás. La idea de la justicia no se alberga en la ética de las personas, sino en la ética de los ordenamientos o de las instituciones. La idea de justicia implica dos conceptos: el de la ley (racional), que determina lo que corresponde a cada cual; y el de la igualdad, que exige que todos sean tratados parejamente, esto es, proporcionalmente, de modo que a cada uno se le de lo que le corresponde según aquella ley. H. Coing observa que la justicia incluye siempre las ideas de igualación, equilibrio y compensación. Henrich Kipp determina que la máxima "a cada cual lo suyo" entraña un valor de verdad. Bienenfeld sostiene que el espíritu de la justicia objetiva es la imparcialidad. Robert Briner advierte que la justicia subjetivamente se manifiesta como un sentimiento de igualdad y objetivamente se basa sobre todo en la calidad espiritual del hombre, y en la presunta voluntad divina que concede la dignidad a la persona humana. Rafael Preciado Hernández define la justicia como la armonía e igualdad postuladas por el orden ontológico y coordina las acciones entre los hombres y las ordena al bien común. Luis Lagaz Lacambra sostiene que la justicia es el equilibrio y la proporcionalidad entre todas las cosas que sólo la mente divina puede percibir y ordenar. Los neokantianos Enrique Martínez Paz, Francisco

Larroyo y Juan Manuel Terán Mata insisten en la igualdad, en la dignidad y en un reino de libertad. García Maynes coincide con Hartman, al considerar la justicia como el valor objetivo de una ordenación jurídica, que consiste negativamente en no atentar contra el derecho ajeno, no invadir la esfera de libertad de los demás, no causar daño a terceros, etc.<sup>5</sup>.

Como puede advertirse de los conceptos proporcionados por los autores citados, expresan una idea de justicia basada en la coincidencia formal de aquella, postura que a lo largo de veinticinco siglos de evolución se ha mantenido, siendo su constante o permanente, la afirmación de que entraña en esencia algún modo de igualdad, una proporcionalidad, esto es, una armonía; más, lo que no ha quedado claro durante todo este tiempo es cual es o cuales son los criterios para precisar esa igualdad, en qué medida o proporción y quiénes son iguales.

---

<sup>5</sup> Recasens Siches: Tratado General de Filosofía del Derecho, Op. cit, págs. 482-488.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **II.- CONCEPTOS BASICOS DEL TERMINO JUSTICIA.**

- 1).- Conceptos de justicia**
- 2).- Análisis de la justicia y de lo justo**

#### **2.1.- Punto de partida**

- a).- Las cosas están repartidas**
- b).- Las cosas están o pueden estar en poder de otros**

#### **2.2.- La formula de la justicia: de dar a cada uno lo suyo**

- a).- Dar**
- b).- A cada uno**
- c).- Lo suyo**

#### **3.3.- Lo justo**

- a).- Noción**
- b).- Lo justo como derecho**
- c).- Lo justo como igual**
- d).- El título y la medida de lo justo**

#### **4.- Clases fundamentales de las relaciones de justicia**

- a).- Lo debido entre personas (justicia conmutativa)**
- b).- Lo debido por la colectividad al individuo (justicia distributiva)**
- c).- Lo debido por el individuo a la colectividad (justicia legal)**
- d).- Justicia social**
- e).- Justicia institucional**
- f).- La idea formalista de la justicia implica medidas materiales de valor**

## CAPITULO SEGUNDO

### II.- CONCEPTOS BASICOS DEL TERMINO JUSTICIA.

#### 1). Conceptos de justicia.

El concepto de justicia (como lo hemos sostenido), a través de los XXV siglos de historia es coincidente en esencia con la idea de igualdad o armonía. Pero también cabe advertir que justicia "se usa para designar el criterio ideal, o por lo menos el principal criterio ideal del derecho (derecho natural, derecho racional, derecho valioso); en suma, la idea básica sobre la cual debe inspirarse el derecho. Más por otra parte, -justicia- ha sido empleada también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes" <sup>6</sup>. "Iustitia es la realización de lo que intuimos como justo, y se manifiesta en la constante perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho)" <sup>7</sup>. Nos dice Bravo González que "la justicia es la voluntad firme y continuada de

---

<sup>6</sup> Recasens Siches, Luis. Idem., pág. 479.

<sup>7</sup> Floris Margadant S., Guillermo. El Derecho Privado Romano. Décima Quinta Edición, pág. 99. Editorial Esfinge. México. 1988.

dar a cada quien lo suyo, según definición de Ulpiano" <sup>8</sup>. Es decir, generalmente es aceptada la definición de justicia que da Ulpiano: justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo <sup>9</sup>. Para Preciado Hernández "la justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social" <sup>10</sup>. El precedente concepto se halla firmemente influido por el que nos proporciona Santo Tomás de Aquino. Por otra parte Stammier indica que justicia es la orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de la comunidad pura <sup>11</sup>. Para nosotros justicia es igualdad o proporcionalidad en el reconocimiento u otorgamiento del derecho que le asiste a cada uno. De manera que es preciso, atentos al estadio en que nos encontramos, determinar ese valor ideal tanto en la creación de las normas jurídicas, tomándolo como un criterio racional para ello (de ahí que surja la máxima de que todos los hombres son iguales ante la ley), como en mantenerlo en la

---

<sup>8</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. Décima Tercera Edición, pág. 23. Editorial Pax. México. 1988.

<sup>9</sup> Cfr. Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta Edición, pág. 1904. Editado por la UNAM y por Porrúa, S.A. México. 1991.

<sup>10</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Segunda Edición, pág. 209. Editado por la UNAM. México. 1984.

<sup>11</sup> Stammier, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Traducción de la segunda edición alemana por W. Rocés, pág. 248. Editorial Nacional. México. 1980.

aplicación del derecho, concretamente en la solución de los casos aislados, reduciéndose por tanto en este último término a equidad.

## **2).- Análisis de la justicia y de lo justo.**

### **2.1.- Punto de partida.**

Como punto de partida del análisis ulterior se hace necesario precisar un orden, o bien la existencia de un poder social, o más aún la divergencia de los intereses entre los hombres. Sin embargo este punto de partida no es otro que el hecho social claramente constatable: aunque con excepciones, es por todos sabido que las cosas están atribuidas a distintos sujetos, o dicho de otro modo, las cosas están repartidas. Ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana: hay cosas que están repartidas.

Las cosas, al estar atribuidas a un sujeto, al estar repartidas entran en el dominio del hombre o de una colectividad: son suyas. Aparece lo mío, lo tuyo, lo tuyo.

Este es el supuesto que hace posible la justicia en el sentido que aquí damos a esta palabra -dar a cada uno lo suyo-, pues donde no hay cosas atribuidas o repartidas, donde nadie puede decir esto es mío, no hay cosas "suyas" <sup>12</sup>.

**a).- Las cosas están repartidas.**

Como hemos dicho sólo cabe hablar de justicia donde hay desigualdad, y esta prevalece donde las cosas que son de unos las tienen o poseen los otros. "Para que haya un acto de justicia es imprescindible -insistimos- que la cosa de uno esté -o puede estar- en poder de otro, sólo así ese otro podrá dar -entregar o respetar- a uno lo que es suyo" <sup>13</sup>. La justicia tiene ocasión de ejercitarse sólo después de que algo ha sido atribuido a alguien, es decir, cuando alguien puede reclamar, o decir que ese algo es suyo, ya se trate de una cosa material o un valor jurídico, como es el que se castigue a aquél que le ha infringido un mal.

---

<sup>12</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural. Segunda edición mexicana, págs. 23-24. Editora de Revistas. México. 1988.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Pág. 30.

### **b.- Las cosas están o pueden estar en poder de otros.**

Si las cosas están repartidas, pues si todos las tuvieran obviamente no habría problema de ninguna especie; empero resulta que la mayor parte de las veces las cosas que nos pertenecen se hallan de forma ilegítima en poder de otro. Dar a cada uno lo suyo entonces, presupone que lo suyo está en poder de otro, o que puede ser atacado y dañado por él. De esta manera la justicia pasa a constituir una virtud en las relaciones sociales, puesto que exige la alteridad o intersubjetividad: siempre se reclama por lo menos por dos sujetos: aquél de quien es la cosa y aquél que por tenerla (o por poder dañarla) se la devuelve, se la da (o se la respeta).

### **2.2.- La fórmula de la justicia: de dar a cada uno lo suyo.**

Coincidimos con Hervada en que la fórmula de la justicia se sintetiza en "dar a cada uno lo suyo"<sup>14</sup>. Esto es, dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida en que se cumple es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una

---

<sup>14</sup> Ibidem. Pág. 31.

virtud. Esta virtud recibe desde la antigüedad el nombre de justicia <sup>15</sup>. Para Recasens Siches, "esta fijación de lo suyo de cada quién debe venir determinada por la participación de las situaciones jurídicas complejas en los valores que tengan dimensión orientadora para el derecho" <sup>16</sup>.

A continuación pasamos a desglosar lo que debemos entender por "dar", "a cada uno", "lo suyo".

**a).- Dar.**

Cuando se trata esta cuestión, dos cosas fundamentales se deben destacar o analizar: primer lugar, qué significa dar; y en segundo término de si ese dar es un acto o una norma.

Jurídicamente dar "puede equivaler a entregar, o puede significar respetar, o también devolver, como puede tener el sentido de transferir, o incluso de desalojar" <sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Ibidem. Pág. 21.

<sup>16</sup> Recasens Siches, Luis: Tratado General de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 494.

<sup>17</sup> Hervada, Javier. Idem. Pág. 32.

Ahora bien, ¿ese dar es un acto o una norma?. Según Hervada, "la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (sollen) sino una cualidad, un hecho (sein). ¿Disposición a qué?. Disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos el -dar a cada uno lo suyo- designa un acto, una acción (dar), no un precepto ni un deber (debe darse) <sup>18</sup>.

En otros términos el dar va a constituir el hacer, acto o hecho en la restitución o entrega de la cosa debida, sea de carácter material, sea de forma ideal, como el castigo, la abstención o el respeto.

**b).- A cada uno.**

La mera idea de armonía o proporcionalidad, o de dar a cada uno lo suyo no suministra el criterio para promover esa armonía o proporcionalidad, pues no dice lo que debe ser considerado como "lo suyo de cada cuál" <sup>19</sup>. "Se dice -a cada uno-, porque la justicia mira a todas y a cada una de las personas humanas (o personas morales) que tienen un título

---

<sup>18</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, pág. 33.

<sup>19</sup> Cfr. Recasens Siches, Luis. Idem. Pág. 482.

sobre algo, sea este de derecho positivo sea de derecho natural. La justicia da lo suyo a cada titular de un derecho, a cada hombre, a cada mujer, a cada niño, a cada entidad pública o privada. No es virtud de abstracciones o de grandes grupos, sino virtud de las relaciones sociales singulares y concretas. La justicia mira a los hombres a cada uno, no en multitud, y da lo suyo a cada uno <sup>20</sup>. Es decir "a cada uno lo suyo" significa establecer el principio de no discriminación; esto, debe aclararse no significa "dar a todos lo mismo, dado que se desnaturalizaría la fórmula de la justicia si se procediese de la manera indicada, debe respetarse el dar a cada uno lo suyo, lo propio únicamente. En otras palabras, decir que se da su derecho a cada uno significa no desconocer o discriminar a persona alguna, sea quien sea.

**c).- Lo suyo.**

**¿Qué debemos entender por lo suyo de cada quién?**

Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle o respetarle su derecho, es evidente que la justicia sólo podrá ejercitarse, como ya dijimos donde los sujetos tengan cosas propias. Sólo después de

---

<sup>20</sup> Hervada Javier: Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 36-37.

que algo ha sido atribuido a alguien, es cuando ese alguien puede decir, al menos en cierta manera o bajo cierto aspecto, que ese algo es suyo. "El término lo -suyo- es una traducción del -ius suum- de la definición romana de la justicia. -Lo suyo- equivale pues, a -su derecho- y la idea que expresa es la de dar a cada uno aquella cosa que le corresponde: la cosa que le es debida, que se le adeuda. Lo suyo es una cosa" <sup>21</sup>. Sin embargo para llegar al conocimiento de lo que es suyo, esto es de cada persona, debemos establecer a que tipos de cosas se refiere "lo suyo". "Pueden significar bienes o males (v. gr. una pena por causa de un delito), puede tratarse de cosas corporales o incorpóreas (v. gr. la buena fama o un cargo), puede ser una persona (v. gr. el hijo), una actividad humana (v. gr. trabajo, gestión, etc.), puede ser un animal o conjunto de animales, o puede ser una cosa en sentido estricto. Los términos engloban todo aquello sobre lo que el hombre puede decir mío, tuyo, suyo, siempre que pueda ser contenido de relaciones interhumanas -por otro nombre relaciones de alteridad o intersubjetividad- y por tanto de ella se puede predicar el derecho" <sup>22</sup>. En conclusión, se entiende por "suyo" todo aquello que constituye un derecho del sujeto, adquirido en virtud de relaciones interhumanas, todo aquello que le es debido, según el

---

<sup>21</sup> Ibidem. Pág. 39.

<sup>22</sup> Ibidem. Pág. 40.

modo, la extensión y el tipo de derecho de que se trate. De lo que cabe afirmar que se debe concretar "el arte del jurista en determinar, dentro de una relación social, o dentro de una trama de relaciones sociales, que cosas corresponden a cada sujeto, lo suyo, y que es a lo que llamamos lo justo. O sea, lo justo es lo mismo que lo suyo" <sup>23</sup>.

### 3.3.- Lo justo.

Enseña Hart que "justa, por otra parte, sería la palabra apropiada para expresar nuestra complacencia con una ley que distribuye la carga impositiva de acuerdo con la riqueza" <sup>24</sup>. Para Stammler el derecho es una modalidad del querer humano "una voluntad determinada será, por tanto, objetivamente justa cuando se oriente en el sentido de una armonía absoluta con todas las aspiraciones concebibles" <sup>25</sup>. Y agrega, que "un derecho -justo- es un derecho -de carácter especial-. Es un derecho positivo, por tanto de contenido concreto; y unge a través de un proceso históricamente determinado en el ciclo de la vida social. No es un derecho perfecto, que no

---

<sup>23</sup> Ibidem. Pág. 42.

<sup>24</sup> Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Segunda Edición, pág. 147. Editorial Nacional. México. 1980.

<sup>25</sup> Stammler, Rudolf. El Juez. Traducción directa del alemán con un prólogo sobre el pensamiento filosófico jurídico de Stammler, por Emilio F. Camus. Pág. 54. Editorial Nacional. México. 1974.

cabe tal evidentemente, en la limitada realidad de la vida humana; todo derecho es y tiene que ser imperfecto en cuanto a las normas concretas de que se compone" <sup>26</sup>. En concreto, Stammler establece que un derecho justo es en el que se trata de elegir aquella norma de derecho que se ajuste en el caso dado a la noción de la comunidad pura como idea de orientación" <sup>27</sup>.

**a).- Noción.**

Para nosotros lo justo es todo aquello que se adecúa a la justicia. Siguiendo a Hervada, afirmamos que "lo justo es el objeto de la justicia, esto es, aquella cosa que la virtud de la justicia impele dar a otro por constituir lo suyo. En otras palabras lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da" <sup>28</sup>.

**b).- Lo justo como derecho.**

La cosa que le está atribuida a alguien por algún título -lo justo o lo suyo de la fórmula de la justicia- recibe el nombre de ius o derecho, en

<sup>26</sup> Stammler, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Op cit, pág. 254.

<sup>27</sup> Ibidem. Pág. 256.

<sup>28</sup> Hervada, Javier: Introducción Crítica al Derecho Natural. Op cit, págs. 41-42.

virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico: esa cosa es debida en sentido estricto, o sea constituye una deuda. He ahí una primera cualidad de lo justo, ser ius, derecho, esto es, algo debido y, por tanto, exigible <sup>29</sup>. Para Stammier en un primer significado la palabra justicia "indica la observancia y la aplicación fiel de un derecho positivo". El derecho ha de salvaguardarse, ante todo contra injerencias arbitrarias" <sup>30</sup>. Y agrega que en un segundo sentido por justicia se entiende, el objeto final del derecho. Aquí, la palabra justicia expresa la idea de que todo querer jurídico sin excepción, se haya supeditado a un fundamento jurídico fundamental. A este hay que atenerse para juzgar el derecho que surge, como producto histórico. Es el que nos da la pauta para reconocer o rechazar la razón fundamental de un querer jurídico dado <sup>31</sup>. Según Hans Nef la justicia es la conformidad de un acto, una institución o norma a las prescripciones del derecho positivo. La sentencia "justa", la resolución administrativa "justa", el juez "justo", todo esto es llamado así "en el sentido de apegado a la ley, de fiel a ella" <sup>32</sup>. Para Bravo González justicia y derecho son conceptos correlativos,

---

<sup>29</sup> Ibidem. Pág. 43.

<sup>30</sup> Stammier, Rudolf. El Juez. Pág. 51 y Tratado, pág. 242.

<sup>31</sup> Idem, pág. 51 y pág. 242.

<sup>32</sup> García Maynez, Eduardo. En Ensayos Filosóficos Jurídicos, 1934-1979. Segunda Edición, pág. 273. Editado por la UNAM. México. 1984.

íntimamente relacionados entre sí. El derecho atiende a la realización de la justicia, el derecho es el objeto de la virtud conocida con el nombre de justicia, de aquí la necesidad de saber que cosa sea la justicia <sup>33</sup>. En opinión de Adame Goddard el derecho es la ciencia que tiene como objeto discernir lo justo de lo injusto. Le interesa por tanto, no la justicia como virtud moral o de la voluntad (este es asunto de la ética y de las ciencias de la educación), sino los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento <sup>34</sup>. Hart señala el error de identificar justicia y conformidad al derecho, a menos que derecho "establece", reciba algún significado especialmente amplio porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas. En realidad nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de personas de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso <sup>35</sup>. Según Hervada el principio fundamental de la justicia, es que ésta sigue al derecho ..... La

<sup>33</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano, Op cit, pág. 23.

<sup>34</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano, Op cit, pág. 1904.

<sup>35</sup> Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Op cit, pág. 200.

justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo. La constitución del derecho es, de suyo, un acto de poder, no un acto de virtud. Una vez constituido el derecho es cuando opera la justicia, dando a cada uno su derecho <sup>36</sup>. Para Villoro Toranzo, dinámicamente, la justicia es el fin intrínseco del derecho en cuanto que este no puede nacer como derecho sino se dirige a una solución justa; estáticamente, la justicia es causa formal del derecho en cuanto que es la justicia la que determina y confiere al contenido de las normas jurídicas su sello específico por el cual son derecho <sup>37</sup>. Respecto al derecho justo y no justo sobresale el pensamiento de Nef y de Stammler; el primero afirma que el contenido de las normas jurídicas no está exclusivamente determinado por principios de justicia. El "derecho justo" no coincide siempre con el "correcto". La corrección (o validez intrínseca) de aquéllas normas se establece de acuerdo con criterios que nada tienen que ver con el derecho justo. Ponderar la relativa importancia de todos ellos y, por ende, la jerarquía de los valores que el orden jurídico debe realizar, es problema que, rebasa el marco de la teoría de la justicia <sup>38</sup>. Mientras el segundo de los citados autores menciona que para subsanar la imposibilidad jurídica del juez para abarcar de ante

<sup>36</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 25 y 27.

<sup>37</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, pág. 223.

<sup>38</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, pág. 285.

mano todos los casos litigiosos debe proceder de la manera siguiente: debe encomendar a las partes interesadas, a sus consejeros y a los juzgadores para que, en futuros casos litigiosos, indaguen y descubran por sí mismos cual es, en cada caso, la solución fundamentalmente justa ... se habla de buena fe, criterio de equidad, de buenas costumbres, razones importantes, deberes morales, evitación de abusos, de lo prudencial, lo viable, etc.; todas ellas reflejan el pensamiento objetivo de juzgar con arreglo a la pauta de rectitud fundamental. Y continúa diciendo, que un derecho objetivamente justo es imperfecto. Es simplemente, una parte del derecho positivo, del derecho cuyas manifestaciones conceptualmente determinadas conoce el jurista, y precisamente la parte que corresponde a la idea de justicia. Empero, hay también un derecho no justo, que responde al concepto, pero no a la idea del derecho. A veces, el legislador, impotente para modificarlo y sustituirlo por otro, lo tolera. Lo más frecuente es que estos casos se presenten al envejecer y cambiar la materia de la vida social objeto de regulación. Y nadie renuncia, en último resultado, a criticar, a veces agriamente el orden social existente, aunque en el plano conceptual no le niegue el carácter de derecho <sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Stammler, Rudolf. El Juez. Op cit, págs. 53 y 70.

Concebir la justicia como derecho, para nosotros es adecuado, ya que reiteramos y en esto estamos de acuerdo con Hervada <sup>40</sup>, en que ya sea que se entienda como ley o como cosa justa, lo cierto es que no tiene su origen en la virtud de la justicia, ni esta es anterior o superior a el. La virtud de la justicia presupone el derecho; y en este sentido es siempre algo posterior al derecho. Todo acto de justicia presupone un derecho constituido con anterioridad por eso es un acto segundo. El planteamiento de lo justo como derecho o como valor del mismo debe plantearse a nuestro juicio desde la perspectiva del derecho natural y del derecho positivo. El derecho positivo será justo o injusto en relación a un derecho que exista antes que el, el derecho natural; puesto que la gran tragedia del positivismo jurídico radica en la negación del derecho natural, de lo cual deviene su vaciamiento en la cuestión de la ley injusta, pues la hipótesis de la ley injusta no puede, en rigor darse; puesto que la justicia es disposición a cumplir la ley y solo existe la ley positiva en la hipótesis positivista, no hay más justicia que la conformidad con la ley positiva. En estos términos -de acuerdo con el positivismo- el cumplimiento de la ley es justo. De lo que se concluye que la justicia es la constante que impera en el derecho, es el valor por excelencia de este, ya se trate de enjuiciar la ley positiva como justa o injusta en

---

<sup>40</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 27, 34 y 35.

relación a criterios de derecho natural, o igualmente justa o injusta por no aplicarse el precepto, en atención al positivismo, de acuerdo a la legalidad.

**c).- Lo justo como igual.**

Generalmente se ha entendido a la justicia como igualdad. De tal parecer es Preciado Hernández quien manifiesta que "la justicia es la igualdad en el trato, en el orden al ambiente universal y social del ser humano, y no simplemente la igualdad, como erróneamente lo han considerado quienes objetan, calificándolos como ingenuos y formales, estas definiciones" <sup>41</sup>. Recasens Siches afirma que la índole de la justicia consiste en un criterio formal que determina que al dar y al tomar, al prestar y al recibir, en el tráfico jurídico, se guardan fielmente las estructuras de rango que objetivamente se dan entre los valores que vienen en cuestión para el derecho. O dicho con otras palabras: la justicia exige que la realización de los valores sociales -que puedan ser contenido de normas jurídicas- guarde la armónica proporción que requieren las relaciones objetivas de rango entre estos y el resultado de sus interferencias. Una relación jurídica implica una situación participante en una multitud de valores, que tienen que ver con el

---

<sup>41</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 214.

derecho; y que la justicia exige que la norma jurídica regula esta situación, de tal manera que entre las concreciones de valores encarnados en cada uno de los términos de la relación se de la proporcionalidad que existe objetivamente entre esos valores. No basta, pues, con poseer el conocimiento de la idea de justicia, es preciso, además, aprender los valores por ella concitados en el terreno jurídico <sup>42</sup>. Hervada afirma que lo justo es exactamente lo debido, ni más ni menos; lo justo es lo igual; y agrega que lo que llamamos igualdad como característica de lo justo es una igualdad en sentido general, que puede ser de tres maneras, según el tipo de cosas que se adeuden; identidad, igualdad en sentido restringido y proporcionalidad <sup>43</sup>. De acuerdo a Hart el principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Por ello es, que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: "tratar los casos semejantes de la misma manera", aunque es necesario añadir "y tratar los casos diferentes de diferente manera" <sup>44</sup>. Por su parte Floris Margadant señala, que este requisito de la atribución a cada uno del

<sup>42</sup> Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, Op cit, págs. 491-492.

<sup>43</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, pág. 46.

<sup>44</sup> Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Op cit, pág. 198.

**ius suum presupone una igualdad en el tratamiento; más no significa que se deba dar igual tratamiento a lo que en realidad es desigual, sino que permite -y exige- un tratamiento "proporcionalmente igual", que solo entre sujetos de rango e inteligencias semejantes, se convierte en un trato "absolutamente igual"; así considerada, esta es solo un caso especial de la distributiva <sup>45</sup>. Al respecto García Maynez manifiesta la noción de trato igualitario, presupone la idea de tratamiento que quiere decir tanto como conducta de un sujeto dirigida a otro u otro. La forma de tratamiento en que la justicia consiste implica siempre cierta "supraordinación", cierta "relación de poder". El que debe dar a otro un justo tratamiento hállase, eo ipso, subordinado a él. Lo decisivo, desde el punto de vista jurídico, no es la comprobación de que ciertos hechos, situaciones o personas difieren o por el contrario, son iguales en tal o cual respecto; lo decisivo es el juicio de valor sobre las igualdades o diferencias a que los otros juicios dan expresión. La igualdad de tratamiento no es pues, fundamento, sino consecuencia del carácter general de la regla que los convierte en casos de su propia aplicación. La formación de clases o categorías de hechos, personas, derechos, etc., que resultan iguales en tal o cual respecto, no obedece empero al prurito de conobar la igualdad de los que pertenecen a cada grupo, sino al propósito de imponer la obligación de**

---

<sup>45</sup> Floris Margadani S., Guillermo. El Derecho Privado Romano, Op cit, pág. 99.

que se les trate del mismo modo <sup>46</sup>. Finalmente Villoro Toranzo señala que toda igualdad entre los hombres se reduce, en último término, a la igualdad de la dignidad de cada persona. Cuando lo mío, lo tuyo , y lo suyo tienen por fundamento derechos que son comunes a todos los hombres, habrá que aplicar el criterio igualitario; cuando se funden en derechos desigualmente repartidos entre los hombres, el criterio será proporcional a las desigualdades <sup>47</sup>.

Efectivamente, es tradicional establecer lo justo como lo igual. Es decir, como paridad en el tratamiento que se les debe dar a las partes, misma que nace en razón de su calidad de personas, de su dignidad. En razón de esto se debe hacer respetar siempre, en cualquier conflicto de intereses el principio de no discriminación de las personas, el cual no implica sin embargo hacer cierto distingo en relación a los méritos que tenga cada uno de ellos.

---

<sup>46</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, págs. 277 a 291.

<sup>47</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, pág. 214.

**d).- El título y la medida de lo justo.**

El título es aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina la fuente, el dominio del sujeto sobre la cosa; el título es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya. Los diversos títulos pueden ser de muy variada especie: el título puede ser una actividad (la ocupación, el trabajo, etc.), un pacto o convenio (un contrato), la ley, la naturaleza humana, etc.

En cambio la medida de lo justo, será aquello que precisamente, aquello que justamente, aquello en cuya virtud la cosa le pertenezca, ni más ni menos, la justa medida. En otros términos la proporcional compensación o retribución al daño causado, o la entrega debida de la cosa que se tiene en poder de otra.

**4.- Clases fundamentales de las relaciones de justicia.**

Los criterios para dividir la justicia siguen dos notas: una nota uniforme o constante resumida en el precepto "tratar los casos semejantes de la misma manera, y un criterio cambiante o variable usado para determinar

cuando, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes; el criterio variable de semejanza relevante entre cosas diferentes incorporado a ella, no sólo cambia con el tipo de objeto al que se aplica, sino que también puede estar abierto a impugnación aun respecto de un único tipo de objetos <sup>48</sup>. Según García Maynez no sólo en los casos de justicia extrajurídica, sino en los casos de justicia jurídica, la igualdad consiste unas veces en que todos reciban lo mismo; otras, en que reciban cosas diferentes, en función del mérito o la culpa <sup>49</sup>. Adame Goddard señala que la justicia como criterio racional de lo justo y lo injusto suele dividirse en tres grandes clases: justicia legal, justicia distributiva y justicia conmutativa <sup>50</sup>. Según Villoro Toranzo ya sea que se atienda a la igualdad o desigualdad de los derechos de cada uno, la justicia deberá proceder con un criterio igualitario o con uno proporcional. Atendiendo a la igualdad, el criterio de justicia se puede formular así: a derechos iguales corresponden un *sum equal*. Atendiendo a la desigualdad se formulará así: a derechos desiguales corresponde un *sum desigual*, que será proporcional a la desigualdad. La justicia de subordinación tiene como fin inmediato el bien de la comunidad y como límite la dignidad de los individuos; la de

---

<sup>48</sup> Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Op cit, pág. 199.

<sup>49</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, págs. 278.

<sup>50</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano, Op cit, pág. 1905.

coordinación tiene como fin inmediato el bien de los individuos y como límite el bien común. La justicia de subordinación se funda en el hecho natural que todo individuo necesita de la comunidad tanto para su existencia con necesidades humanas como para su pleno desarrollo; por lo mismo, debe subordinarse en alguna forma a la comunidad. El fundamento de la justicia de coordinación es la naturaleza racional y libre del hombre que exige una esfera de acción libre para cada individuo en la que el Estado sólo podrá intervenir como particular y coordinador <sup>51</sup>. Preciado Hernández enseña que la justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad -esta debe asignar y reconocer a cada uno su participación en el bien común-, y frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando esta se coloca en el mismo plano que los particulares <sup>52</sup>. Para Radbruch hay que distinguir la justicia como virtud, o sea la subjetiva, y la entendida como propiedad de una relación entre personas: la objetiva. Así mismo, hay que diferenciar la justicia a tono con las exigencias del derecho positivo, que es la juridicidad, y la justicia como ideal del derecho anterior y superior a la ley, sea la justicia en sentido estricto. De estas últimas se dice que la primera es la

---

<sup>51</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, págs. 214 y 217.

<sup>52</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 214.

justicia del Juez; la segunda, la justicia del legislador <sup>53</sup>. Finalmente Recasens Siches advierte, en que se puede estar de acuerdo en que se debe tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales, pero al mismo tiempo se puede discrepar sobre cuales deban ser los puntos de vista para apreciar las igualdades y las desigualdades; es decir, se puede discrepar sobre lo que deba ser considerado como suyo de cada cual, sobre los puntos de vista axiológicos desde los cuales se debe enfocar esa tarea de armonización, de igualización proporcional, que sirvan para determinar lo que debe ser considerado como suyo de cada cual <sup>54</sup>.

Las clases de justicia que se desprendan por el jurista dependerán de las relaciones que establezca entre los diferentes sujetos que intervengan. Así entendemos por relación de justicia o relación jurídica, la existente entre dos o más sujetos por razón de sus respectivos derechos o cosas que les pertenecen. La relación de la justicia tiene nota de alteridad o intersubjetividad. Con ello queremos indicar que las relaciones de justicia requieren de dos o más sujetos en distinta y complementaria posición; uno o unos como acreedores, otro u otros como deudores. La razón es que

---

<sup>53</sup> Radbruch, Gustavo. Introducción a la Filosofía del Derecho. Cuarta reimpresión de la primera edición española. Pág. 31. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México. 1985.

<sup>54</sup> Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Op cit, pág. 482.

consistiendo la justicia en dar a cada uno lo suyo, requiere necesariamente al menos de dos sujetos: el titular del derecho y el deudor. La relación de justicia comprenderá: a) los sujetos; b) el vínculo jurídico y c) el contenido o situaciones jurídicas (derechos subjetivos, deberes, facultades, poderes, etc.) que comporta la relación <sup>55</sup>.

**a).- Lo debido entre personas (justicia conmutativa).**

Para Adame Goddard la justicia conmutativa es la que rige las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad por ejemplo, las relaciones contractuales. Atiende al criterio del trato igual a los iguales <sup>56</sup>. De acuerdo a Bravo González la justicia conmutativa indica a la voluntad a dar estrictamente su derecho a cada persona privada conservando la igualdad de cosa a cosa -rei ad rem- esto es, de cosa recibida a cosa entregada <sup>57</sup>. Hervada manifiesta que en el ámbito de las relaciones de lo debido entre personas, propio de la justicia conmutativa, se pueden reducir a tres clases: **a)** el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento); **b)** la traslación de una cosa (por ejemplo el comodato o

<sup>55</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 50 a 52.

<sup>56</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano, Op cit, págs. 1905-1906.

<sup>57</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano, Op cit, pág. 25.

préstamo gratuito y el depósito) que genera el deber de devolución; c) el reparto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución y subsidiariamente, la compensación. En estos casos la medida de lo justo, la igualdad propia de la justicia, es la perfecta y absoluta igualdad, una igualdad real o entre las cosas (res); justicia conmutativa por ser las conmutaciones o intercambios sus actos principales <sup>58</sup>. Nef estima que conmutativa es aquella en que la igualdad de tratamiento encierra el sentido de que todos reciban o a todos se les de lo mismo <sup>59</sup>. Para Villoro Toranzo la justicia conmutativa conserva su significado tradicional: "es aquella especie de la justicia que inclina al hombre a dar a sus semejantes, iguales en derechos, lo que les pertenece hasta su completa cancelación. El criterio igualitario se aplica, atemperado por la equidad en el derecho civil, y con estricto rigor en el derecho mercantil <sup>60</sup>. Radbruch indica que la médula de la justicia es la idea de igualdad. La justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación; presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí y es la propia del derecho privado <sup>61</sup>. Por último Preciado Hernández considera que como

---

<sup>58</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural. Op cit, págs. 53-54.

<sup>59</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, págs. 279.

<sup>60</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Op cit, págs. 218.

<sup>61</sup> Radbruch, Gustavo. Introducción a la Filosofía del Derecho. Op cit, págs. 31-32.

su nombre lo indica, la justicia conmutativa rige las operaciones de cambio - conmutar significa cambiar-, y en general todas las relaciones en que se comparan objetos, prescindiendo, por decirlo así, de las personas, ya que debiendo considerar las colocadas en el mismo plano sobre un pie de igualdad, no hay razón para tomar en cuenta sus diferencias individuales. Las relaciones que rigen, son de coordinación que se dan entre las partes, y exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena <sup>62</sup>.

**b).- Lo debido por la colectividad al individuo (justicia distributiva).**

La persona, respecto de la colectividad, se presenta en una doble posición: a) como enteramente otra, distinta de la colectividad y fuera de ella; de ahí que quepan multiformes tipos de asociaciones y comunidades, a los cuales la persona pertenece sólo respecto de una esfera de su vida (profesión, deporte, recreo, política, etc.). Esto también es cierto por lo que atañe al Estado frente al cual la persona se presenta como titular de una esfera privada, de un ámbito de ser y de actuar que permanece fuera de su

---

<sup>62</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, págs. 216-217.

inserción en el Estado; o sea como sujeto del conjunto de derechos naturales respecto de esa esfera. b) En el seno de la colectividad, esto es, en relación, a lo que la persona comunica con los demás, esta sigue manteniendo una dimensión de alteridad. La colectividad es con relación no fusión. La persona participa de lo común, pero no se hace común; siempre sigue siendo enteramente otro respecto de los demás consocios. De ahí que en el seno mismo de la colectividad se mantengan las posiciones de alteridad, si bien con una modulación típica y específica. Supuesta la alteridad, la relación de justicia de la que aquí estamos tratando, se originará si algo de la sociedad es derecho del individuo; las relaciones de justicia aparecen allí donde lo colectivo se desglosa entre los miembros; es decir, en la distribución de lo común entre los individuos. La justicia en la distribución reside pues, en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva. Se trata de la distribución de los bienes y cargas comunes a los individuos que forman la colectividad. La igualdad de la justicia distributiva reside por tanto, en la proporción entre las cosas y las personas, no entre las cosas únicamente como en la justicia conmutativa <sup>63</sup>. Adame Goddard manifiesta que la justicia distributiva regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciudadanos respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien

---

<sup>63</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 56-58.

común. Mira, al igual que la justicia legal, a la relación entre sociedad e individuo, pero lo hace desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad, por ejemplo el derecho a una repartición justa de las cargas fiscales, o el derecho a los satisfactores mínimos, vivienda, alimentación, educación, vestido, etc. <sup>64</sup>. De acuerdo a Bravo González la justicia distributiva es aquella por la cual los bienes o trabajos se reparten entre los miembros de la sociedad según la proporción de los méritos o de las facultades de cada integrante; no atiende a la igualdad de cosa a cosa, sino a la igualdad de dos proporciones; en la justicia distributiva se da algo a una persona en cuanto se debe a la parte lo que es del todo; lo que será tanto mayor cuanto la misma persona tenga mayor preeminencia en el todo <sup>65</sup>. Nef dice que la justicia es distributiva, donde la igualdad consiste en la distribución de cosas desiguales, proporcionalmente a la desigualdad del sujeto <sup>66</sup>. Recasens Siches afirma que se ha denominado justicia distributiva a aquella versión de la justicia que debe cumplirse al repartir funciones, beneficios y cargas públicos, y, en general al organizar la estructura del estado <sup>67</sup>. Radbruch comenta que la justicia distributiva preconiza la

---

<sup>64</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano, Op cit, págs. 1905.

<sup>65</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano, Op cit, pág. 25.

<sup>66</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, pág. 279.

<sup>67</sup> Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 492.

igualdad proporcional entre el trato dado a diferentes personas; presume tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano anterior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella; además, es la que caracteriza al derecho público <sup>68</sup>. Villoro Toranzo comenta que la justicia distributiva es aquella especie de justicia que regula la distribución proporcional de bienes, cargas y penas por parte del Estado a los ciudadanos y los correlativos derechos y deberes de estos respecto del Estado <sup>69</sup>. Finalmente establece Preciado Hernández que regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuible, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. Tiene por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir, y por indirecto solamente las cargas; el criterio racional el de una igualdad proporcional; el sujeto titular del derecho, es siempre la persona individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado, es en este caso la autoridad política como representante de la comunidad <sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Radbruch, Gustavo. Introducción a la Filosofía del Derecho. Op cit, págs. 32.

<sup>69</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, págs. 220.

<sup>70</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 215.

**c).- Lo debido por el individuo a la colectividad (justicia legal).**

Para Villoro Toranzo la justicia legal o general ordenaría las partes respecto del todo, a los individuos respecto de la comunidad; es aquella especie de justicia que regula los derechos y deberes que se dan entre el Estado y los ciudadanos por tener estos últimos calidad de hombres y ciudadanía <sup>71</sup>. Preciado Hernández considera que la justicia general y la justicia distributiva rigen relaciones que podemos llamar de integración y de subordinación, relaciones que se dan entre personas que no están colocadas en el mismo plano; pues la persona jurídica colectiva que es la comunidad vale como un todo respecto de sus partes, en este caso los particulares. Las partes -las personas-, sus bienes y sus actos, están ordenados al bien común, contribuyen en la medida de sus capacidades a mantener la vida del todo, integran la unidad "relacional" que es la sociedad civil perfecta; y por esto mismo están subordinadas al todo, a las exigencias del bien común, en cuanto este es necesario para la subsistencia y perfeccionamiento de las personas individuales. Las partes, los particulares, contribuyen a la integración y sostenimiento del ser social encargado de realizar el bien

---

<sup>71</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, págs. 215-221.

común, y participan individualmente al ser distribuido este: en uno y en otro caso se trata de relaciones entre las partes y el todo <sup>72</sup>. Bravo González establece que el hombre debe dar lo que es suyo a la comunidad de la cual es miembro, y debe dar también lo que es suyo a cada persona particular o singular; y que también se denomina justicia legal porque conforma al hombre a la ley, ordenándole actos de virtud para el bien común <sup>73</sup>. Adame Goddard especifica que la justicia legal o general se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos, desde el punto de vista de lo que estos deben a ella. Bajo su ámbito se incluyen tanto las cuestiones sobre lo que los ciudadanos deben a la sociedad (impuestos, servicios obligatorios, etc.), como los deberes de los gobernantes con la sociedad (lealtad, promoción del bien común, etc.) <sup>74</sup>. Finalmente Hervada manifiesta que el bien común constituye el derecho de la colectividad ante sus componentes y, correlativamente, la deuda de estos ante ella. Lo debido por el individuo a la colectividad es su contribución al bien común. Será debido en justicia aquello que en la actividad en orden al bien común se presente como obligación estricta; y esto es lo que señala en las leyes. Luego el criterio de

---

<sup>72</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 217.

<sup>73</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano, Op cit, págs. 24-25.

<sup>74</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano, Op cit, pág. 1905.

justicia del individuo respecto de la colectividad es el cumplimiento de las leyes. Por eso es clásico hablar en estos casos de justicia legal <sup>75</sup>.

No obstante que las relaciones que se pueden establecer entre los individuos considerados como tales, y estos con la colectividad, son de coordinación y subordinación surgiendo respectivamente la justicia conmutativa o de intercambio, de la última relación la justicia distributiva que atiende al carácter proporcional en cuanto a sujetos y cosas, y finalmente de justicia legal o general cuya finalidad es la promoción y respeto del bien común; decimos que no obstante esto, algunos autores suelen hablar o dividir la justicia en: justicia social y justicia institucional; sin embargo es claro advertir lo inadmisibile de dicha proposición, toda vez que en última instancia las relaciones que se presentan en el caso concreto se refieren a lo debido por la colectividad al individuo o bien por este con relación a aquélla.

---

<sup>75</sup> Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Op cit, págs. 62-63.

**d).- Justicia social.**

Para Adame Goddard la justicia social miraría a la repartición de la riqueza entre los miembros de la sociedad. Esta clase de justicia en realidad se refiere a relaciones contempladas por la justicia legal o por la justicia distributiva <sup>76</sup>. Y para Villoro Toranzo la justicia social está destinada a proteger la dignidad humana de aquellos miembros de la sociedad que, por su debilidad económica y cultural, no pueden tratar de igual a igual a los miembros económicamente más poderosos; la justicia social sigue un criterio proporcional, puesto que está atendiendo a la mayor o menor debilidad económica de las partes, pero el criterio tiene grados: la proporcionalidad es mayor en el derecho social que en el derecho del trabajo y en el derecho agrario <sup>77</sup>. Finalmente Preciado Hernández acertadamente establece que no es preciso hablar de la justicia social como una cuarta y nueva especie de justicia, sino tomándola como término sinónimo de la justicia general o legal, o más bien como la noción genérica de la justicia, referida a lo social -y que comprende las tres especies clásicas-

---

<sup>76</sup> Adame Goddard, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano. Op cit, pág. 1906.

<sup>77</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Op cit, págs. 219.

distinguiéndola así de la justicia "metafórica" que nosotros preferimos llamar **justicia individual** <sup>78</sup>.

**e).- Justicia institucional.**

Afirma Villoro Toranzo que la justicia institucional tiene por fin regular los derechos y deberes de las distintas instituciones estatales entre si y con vista a que sirvan al bien común y al bien individual de todos miembros de la sociedad <sup>79</sup>.

**f).- La idea formalista de la justicia implica medidas materiales de valor.**

No basta para fines prácticos el que hayamos mantenido durante varios siglos un criterio formal de justicia: de dar a cada uno lo suyo, sino que se hace indispensable determinar ese dar a cada uno lo suyo desde aspectos de criterio material. Ya Emilio Brunner ha afirmado: que la idea de justicia implica la referencia a un orden que estructura la coexistencia de

---

<sup>78</sup> Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 22.

<sup>79</sup> Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Op cit, pág. 221.

cada uno de los demás. La idea de justicia implica la idea de ensamblamiento, de encaje, de montaje, de arreglo, de inserción, de una ley ideal, por encima de todas las disposiciones humanas <sup>80</sup>. Nef establece que en este sentido cabe hablar de la justicia o injusticia de quien los formula <sup>81</sup>. Recasens Siches establece que el problema capital que plantea la justicia no consiste en descubrir el perfil formal de su idea, sino en averiguar las medidas de estimación que ellas suponen o implican. Todas las diferencias que en materia de estimativa jurídica, todos los conflictos en torno al derecho que debe ser, todas las luchas políticas, se dan -a pesar de que se concuerden en la definición de la justicia-, porque la mera idea de la igualdad o proporcionalidad no nos suministra el criterio de medida, es decir, no nos enseña cual sea el punto de vista desde el cual se debe de atender a la igualación. Y según cuales sean esos criterios de medida o apreciación, así serán correspondientemente las concepciones del ideal jurídico o del programa de derecho justo. Esto es tan obvio y tan claro que había pasado inadvertido para casi todos los que filosofaron sobre el derecho. Los conceptos "igualdad", "proporcionalidad" y "armonía", no son empleados como expresión de algo que sea, como enunciativos de

---

<sup>80</sup> Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, Op cit, pág. 493.

<sup>81</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, pág. 276.

relaciones reales, sino como criterios normativos, como pauta para una tarea a realizar. Se trata, no de enunciar una situación de igualdad existente en realidad desde algún punto de vista, sino de promover esa igualdad en la tarea de la organización de las relaciones sociales, desde el punto de vista el normativo de unos valores. Se trata de algo que se estima como debiendo ser, de algo que se debe hacer. En este sentido, se ofrecen como una tarea de igualar proporcionalmente, de equiparar los términos de las relaciones sociales. Ahora bien, esos términos son desigualdades; y es precisamente por esto por lo que se exige que sean igualados, o que en algún respecto queden equiparados, vinculados proporcionalmente, armónicamente. Para medir la magnitud de valor de una cosa en relación con otra diferente, hace falta una unidad de medida, es decir, hace falta un criterio a cuya luz se pueda homogeneizar la estimación de dos cosas heterogéneas. Entonces la igualdad consistirá en que esas dos cosas o esos dos servicios, que se cambian, encarne a pesar de su diversidad, en una magnitud pareja de valor, es decir, que sean equivalentes. Así pues, este análisis evidencia que el centro de gravedad de la cuestión se desplaza desde la justicia -como idea de igualdad- al problema sobre el criterio de su estimación. Lo decisivo de la estimativa jurídica radica en averiguar cuales son los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para promover la equivalencia o la armonía

entre los términos de una relación jurídica. De tal manera, que la idea de la justicia nos abre la puerta a un paisaje filosófico mucho más hondo, más rico y más complicado, a saber: el campo de la valoración jurídica. No basta con saber que los términos de una relación deben igualarse o armonizarse; lo fundamental y más importante consiste en averiguar los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para establecer normativamente esa equivalencia o proporcionalidad. En suma, el problema crucial de la filosofía política y de la estimativa jurídica no consiste en definir el valor formal de la justicia, sino en averiguar la jerarquía de los valores según la cual se debe establecer la equivalencia y la proporcionalidad de las relaciones interhumanas y en las relaciones entre la persona individual y el Estado <sup>82</sup>.

Por su parte Hart menciona que aunque "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", es un elemento central de la idea de justicia, en sí es incompleto y mientras no se lo complementa, no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. Mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, "tratar los casos semejantes de la misma manera" será una fórmula vacía. Para llenarla tenemos que saber cuando, para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y que diferencias

---

<sup>82</sup> Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Op cit, págs. 448 a 493.

tienen para ser relevantes. Sin este suplemento no podemos criticar normas jurídicas u otras estructuras sociales como injustas <sup>83</sup>. Por su parte García Maynez comenta que como todas las cosas -al menos en el orden del ser real- son, a la vez, iguales y desiguales, siempre sería posible encontrar un fundamento; sea para tratarlas igualmente, sea para tratarlas en forma distinta. La aplicación de una u otra de las dos especies no está pues, condicionada por los casos mismos (que pueden justificar una o la otra), sino por el punto de vista que el sujeto adopte al juzgarlos. Que en los casos especiales no pueda decirse con validez universal, desde el punto de vista de la justicia, qué especie de lo justo hay que elegir, en modo alguno excluye que, por aplicación de otros criterios, pueda llegarse a la solución objetivamente correcta <sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. Op cit, págs. 198-199.

<sup>84</sup> García Maynez, Eduardo. Ensayos Filosóficos Jurídicos 1934-1979, Op cit, págs. 281-284.

## **CAPITULO TERCERO**

### **III.- CRITERIO RETRIBUTIVO DE LA JUSTICIA.**

- 1.- Bosquejo general de la pena en el Derecho Penal.**
- 2.- El derecho penal y la pena.**
- 3.- Teorías absolutas de la pena.**
- 4.- Teorías relativas de la pena.**

**a).- La prevención general (intimidatoria).**

**b).- La prevención especial.**

**b.b).- Comentarios**

**c).- Análisis crítico**

**5.- Teorías mixtas e intentos superadores**

**a).- Posiciones mixtas**

**b).- Posiciones superadoras**

**b.a).- La prevención general positiva, o bien,  
integradora**

**b.b).- La prevención especial democrática**

**b.c).- La prevención general democrática  
(positiva limitadora)**

**b.d).- El interaccionismo de Callies**

**b.e).- El planteamiento dialéctico de Roxin**

## **CAPITULO TERCERO**

### **III.- CRITERIO RETRIBUTIVO DE LA JUSTICA.**

#### **1.- Bosquejo general de la pena en el Derecho Penal.**

Es un hecho innegable que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos como las relaciones de los miembros del agregado social y las de éstos con los órganos colectivos. Luis Jiménez de Asúa, señala que si los hombres respetaran voluntariamente esas normas, el derecho penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido, y por ello junto al derecho constitutivo figura el sancionador. A menudo basta una sanción de índole privada: la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización de daños y perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de acudir a formas coactivas más energéticas, y la pena se impone <sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Luis Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, Buenos Aires, 1964, t. 2, Tercera edición, pág. 13.

La pena consiste, según Rodríguez Devesa, en la "privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito". Son principios rectores de ella los de legalidad, personalidad e igualdad de todos ante la ley penal <sup>86</sup>.

Hasta ahora, la inmensa mayoría de los autores están de acuerdo en afirmar y reconocer que la sociedad tiene el derecho de reprimir ciertos actos que dañan o pueden dañar su existencia. Para las sociedades de hoy, la pena aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente.

No basta, sin embargo, afirmar o negar la legitimidad del ius puniendi. Es preciso también determinar el fundamento de la afirmación o de la repulsa. Diversas doctrinas penales han dado interpretaciones diferentes del fundamento del derecho de penar.

Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objetivo

---

<sup>86</sup> J. M. Rodríguez Devesa, Derecho penal español, parte general, Madrid, 1973, pág. 732.

trascendente. Se castiga quia peccatur est, porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse. La sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito. Según estas teorías, el fin de la pena es la retribución (castigo: o sea, la sanción proporcional o justa), la expiación del delito cometido.

Las teorías relativas, en cambio, atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga ut ne peccetur, para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

Las teorías relativas pueden clasificarse en dos grupos: el más considerable es el que se asigna a la pena el fin de prevenir delitos futuros (teorías preventivas); el otro está formado por la doctrina que pretende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado (teoría reparadora). Las teorías preventivas se dividen a su vez según que pretendan la prevención general o la especial. Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad; la pena debe tratar de impedir que los individuos considerados en su conjunto, caigan en el delito, mediante la intimidación de las sanciones conminadas en las leyes.

Las teorías que pretenden el logro de la prevención especial emplean la pena con única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo. Las teorías relativas más modernas señalan varios fines a la pena: la intimidación, la corrección y la inocuización.

Finalmente, las teorías mixtas tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil, el concepto de retribución (castigo justo) con el fin utilitario.

Todas estas teorías corresponden más o menos a la evolución general de la concepción de la pena. Al período primitivo de la venganza privada, basado en la represión y la composición, suceden los períodos teológico-político (inspirado en la expiación y la intimidación), humanitario (cuyas bases son la expiación y la enmienda del culpable) y contemporáneo o científico (el cual sigue insistiendo en el poder intimidante de la pena, pero toma cada vez más en consideración la resocialización del infractor).

Dos hechos sorprenden cuando se estudia el problema de los fines de la pena. La bibliografía sobre este tema es inabarcable y los autores - juristas en su inmensa mayoría- se placen en la presentación de múltiples subdivisiones respecto a cada una de las grandes teorías anteriormente enumeradas. Jiménez de Asúa, por ejemplo, expone hasta seis subteorías de la retribución: divina, vindicativa, expiatoria, moral, estética y jurídica. En cambio, son escasísimas las publicaciones que abordan este problema desde un punto de vista científico. Incluso los trabajos de investigación de esta naturaleza realizados hasta ahora sólo se han ocupado de uno de los objetivos de la pena: la prevención de la reincidencia de los delincuentes que comparecen ante los tribunales y son condenados por éstos, es decir, la llamada prevención especial o individual.

Sin embargo, los investigadores han ignorado casi por completo el estudio de los efectos de las medidas penales sobre aquellas personas que no han sido sometidas a las mismas, es decir, los delincuentes en potencia y los no delincuentes (la llamada prevención general). Sólo algunos trabajos científicos han sido efectuados con vistas a determinar el efecto disuasivo de

la pena capital y demás penas corporales, dos formas de castigo raramente utilizadas en la realidad.

Pese a esta carencia, intentemos confrontar estas teorías clásicas sobre los fines de la pena con los resultados de la investigación criminológica. Analicemos, en primer lugar, los estudios realizados sobre uno de los principales objetivos asignados a la sanción (la intimidación); veamos a continuación los escasos trabajos que encaran en general los fines de la pena.

## **2.- El derecho penal y la pena.**

Al definir el derecho penal, hemos observado que una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre.

Al considerar la teoría de las normas, apareció que para Kelsen la regla jurídica se distingue justamente por la sanción, que en el caso de la regla jurídico-penal es la pena; el Estado sólo puede querer sus propias

acciones y esa acción sería el acto coactivo. De ahí entonces que, para Kelsen, ya en la norma aparecería la esencialidad de la pena para el derecho penal, la conducta humana sería sólo un presupuesto, la norma imperativa no tiene sentido. Para Binding, en cambio, la sanción o pena no juega rol alguno en el carácter de la norma, para que exista el imperativo no es necesaria la sanción. Pareciera que en general las posiciones de Binding y de los autores que han profundizado su orientación tendrían razón en cuanto a que la norma está referida al comportamiento de los individuos dentro de la relación social. La sanción no aparece como definitoria de la norma ni menos aún de las demás reglas jurídicas: carácter y naturaleza de éstas no están dados por la pena. Ello sin embargo no quiere decir que no haya que considerarla desde el punto de vista de su estructura, en cuanto a que la norma como estructura establece un sistema de comunicación simbólico, establece una relación con otro ("no debes matar... a otro") y genera una expectativa respecto a la intervención del Estado ("el que mate tendrá tal pena"). De ahí que si bien la norma no aparece definida por la pena, sí en cambio la pena es esencial para la comprensión del derecho penal, ya que implica la realización de una expectativa, de la actuación del Estado con un acto coactivo, la pena. De modo entonces que no hay que confundir los niveles de la norma penal, de las reglas jurídicas, y del derecho penal en su

conjunto; en caso contrario traspasaremos las características de un nivel a otro.

Es por eso que mirado el problema desde el derecho penal en su conjunto, resulta que en el derecho penal se fijan una serie de presupuestos para un acto coactivo del Estado, presupuestos constituidos por el hecho delictivo (que es el punto de partida para provocar el acto coactivo del Estado) y el sujeto delinciente (sobre el que recaerá el acto coactivo conforme a su hecho).

Ahora bien, esto quiere decir que hay una correspondencia teórica entre los diferentes aspectos del derecho penal, es decir, que un determinado modelo de análisis sea consecuente al analizar cada una de las diferentes características del derecho penal y establezca entre ellas relaciones determinadas. En ese sentido resultan importantes las teorías de la pena, pues ellas señalan criterios fundamentales que van a servir para configurar el modelo de análisis del derecho penal y que van a estar ligados lógicamente y teleológicamente con los demás aspectos del derecho penal, con los presupuestos de la pena, esto es, el delito y el sujeto delinciente. Aunque

ciertamente en la evolución del derecho penal el acento puede estar en los presupuestos o bien en la pena.

Así, por ejemplo, una concepción de la pena como simple mal o retribución dice relación con una teoría normativa, ya sea monista y con mayor razón dualista. La pena no juega rol alguno ni en relación al carácter ni a la estructura de las normas y el sistema jurídico; el hombre se motiva por la norma, lo que presupone un sujeto capaz de motivarse, es decir, dotado de libertad (principio del libre albedrío). La pena sólo juega entonces el rol de un mal o retribución; de este modo el modelo aparece totalmente consecuente. Es por eso que esta concepción, que al partir de la norma se preocupa sólo del comportamiento del sujeto, como una simple directiva, es decir, desde una óptica totalmente subjetiva, tiende a un planteamiento eticista del delito y del derecho penal, lo que se ahonda por el hecho de que necesariamente tiene que llegar a plantear el libre albedrío, como fundamento de esa capacidad de motivación, y también como fundamento de la pena. Se tiende a dividir los problemas entre bien y mal, entre buenos y malos, y a considerar la pena sólo como un castigo al mal y a los malos. Ciertamente el acento está aquí en el planteamiento normativo o, en otras palabras, dogmático.

Por el contrario, el acento se puede poner en la pena, al no considerarla ya sólo como un castigo, sino con una finalidad, esto es, ligarla a una estructura social determinada y por tanto a las funciones del Estado, es decir, desde el punto de vista político general. Se trata pues de considerar los fines que persigue el Estado con la pena y por ello se va entonces a una consideración político-criminal del derecho penal.

### **3.- Teorías absolutas de la pena.**

La pena aparece como la negación de la negación del derecho (constituida por el delito), con lo cual aparece un resultado positivo, queda incólume desde siempre lo racional, ya que el delito aparece como una simple negación y no como una realidad, al revés del derecho.

Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ése es su único fundamento, por ello señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra forma el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre éste.

En definitiva para las teorías absolutas, considerando especialmente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho.

El aspecto positivo de estas teorías es su preocupación por la justicia y por tanto por la pena justa, tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad, sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente garantistas, esto es, impiden una intervención abusiva del Estado, que implique sólo el ejercicio de su fuerza, de ahí que hayan estado traspasadas por un sentido ético (fundado, ya en el derecho natural o en el racionalismo liberal).

Sin embargo, a pesar de la gran persistencia de las posiciones retribucionistas a lo largo del tiempo, no han podido superar sus aspectos negativos y las críticas que se les han dirigido.

Su propio punto de partida ético, de buscar la justicia como tal, las ha llevado a plantearse el problema desde un plano absoluto, como si existiese un orden de verdades o valores absolutos e inmovibles; se olvida que no se trata de una investigación teológica o metafísica, sino sólo dentro de un determinado sistema social, que como hemos visto anteriormente es sumamente complejo y relativo. Esto ha llevado a la consideración del derecho y del derecho penal como un puro problema ético, en que sólo están en juego valores absolutos. Todo lo cual choca con la realidad social que regula el derecho y de la cual es expresión. Por otro lado, si se parte de estos criterios absolutos se tiene necesariamente que considerar al hombre dotado de libertad absoluta (libre albedrío), lo que tampoco es demostrable y no pasa de ser un simple axioma dogmático. Pero, además, dentro de un Estado democrático no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de derecho democrático, que la pena sólo consista en un mal, que sólo tenga por objeto retribuir. Tal unilateralidad, a pesar de todas las garantías que se establecen, está marcada por las ideas del talión o la venganza, que no resultan adecuadas para la concepción de un Estado de derecho.

De ahí que desde un principio y hasta ahora surgieron frente al retribucionismo los planteamientos prevencionistas, ya sea de prevención general como especial, que han intentado sobre la base de las críticas señaladas, formular concepciones superadoras.

#### **4.- Las teorías relativas de la pena.**

Ya Protágoras expresó en la antigua Grecia con mucha claridad el pensamiento relativista de la pena, en el sentido de que al hombre no se le castiga porque haya sido malo, ya que esto sólo lo hace con las bestias feroces; por eso mismo la pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto perseguir que otros hombres no delincan o la enmienda del sujeto al cual se aplica. Las teorías relativas o de la prevención no se preocupan entonces del fundamento de la pena, sino del para qué sirve la pena. Se puede decir que dos son las corrientes principales: la prevención general, que es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo un escarmiento en cabeza ajena; y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.

**a).- La prevención general (intimidatoria).**

Para que las penas cumplan con su finalidad útil han de tener una serie de cualidades deseables: divisibles, ciertas, iguales, conmensurables, análogas al delito, ejemplares, económicas (grado de severidad necesario para alcanzar su fin), remisibles o revocables, suprimir el poder de dañar, tendencia a la reforma moral, convertibilidad en provecho para el lesionado, simplicidad en su descripción, populares. Por eso era importante la espectacularidad de la pena de muerte, justamente para lograr una mayor efectividad de la pena en su capacidad preventiva general. De ahí que también se preocupara por la ejecución de la pena y aun del propio lugar en que ella se lleva a efecto, desarrollando el sistema de construcción penitenciario llamado Panóptico, que permitía ejecutar la pena con un más alto grado de eficacia.

Pero en la base del pensamiento preventivo-general no sólo está el argumento de racionalidad, sino también de utilidad. La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues ni puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Como el hecho producido es imposible eliminarlo,

lo que le interesa lograr a la sociedad es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro.

En definitiva, lo único que logran confirmar los defensores de la prevención general es la antigua comprobación que el efecto preventivo más bien radica en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena.

Hay que destacar en el planteamiento preventivo-general, que es un intento importante para justificar la intervención penal en un Estado de derecho, basándose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales y político-jurídicas, ético-utilitarias.

Desde el punto de vista de un Estado de derecho resultan cuestionables los medios utilizados, el miedo (la coacción psicológica) y la instrumentalización de la persona humana. Además, desde el punto de vista exclusivamente utilitario, la prevención general intimidatoria no aparece posible comprobarla.

Pero el problema central de la teoría de la prevención general reside en el hecho, que en relación al individuo que se le aplica la pena

resulta puro castigo, puro mal. Mientras los autores retribucionistas por lo menos se refieren encubiertamente a él mediante el concepto de culpabilidad, en que lo convierten en un hombre dotado de libertad absoluta, y por eso evaden considerar al hombre concreto, al hombre responsable, los autores de la prevención general lo hacen desaparecer, y les basta con la necesidad de la pena (su utilidad), que no entra en consideración con el hombre concreto al que se le aplica, sino en relación al efecto intimidante sobre los demás (a su utilidad social, al bien público). El individuo concreto queda totalmente cosificado, se deshumaniza el derecho penal.

**b).- La prevención especial.**

La idea de prevención especial es muy antigua, pero en la actualidad nos interesa su aparición como posición con clara influencia en la legislación y en ese sentido es posterior a la retribución y prevención general dentro de la evolución del Estado de derecho. Surge en la segunda mitad del siglo XIX con la escuela positiva italiana, se difunde con las diferentes escuelas eclécticas, en especial con la dirección político-criminal de v. Liszt, y en la actualidad es la nueva defensa social de Marc Ancel la que ha centrado en ella todas sus investigaciones.

Así, Ferri, con quien la escuela positiva italiana llega a su punto máximo de esplendor, señala que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionando a una culpa moral, sino proveer a la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, a fin de lograr la reutilización más rápida de los menos peligrosos, que serían los más; y al excluirse entonces toda idea de retribución moral, se borra toda diferencia entre medidas y penas, pues ambas tendrían la misma función y naturaleza, esto es, rehabilitar o segregar según el caso <sup>87</sup>.

Por su parte, Dorado Montero, proclamaba el abandono completo de la punición de los delincuentes y actuar en relación a éstos con medidas de protección tutelar. Su concepción iba más allá aún que la de la escuela positiva italiana <sup>88</sup>.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue v. Liszt, quien ya en su famoso Programa de Marburgo planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la finalidad

<sup>87</sup> Ferri, E., Principii di diritto criminali, Turin, 1928, trad. castellana por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, p. 373-375.

<sup>88</sup> Dorado Montero, P., Bases para un nuevo derecho penal, Madrid, nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por M. Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1973.

de la pena sería intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización <sup>89</sup>.

Marc Ancel critica tanto la concepción preventivo-general como la retributiva por su carácter abstracto, puramente teórico y metafísico y se plantea decididamente por la prevención especial, como superadora de aquéllas (sin excluirlas sin embargo en el caso concreto), ya sea como intimidación individual o como forma de reacción represiva frente a ciertos delincuentes. De lo que se trata es de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente; la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que puede ser y exigiendo una actitud activa por parte de éste y, además, sin dejar de considerar que hay casos en que no es posible (o bien no todavía) resocializar <sup>90</sup>.

Este tipo de concepciones tutelares se han extendido en los últimos tiempos. Es así como Plack aboga en Alemania por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. Además, trata de diferenciarse de un criterio

---

<sup>89</sup> Liszt, F. von, tratado de derecho penal, traducción castellana de la vigésima edición alemana por Jiménez de Asúa, con adiciones de Q. Saldaña, tres tomos, segunda edición, Madrid, 1927, pp. 163ss.

<sup>90</sup> Ancel, Marc, la défense sociale nouvelle, tercera edición, Cujas, Paris, 1981, pp. 256 ss, 308ss.

defensista puro señalando que tales medidas también han de alcanzar a la sociedad de los buenos y justos, para que acojan sin prejuicio a los que han fracasado <sup>91</sup>. Por su parte Klose, partiendo de la Ley Fundamental Alemana, intenta llegar a la conclusión que conforme a ella sólo es posible en el futuro un derecho de medidas <sup>92</sup>.

En definitiva, desde v. Liszt en adelante la prevención especial logra gran trascendencia, ya que sólo como planteamiento unilateral o bien como combinación con criterios retributivos o preventivo-generales, su interconexión con estos últimos se observa en forma muy destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania. Ahora bien, en España sus repercusiones se notan en la propia Constitución, que en su artículo 25.2 señala que la pena privativa de libertad ha de estar orientada hacia la reeducación y reinserción social.

---

<sup>91</sup> Plack, Arno (1974): Die Gesellschaft und das böse, 11a. edic., München, pág. 118.

<sup>92</sup> Klose, P. (1974): Ius puniendi und Grundgesetz, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 86, págs. 66-67.

**b.b).- Comentarios.**

Es importante comentar que para la prevención especial la retribución resulta inadecuada, pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un anormal, es un peligroso social (ya decía Ferri que desde el punto de vista natural [o social] sólo pueden ser delincuentes los que son anormales <sup>93</sup>. El criminal aparece determinado al delito, luego intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él (Defensa Social o bien Nueva Defensa Social), para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad. Se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad.

Por otra parte, también la prevención general resulta ineficaz, ya que parte de la posibilidad de intimidar (de la capacidad de intimidación de los individuos) y ello es imposible en el caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de la racionalidad suficiente para sopesar costos y

---

<sup>93</sup> Ferri, Enrique (1933): Principios generales de derecho criminal (traduc. Rodríguez Muñoz), Madrid, pág. 194.

beneficios del delito. También desde un punto de vista utilitario la prevención general aparece frente a la prevención especial como completamente inadecuada. Más aún, desde el punto de vista del sistema social que se pretende, tanto la retribución como la prevención general aparecerían igualmente ineficaces. Si se trata de intervenir en los procesos sociales, es necesario diferenciarlos y ello lleva a la conclusión de que los delincuentes no son iguales que los hombres normales. Más aún, que cada delincuente tiene su origen en procesos especiales, luego se trata de actuar sobre cada uno de ellos o por lo menos respecto de grupos que presenten las mismas características, con lo cual se llega entonces a la tipología criminal, que estuvo en boga durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del XX. Por eso mismo, los autores que defienden la prevención especial prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general. La medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente al normal y al que hay que tratar en sus peculiares características peligrosas. Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar, siempre que sea posible, si no, de inocular.

**c).- Análisis crítico.**

Común a la prevención general y especial es la objeción ya analizada, esto es, que implica una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares del Estado de derecho. Por eso es que Roxin se pregunta críticamente qué es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, de donde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas, porque ciertos ciudadanos no pueden vivir como les plazca. Pareciera por cierto muy pobre como fundamentación el hecho que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría <sup>94</sup>.

Pero el punto más crítico de una pena resocializadora reside en el cuestionamiento de para qué y a qué sociedad. Es decir, las propias disfuncionalidades del Estado de derecho actual ya de por sí provocan fricciones de socialización cultural o subcultural, si bien diferentes a las planteadas por la mayoría. Por otra parte, otras veces la socialización es perfecta, sólo que exacerbada respecto de un sistema de mercado y de

---

<sup>94</sup> Roxin, Claus (1972): Sinn und Grenzen slawtlicher Strafe, en Strafrechtlichen Grundlagenprobleme, Walter de Gruyter, Berlin-New York, pág. 8.

consumo, lo que llevaría como dice Bajo Fernández a excluir de castigo al delincuente económico <sup>95</sup>. En definitiva, la resocialización sólo significaría reconocer como fin de un Estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado, con ello la falta de control y rediscusión de éste, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instancias, lo que puede en definitiva significar el totalitarismo de uno, algunos, o de la mayoría sobre la minoría.

Pero además existen razones metodológicas, empíricas y dificultades prácticas, para plantear, por lo menos en forma amplia, un criterio de prevención especial. Existe una serie de delincuentes que no requerirían tratamiento, luego hay otros que no serían susceptibles de tratar, pues no se conoce un tratamiento para ellos, los llamados incorregibles. En cuanto a estos últimos, las estadísticas que hay al respecto son discutibles si se ha logrado realmente su corrección, por lo menos si ella es posible en los términos actuales de la sociedad.

Este tipo de planteamientos y otros semejantes es lo que ha hecho surgir lo que con razón Barbero Santos llama la crisis del pensamiento

---

<sup>95</sup> Bajo Fernández, Miguel (1978): Derecho Penal Económico Aplicado a la actividad empresarial, Civitas, Madrid, págs. 80-81.

resocializador <sup>96</sup>. Más aún, ello se enlaza con cuestiones prácticas, es decir, que el tratamiento requiere disponer de grandes recursos, lo que es muy difícil, aun en países de gran desarrollo. Poseer los establecimientos adecuados es siempre un privilegio. Luego, en el fondo el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun respecto a ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia, que es lo que se persigue. Lo que sí resulta una contradicción es que dentro de la prisión tradicional se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador <sup>97</sup>. De ahí que el mandato constitucional de que la pena privativa de libertad resocialice y reeduce queda sólo como un postulado, ya que requeriría todo un sistema renovado y radicalmente diferente, que en la actualidad no existe; por otra parte tal mandato resulta contradictorio, ya que la privación de la libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar o bien educar para la libertad. Dentro de los aspectos positivos de esta posición está al haber puesto su acento sobre el individuo, considerado como tal en sus particularidades, y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general. En ese sentido esta dirección tiene un carácter

---

<sup>96</sup> Barbaro Santos, Marino (1980): Marginación social y derecho represivo, Bosch, Barcelona, págs. 11ss., 175ss.

<sup>97</sup> Bergalli, Roberto (1976): ¿Readaptación social por medio de la Ejecución Penal?, Madrid.

humanista, pues pretende un encuentro con el hombre real. Por otra parte, despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, ya que lo importante es simplemente adecuar la pena a esas particularidades del sujeto, para volverlo nuevamente útil a la sociedad, o por lo menos para que no la perjudique.

Pero sus aspectos negativos son serios y pueden resumirse en el hecho, que si bien es humanista, en cuanto se dirige al hombre real, no lo es necesariamente en cuanto lo que respecta a su dignidad, pues justamente puede significar la mayor violación posible a su personalidad, en cuanto a transformarle su mismidad, su conciencia. En ese sentido, es el máximo instrumento de acción psíquica sobre el individuo, a diferencia de la retribución que era más que todo física y la prevención general, que implicaba sólo una disciplina psíquica general, pero no individualizada. En ese sentido puede representar (y así ha sido) el máximo de deshumanización y de absolutismo arbitrario, al querer imponer sólo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o de la disidencia. Por otra parte tiende a acentuar la llamada ideología de la divergencia, esto es, a plantear las cosas en blanco y negro, conforme a un solo orden verdadero, y en ese sentido distinguir entre normales y anormales, entre

sanos y enfermos <sup>98</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías que implica el derecho penal, también se encuentran en dificultades graves. Su planteamiento sobre el delincuente tiende a que toda la problemática del derecho penal sea absorbida por este punto de vista, esto es, desaparece la teoría del delito y es reemplazada por una tipología amplia y vaga de delincuentes, con lo cual entonces se borran todas las garantías que han surgido en un Estado de Derecho y que confirma la Constitución, es decir, que en ese sentido resulta inaceptable, pero además inconstitucional. Pero tampoco esto quiere decir que quede a salvo la teoría del delincuente, pues no se plantea al delincuente como un sujeto responsable, es decir, como un sujeto igual que todos los demás, y en relación al cual está erigido todo el sistema social y político, tal como señala la Constitución, sino como un sujeto diferente, anormal, al cual entonces en virtud de ello se le pretende negar todos sus derechos fundamentales y su posición dentro del sistema político-social. Es decir, no se destaca al individuo para señalar su trascendencia e importancia, sino para convertirlo en un simple objeto, susceptible por tanto en cuanto objeto de cualquier manipulación, instrumentalización o intervención estatal. De ahí que un planteamiento radicalmente consecuente preventivo-especial tiene que postular la

---

<sup>98</sup> Basaglia, F. y R. (1974): L'ideologia de la diversità, en La maggioranza deviante, Torino, págs. 19ss.

desaparición de un derecho penal, con todas las teorías que lleva consigo (teoría del delito, del sujeto responsable, de la pena), pero no para mejor, sino eliminando todas las garantías y reconocimientos que implica el derecho y los límites que se ponen a la facultad penal del Estado.

### **5.- Teorías mixtas e intentos superadores.**

#### **a).- Posiciones mixtas.**

El planteamiento más simple y que viene ya de v. Liszt es el de la doble vía en el derecho penal (Beristain habla de defensa en la retribución, de la utilidad en la justicia, que tiene un sentido más integrador y superador), esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delinquentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales, aplicar medidas; es la posición que ha encontrado una mayor acogida en los códigos penales<sup>99</sup>. Pero con razón se le ha criticado que es contradictoria en sí misma (¿cómo conciliar retribución con tratamiento?).

---

<sup>99</sup> Beristain, Antonio (1962): Análisis crítico de la nueva defensa social, en Revista de Estudios Penitenciarios, no. 157, pág. 301.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general, ya sostenida por Merkel en el siglo pasado, para el cual si bien la pena era un mal y una respuesta a la acción realizada, tendría un fin de fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa <sup>100</sup>. En el mismo sentido últimamente Jakobs <sup>101</sup>; y ya también en Italia en el siglo pasado Carrara <sup>102</sup>, pero sobre todo Rossi <sup>103</sup>. En verdad este planteamiento es o bien pura retribución (a lo que atiende) y el planteamiento preventivo-general es simplemente presumido como consustancial a la retribución o si realmente quiere ser preventivo, tiene que abandonar el criterio retributivo y buscar la intimidación de la generalidad.

Otra fórmula mixta es aquella que plantea el carácter esencialmente preventivo del derecho penal e intenta unir prevención general con especial, dando casi siempre una mayor preponderancia al criterio preventivo-general <sup>104</sup>; Mir Puig <sup>105</sup>; Muñagorri <sup>106</sup>; y ya antes Antón

---

<sup>100</sup> Merkel, A.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889; trad. castellana de Dorado Montero, Madrid, sin fecha, pág. 250.

<sup>101</sup> Jakobs, Günter (1976): Schuld Und Prävention, Tübingen, págs. 7, 8 y 241.

<sup>102</sup> Carrara, Programma del Corso de Diritto Criminale, Parte General, 2 ts.; Parte Sustantiva, 5 ts., 11a. ed., Florencia, 1924-1926, págs. 614ss.

<sup>103</sup> Rossi, P.: Traité de Droit Pénal, 4a. ed., t. I-II, 1872, págs. 172, 193 y 194.

<sup>104</sup> Luzón Pena, Diego-Manuel (1979): Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, pág. 61.

Oneca <sup>107</sup>. Esta posición se plasmó muy claramente en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, para el cual las medidas tienen como fin la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica, siempre que esto último sea necesario y posible. Pero ya se ha visto lo contradictorios que son ambos tipos de finalidades y también sus sustentaciones teóricas.

En general respecto de todas las fórmulas mixtas se les puede hacer la objeción de Roxin, que todos los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican <sup>108</sup>; Jakobs también lo sostiene <sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Mir Puig, Santiago (1982): Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, 2a. edic., Bosch, Barcelona, pág. 105.

<sup>106</sup> Muñagorri, Ignacio (1977): Sanción Penal y Política Criminal, Reus, Madrid, pág. 128.

<sup>107</sup> Antón Oneca, José: Derecho Penal, Madrid, 1949, págs. 99ss.

<sup>108</sup> Roxin, Claus. Sinn und Grenzen straflicher Strafe. Op cit, pág. 11.

<sup>109</sup> Jakobs, Günter. Schuld Und Prävention, Op cit, pág. 21.

**b).- Posiciones superadoras.**

**b.a).- La prevención general positiva, o bien,  
integradora.**

Hassemer abandona una prevención general intimidatoria (como lo planteó Feuerbach), tachada por ello mismo de -negativa- y -especial-, y se inclina por una prevención general -positiva- y -amplia- (general), que sólo persiga la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se parte, con razón, de que el derecho penal no es sino un control social más, sólo que formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado <sup>110</sup>; el derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, esto es, pretende conectar con los demás controles sociales (Haffke, en dirección semejante, habla de un control social jurídico-penal racional y esclarecido) <sup>111</sup>.

Jakobs adopta una posición semejante, pero desde una perspectiva funcionalista sistemática: prevención general mediante el ejercicio del

<sup>110</sup> Feurbach, P. J. A. R. V.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 13a. ed., 1840, editado por Carl, J. A. Millermaier, págs. 52ss.

<sup>111</sup> Haffke, Bernhard (1976): Tiefen Psychologie und General Prävention, Sauerländer, Frankfurt a. M., pág. 166.

reconocimiento de la norma (que supone: ejercicio en la confianza en la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de las consecuencias <sup>112</sup>, lo que implica un derecho penal orientado hacia las consecuencias, pero internas.

Estas posiciones de la prevención general positiva, o bien, integradora se acercan hasta casi confundirse con aquella mixta que une retribución con prevención general, ya que simplemente esta prevención general positiva o integradora tiene que presumirse o estimarse consustancial a la pena (y también su efecto preventivo especial de prevenir delitos futuros respecto del sujeto concreto a que se aplica) Jakobs señala <sup>113</sup>: el fin de la pena no está ya fuera de ella, sino dentro de ella (por eso es un derecho penal ligado a las consecuencias externas, como plantea Hassemer, no es una consecuencia de esta posición, sino un intento de establecer un correctivo -empírico- a la presunción de fin de la pena, del mismo modo que también es un correctivo la referencia de Hassemer a los derechos fundamentales del desviado; con lo cual ciertamente hay una gran

---

<sup>112</sup> Jakobs, Günter. Schuld Und Prävention, Op cit, pág. 9.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pág. 16.

diferencia entre la posición de Hassemer -de tendencia democrática- y la de Jakobs -de tendencia autoritaria-).

En suma, la pena vuelve a ser radicalmente simbólica (símbolo absoluto del poder y de allí su fuerza, pero también su falta de legitimidad desde la perspectiva de un Estado de derecho).

#### **b.b).- Prevención especial democrática.**

Bacigalupo parte de la prevención especial, formulando un nuevo contenido para el derecho penal y el delito <sup>114</sup>; para él con la pena se puede obtener la reintegración social del autor, lo que a su vez entonces justamente la legitima como medio de política social. Para su aplicación habrá que distinguir entre los autores según su forma de reaccionar frente a ella, con lo cual desaparece la distinción entre penas y medidas y entre imputables e inimputables. Pero se trataría de un sistema preventivo democráticamente orientado, por tanto tomando en cuenta los límites que ello impone en su desarrollo. Pareciera que el hecho de añadir el carácter democrático a la prevención especial no elimina (aunque pueda morigerarlos) sus problemas

---

<sup>114</sup> Bacigalupo, Enrique (1978): Significación y perspectiva de la oposición <<derecho penal-político criminal>>, en Revista de la Asociación Internacional de Derecho Penal, no. 1, págs. 22ss.

teóricos, de determinismo, de ideología de la diferenciación, ni tampoco entonces sus problemas para construir las teorías propias al derecho penal (del delito, del sujeto responsable y de la pena), tal como lo vimos anteriormente. Crítico Jakobs, pues la prevención especial lesiona siempre el principio de la responsabilidad por el hecho <sup>115</sup>. Por eso el propio Bacigalupo señala que la idea de resocialización expresa antes que todo la exigencia de derogación del derecho penal de retribución, pero sin que haya claramente un contenido alternativo <sup>116</sup>.

#### **b.c).- Prevención general democrática (positiva limitadora).**

Para Mir, el modelo de Estado social y democrático de derecho en España exige que la pena cumpla una misión (política) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos, y ello sólo se puede cumplir mediante una pena cuya función sea la prevención <sup>117</sup>; en el mismo sentido

---

<sup>115</sup> Jakobs, Günter. Schuld Und Prävention, Op cit, págs. 17ss.

<sup>116</sup> Bacigalupo, Enrique. Significación y perspectiva de la oposición <<derecho penal-político criminal>>, Op cit, págs. 27 y 28.

<sup>117</sup> Mir Puig, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, Op cit, pág. 25.

Octavio de Toledo <sup>118</sup>. Ahora bien, como reconoce que un derecho penal concebido para ser eficaz corre el peligro de caer en el terror penal, plantea que la función de prevención ha de quedar estrictamente limitada por los principios que rigen justamente a un Estado social y democrático de derecho (protección de bienes jurídicos y proporcionalidad; principio de legalidad; servir a la mayoría, pero respetando a la minoría). Ahora bien, dentro de la prevención le asigna un papel preponderante a la prevención general, la prevención especial sólo puede perseguirse en el marco de lo que permita la necesidad de prevención general <sup>119</sup>. Ahora bien, esta función de prevención supone atribuir un significado directivo (en este sentido imperativo), de regulación social, a la norma jurídico penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad a abstenerse de la comisión de delitos; en otras palabras, la prevención presupone que la pena tiene eficacia motivadora y consecuentemente también que el hombre es capaz de motivación <sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Octavio de Toledo y Ubieta, E.: Sobre el concepto del derecho penal, 2a. edic., Madrid, 1981, págs. 256ss.

<sup>119</sup> Mir Puig, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, Op cit, pág. 29.

<sup>120</sup> *Ibidem*, págs. 28ss.

Mir, en el último tiempo, abandona una tendencia hacia la prevención general intimidatoria y se define desde la prevención general positiva, pero en un sentido de prevención general positiva limitadora de la intervención penal y no fundamentadora de ésta: en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. Ahora bien, así concebida puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención sino incluso como la mejor opción para un derecho penal democrático <sup>121</sup>. La pena entonces aparece necesaria para la prevención de delitos (en cuanto el fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de bienes jurídicos fundamentales <sup>122</sup>, y una afirmación de derecho penal y, por tanto, de los valores que éste afirma y con los cuales motiva, pero no se trata de imponer una actitud interna de adhesión de los ciudadanos <sup>123</sup>, sino de restringir el derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros <sup>124</sup>. Con todo ello Mir pretende

---

<sup>121</sup> Mir Puig, Santiago (1986): Función Fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en Poder y Control, no. 0, pág. 55.

<sup>122</sup> Ibidem, pág. 57.

<sup>123</sup> Idem, pág. 57.

<sup>124</sup> Idem, pág. 57.

oponerse terminantemente a la posición de Jakobs. Pero evidentemente se mantiene el planteamiento preventivo general y con ello el carácter motivante de la pena, para reafirmación del derecho penal y, por tanto, de los valores que expresa. Con lo cual, a pesar de todos los límites que se planteen, nuevamente se cae en la configuración de la conciencia jurídica a través de la pena (lo que aparece en contradicción con lo que sostiene Mir: no es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea) <sup>125</sup>.

Cualquier otra interpretación de esta posición lleva a vaciar de contenido a la prevención general en cuanto tal y dejar entonces la pena sólo como afirmación del derecho penal, o mejor, autoafirmación del Estado. Pero entonces ya estamos en una posición totalmente diferente (que implica también consecuencias distintas). El contenido propio de la prevención general no permite escapar de las consecuencias de la prevención general intimidatoria, o bien, tampoco de las consecuencias de la prevención general positiva. En definitiva pareciera que el planteamiento de Mir, a pesar de sus críticas, sólo se ha deslizado de la prevención general intimidatoria a la prevención general positiva.

---

<sup>125</sup> Idem, pág. 57.

**b.d).- El interaccionismo de Callies <sup>126</sup>.**

Parte no de la pena misma, sino del sistema penal como tal. La pena en cuanto es parte de un sistema dialogal, entre el yo, el alter y un tercero, tiene como función entrar a regular esta interacción. Al regular esta interacción lo que en el fondo protege es la posibilidad de participación social, la confianza en el sistema, a pesar de la infracción, y al mismo tiempo crea posibilidades de participación, que sería el sentido de la resocialización.

Con esto se superaría un puro sistema de penas, concebido retributivamente como pura garantía, y un sistema de medidas concebido en forma preventivo-especial, como puro tratamiento. Uno totalmente abstracto y el otro completamente utilitario. Ambos en el fondo metapenales, ya sea en sentido metafísico o metasocial.

Este planteamiento, por su propio carácter interaccionista, resulta demasiado formal, más como una aspiración de explicación, vaga e

---

<sup>126</sup> Callies, Rolf-Peter (1974): Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer, Frankfurt a. M., págs. 176ss.

imprecisa, sin un sistema claro de garantías y efectos concretos claramente delimitados.

**b.e).- El planteamiento dialéctico de Roxin <sup>127</sup>.**

El derecho penal actuaría con la pena en diferentes momentos: conminación penal en que aparece en primer plano la prevención general, entendida en forma amplia, semejante a la posición de Hassener; imposición y medición de la pena, que sería el momento de la realización de la justicia, en el fondo el planteamiento retributivo-preventivo general a semejanza de Merkel o Jakobs, y, por último, ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. Es entonces un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial. Ahora bien, y esto no escapa a Roxin, en el momento de la síntesis, uno debe ser el predominante; para él, al igual como señala respecto del Proyecto Alternativo 66 <sup>128</sup>, tal momento es el de la

---

<sup>127</sup> Roxin, Claus. Sinn und Grenzen straflicher Strafe, Op cit, págs. 12ss.

<sup>128</sup> Ibidem, pág. 38.

prevención especial: se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos, en paz y libertad <sup>129</sup>. De todos modos, evidentemente, este criterio podría caer en la arbitrariedad que él mismo ha criticado, eso sería impedido por el condicionamiento que le imponen los otros momentos y sobre todo porque la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad) <sup>130</sup>.

En definitiva, el planteamiento de Roxin es un planteamiento preventivo, ya que el momento retributivo queda totalmente vaciado de su contenido clásico y es más bien una manifestación de la justicia, en el sentido sólo del límite impuesto por la culpabilidad a la prevención; ahora bien, dentro de la prevención el acento se pone en la especial, en la resocialización. Sin embargo, reaparecen entonces las críticas, en toda su extensión, tanto respecto de la prevención general como especial. Ciertamente se podría responder que lo nuevo es el límite señalado por la

---

<sup>129</sup> Roxin, Claus (1981): Introducción a los problemas básicos del Derecho Penal, en iniciación al derecho penal de hoy (traduc. Muñoz Conde y Luzón Peña), Sevilla, pág. 47.

<sup>130</sup> Ibidem, pág. 49.

culpabilidad. Pero en ello hay una contradicción, como señala Muñoz Conde: primero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz de servir por sí solo de fundamento a la imposición de una pena; luego, sin embargo, atribuye a este concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal <sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Muñoz Conde, Francisco (1980): Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, en Cuadernos de Política Criminal, no. 12, págs. 48-49.

## **CAPITULO CUARTO**

### **IV. MARCO LEGISLATIVO DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL.**

**1.- Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados  
Unidos Mexicanos.**

**2.- Artículos 51 y 52 del Código Penal.**

**Conclusiones y sugerencias.**

**Bibliografía**

**Legislación**

## **CAPITULO CUARTO**

### **IV. MARCO LEGISLATIVO DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL.**

#### **1.- La justicia de acuerdo a lo establecido en el artículo 17o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

**"Artículo 17.-** Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

**Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".**

**2.- La justicia según los artículos 51 y 52 del Código Penal.**

**"Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. ...".**

**"Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:**

**I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;**

**II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;**

**III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;**

**IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;**

**V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;**

**VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y,**

**VII Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean**

**relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.**

**Como podemos observar, para que exista justicia en el Derecho Penal el juzgador deberá interpretar correctamente el actual contenido del artículo 52 del Código Penal, de acuerdo a las siguientes consideraciones:**

**A).- El sustento para imponer una pena debe tenerse en la culpabilidad (reprochabilidad) del autor de una conducta antijurídica. Al efecto debe valorarse la imputabilidad del sujeto, tomando en cuenta el grado de capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión (por ejemplo, si el sujeto se encontraba intoxicado, narcotizado, ebrio, etc.; o si provocó su incapacidad de culpabilidad dolosamente o se colocó culposamente, en esta situación, caso en el cual estaremos ante una actio liberae in causa, que deja subsistente plenamente su culpabilidad; o bien, si su imputabilidad se encuentra disminuida -que implica atenuación del juicio de reproche- se atenderá al grado de afectuación en términos del artículo 69 bis del Código Penal). Asimismo se considerará, en caso de error de prohibición vencible, la mayor o menor posibilidad de salir de él, esto es, la diligencia o cuidados**

demandables y por último, la exigibilidad de haber ajustado su conducta a las demandas de la norma.

**B).- El fin preventivo.-** Se deben estimar entre cuestiones, el tratar de favorecer la reinserción social, es decir, no perjudicar su situación social más de lo estrictamente necesario, empero sin descuidar la protección de la sociedad.

**C).- La prevención general,** que implica neutralizar el efecto del delito como ejemplo negativo para la comunidad, fortaleciendo el sentimiento de justicia del mundo circundante que rodea al sentenciado.

**D).- El desvalor del acto,** o sea, si es un delito doloso o culposos.

**E).- El desvalor del resultado:** la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y la importancia social de éste, como fundamental o prioritario para el mantenimiento de la paz social.

**F).- Las particularidades personales** que rodearon al hecho, como son, la edad, la educación, la ilustración, la conducta precedente del sujeto, los

vínculos de parentesco, amistad o enemistad o nacido de otras relaciones sociales, sus antecedentes penales o en falta de ellos; las condiciones sociales y económicas del sujeto; los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, su comportamiento posterior al hecho.

**G).- La calidad del ofendido.**

**H).- El aumento de la clase de delitos que cometió y su necesaria represión para su disminución.**

**I).- Los razonamientos o motivación para la fijación de la pena.**

**J).- El grado de intervención del sujeto: autor o partícipe (artículo 64 bis del Código Penal).**

**K).- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado. Por ejemplo, si se ejecutó de día, de noche, en lugar cerrado, vía pública, pasaje solitario, domicilio u oficina del ofendido o del sujeto activo; modo de ejecutarla en atención al medio y ocasión, aprovechando la**

situación de la víctima, la alarma social o catástrofe, por inundación, incendio, terremoto, etc.

En atención a lo antes señalado es criticable que al inicio del transcrito artículo 52 del Código Penal se aluda a que "el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente ...", y decimos que es criticable porque jurídicamente es insostenible atender a similares parámetros para imponer una pena y una medida de seguridad, esto es, la ratio de ambas consecuencias por la comisión de un injusto penal es absoluta y rotundamente diversa. La pena mira a la culpabilidad (reprochabilidad y grado del reproche) y la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del autor del injusto, que debe tener por base precisamente éste, y no simplemente un comportamiento típico, que puede ser lícito.

## **CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

## **CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS.**

**PRIMERA.-** La palabra justicia ha sido empleada para designar ideales diferentes, ya se indicó que desde los tiempos remotos expresaba virtud total o perfecta (resaltándose el aspecto subjetivo), más con el devenir de los años su connotación se ha venido reduciendo a una idea o valor que debe inspirar al derecho. En efecto, la justicia es un valor jurídico, afirmación correcta incluso adoptando principios de derecho natural como de derecho positivo. Y decimos que la justicia es un valor jurídico objetivamente hablando, dado que el hecho de resolver mediante el sistema de normas y principios jurídicos un determinado conflicto de intereses, se vincula siempre para su solución a otorgar un trato igual, es decir, resultando la igualdad de derechos y deberes entre las partes, principio de no discriminación o de igualdad constitucionalmente consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Magna, o bien proporcionando un trato de acuerdo a méritos personales y a derechos y deberes en juego, o sea, aquí hablamos de la proporcionalidad ya se trate de una relación donde la colectividad le debe al individuo o viceversa. El derecho es justo, pues tiene por fin a la justicia de no ser así no merece el nombre de derecho; la justicia nos permite reconocer al derecho, nos lo hace valioso. Y al hablar del derecho positivo la pauta axiológica se bifurca en meta del legislador, quién plasmará o tratará de hacerlo una regla de conducta como

valor absoluto, o bien como mandamiento para el juez, quien deberá ajustarse a los principios de un derecho justo: a) principio de respeto; que involucra que la voluntad del individuo no quede a merced de la de otro arbitrariamente dispuesta; y, b) que toda exigencia jurídica sea de tal modo que el obligado se siga viendo por la contraparte como al prójimo. Principio de solidaridad, en donde un individuo jurídicamente vinculado nunca deba ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro; o bien que todo poder de disposición otorgado por el derecho sólo podrá excluir a los demás de tal modo, que en el excluido se siga viendo al prójimo. El principio de igualdad ante la ley, del trato igualitario, de lo que es igual tiene un sentido legítimo que debe atenerse al pensamiento mismo del derecho; que todos los miembros de la comunidad jurídica deban ser tratados siempre con arreglo al derecho, y al decir derecho estamos hablando de justicia.

**SEGUNDA.-** La transformación del orden político-jurídico que se ha dado en nuestro país, no es suficiente para que se lleve a cabo una verdadera justicia en materia penal, por lo que debemos dar ejemplo de cómo un pueblo que es victimado por organizaciones criminales, es capaz de reaccionar esforzando su inteligencia y guiado por un sentimiento de cohesión moral, para construir los basamentos que le permitan rescatar la libertad, la seguridad y la paz de todo el conglomerado nacional, con estricta sujeción al Derecho y particularmente a la

dignidad de las personas, así como a las normas de convivencia con las demás naciones.

**TERCERA.-** En cuanto a órganos y mecanismos de control de la constitucionalidad de leyes o actos de la autoridad y de protección a los derechos humanos, cabe considerar que nuestro juicio de amparo, el funcionamiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de la Comisiones estatales hasta la fecha creadas y las diversas unidades que se han establecido con el mismo fin en dependencias de los Gobiernos federales, estatales y municipales, que ya los hay en buen número, dan actualmente un panorama favorable en el respeto y garantía de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica y de los derechos fundamentales del ser humano.

**CUARTA.-** La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y los demás Tribunales locales, de cualquier especialidad, debieran ser descargados del farragoso y complicado trabajo de la selección de jueces y magistrados, de sus promociones, de su vigilancia para efectos disciplinarios y de otras labores conexas, entre ellas la organización y sostenimiento de centros de especialización y actualización, para lo cual puede ser viable que en cada una de esas entidades se forme una Consejo de la

Judicatura que se responsabilice de esas actividades con autonomía administrativa.

**QUINTA.-** Institucionalizar la carrera civil para todos los servidores públicos en las diversas áreas, es aspiración que ya ha sido señalada en diversos foros, como inquietud que merece atención prioritaria, tanto para alcanzar la indispensable selección, constante capacitación y garantía de probidad que se requieren como soporte indispensable de una eficiente burocracia, como para fincar las bases de su adecuada protección cuando ocurren, como sucede con frecuencia, cambios de funcionarios superiores proclives a menospreciar derechos de estabilidad o de niveles burocráticos, lo cual, además de afectar a los servidores públicos, se traduce en constantes regresos en la labor de capacitación y entrenamiento de quienes se incorporan por primera vez al servicio en materias que no conocen.

**SEXTA.-** No consideramos necesario crear en México órgano especialmente dedicado a la persecución del delito en la etapa de averiguación previa, separado de las Procuradurías Generales de Justicia o de la República, porque tenemos una tradición sólida a partir de la Constitución de 1917, en el sentido de que esa función compete al Ministerio Público encabezado por un Procurador y hasta hoy las deficiencias que se han advertido no provienen de

**inconveniencia de tal sistema, sino de falla de los servidores públicos del área y de escasez de recursos materiales, pedagógicos, científicos, tecnológicos y remuneratorios, así como de adecuadas disposiciones normativas y de mecanismos de colaboración y coordinación con instituciones homólogas, tanto en lo nacional como en lo internacional; tales fallas y carencias se han venido corrigiendo y no es excesivo abrigar confianza en que pronto tengamos estructuras idóneas en todos esos aspectos.**

**SEPTIMA.-** Atrae establecer premiación para quienes den aviso esencial, oportuno y verificado, respecto de acciones delictivas concretas y próximas a realizarse, así como de acopio de armas u otros accesorios propios para usarse en la comisión de delitos, también de trabajos materiales y movimientos financieros encaminados a su realización, y para auxiliar en la localización de víctimas, objetos, productos o instrumentos de acciones criminales o de los responsables de ellas. Así se estimulará la cooperación de los particulares en la lucha contra la impunidad.

**OCTAVA.-** El ofrecimiento de participación en el valor de los bienes que se confisquen, para alentar informes sobre enriquecimientos que provengan de delito, -que tiene antecedente entre nosotros en el procedimiento administrativo de contrabando- deberíamos establecerlo en nuestra legislación como otra

forma de alentar la cooperación de la ciudadanía en el saneamiento de nuestra sociedad, cualquiera que sea el delito, con la necesaria regulación.

**NOVENA.-** En aspectos de Derecho penal sustantivo, parece atractivo que detallemos tipos en lo que toca al lavado de dinero, enriquecimiento ilícito de personas en general, así como, a secuestro, terrorismo y otros delitos de gran violencia, para sancionar como consumadas conductas que ahora caen en el concepto de la tentativa y para abarcar otras que no tenemos consideradas.

**DECIMA.-** También atrae que establezcamos la reducción de penas por confesión espontánea del inculpado o del sentenciado, o por aportes de información esencial, oportuna y verificada, sobre autores, partícipes o cómplices, localización de víctimas, objetos, productos e instrumentos del delito por el que se instruya la averiguación o por el que se haya dictado la sentencia condenatoria al informante.

**DECIMA PRIMERA.-** En aspectos procesales se percibe la conveniencia de adoptar o en su caso aplicar lo siguiente:

a) Aplicar la figura del sobreseimiento de la investigación previa o del proceso en cualquiera de sus instancias, por ofrecimiento.

**b) La fórmula del acuerdo inculpado-juez, para que, con la aceptación de este último, si se encuentra que no es contrario a normas de orden público, se abrevien las causas y se satisfaga a los ofendidos y a la sociedad prontamente.**

**c) El sobreseimiento de la averiguación previa o del proceso por reparación integral del daño en todos los delitos culposos.**

**d) La guarda o reserva durante la averiguación previa, de la identidad de quienes presten declaración como víctimas, denunciantes o testigos de algún delito, en caso de temor a represalias. Dicha reserva se levantará hasta que durante el proceso, el juez llegue a ordenar diligencias de careos, tomándose entonces las medidas de seguridad que resulten convenientes.**

**DECIMA SEGUNDA.-** Es aconsejable propiciar la creación de más instrumentos de orden internacional, para el auxilio recíproco en la facilitación de pruebas de que se disponga o que se puedan desahogar, y que sean requeridas por algún país, en relación con la investigación de delitos, de sus autores y otros partícipes y de objetos, productos o instrumentos del ilícito, o que se relacionen con el aseguramiento de estos bienes.

**DECIMA TERCERA.-** Se debe buscar con denuedo en el ámbito internacional, el apropiado control de la adquisición o suministro de materiales o substancias que sirvan de insumos para producir drogas, o para su conservación, transportación y comercialización, así como para la vigilancia y aseguramiento de bienes o dinero que presuntamente se destinen a actividades criminales o provengan de éstas.

**DECIMA CUARTA.-** La mayoría de las investigaciones realizadas hasta la fecha sobre los fines de la pena se han ocupado casi exclusivamente de uno de ellos: la prevención de la reincidencia de los individuos ya condenados.

**DECIMA QUINTA.-** Que no existe ninguna prueba del valor intimidante de la pena. Hasta ahora, y pese a los progresos realizados, nuestros conocimientos sobre este particular son limitados y rudimentarios.

**DECIMA SEXTA.-** Que el concepto mismo de intimidación es ambiguo.

**DECIMA SEPTIMA.-** Que, pese a ello, se continúa creyendo en los poderes mágicos de la intimidación (en particular, los legisladores y los jueces).

**DECIMA OCTAVA.-** Que la intimidación no puede exceder de ciertos límites.

**DECIMA NOVENA.-** Que existen diferencias considerables en la manera de ver y apreciar la amenaza penal.

**VIGESIMA.-** Que dichas diferencias dependen: del tipo de sociedad, de los individuos que la componen, de los delitos, de la forma de transmitir la amenaza, de la aplicabilidad y credibilidad de la misma, de sus consecuencias.

**VIGESIMA PRIMERA.-** Que no se puede afirmar que la experiencia del castigo intimide al delincuente reincidente.

**VIGESIMA SEGUNDA.-** Que la investigación criminológica se enfrenta a graves problemas de orden metodológico al estudiar este tema.

**VIGESIMA TERCERA.-** Que la mayoría de las penas persiguen varios fines, que dependen en gran parte del papel asignado a cada una de las personas encargadas de aplicarlas.

**VIGESIMA CUARTA.-** Que las teorías retributivas y expiatorias se basan en ficciones y mitos, así como en una concepción del hombre totalmente desacreditada por la ciencia moderna.

**VIGESIMA QUINTA.-** Que la pena sigue aún desempeñando una función moral y social importante.

Así pues, quedan todavía por contestar numerosas preguntas respecto a este tema crucial que interesa tanto al derecho penal como a la criminología.

**BIBLIOGRAFIA**  
**Y**  
**LEGISLACION CONSULTADA**

**BIBLIOGRAFIA:**

- 1.- RECASENS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.
- 2.- STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Traducción de la segunda edición alemana por W. Roces. Editorial Nacional. México. 1980.
- 3.- STAMMLER, Rudolf. El Juez. Traducción directa del alemán con un prólogo sobre el Pensamiento Filosófico Jurídico de Stammler, por Emilio F. Camus. Editorial Nacional. México. 1974.
- 4.- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Segunda Edición. Editado por la UNAM. México. 1984.
- 5.- VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987.

- 6.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ensayos Filosófico-Jurídicos 1934-1979. Segunda Edición. Editorial UNAM. México. 1984.
- 7.- RADBRUCH, Gustavo. Introducción a la Filosofía del Derecho. Cuarta reimpresión de la primera edición española. Traducción de W. Roces. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México. 1985.
- 8.- FLORIS MARGADANT S., Guillermo. El Derecho Privado Romano. Décima Quinta Edición. Editorial Esfinge. México. 1988.
- 9.- BRAVO GONZALEZ, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. Décima Tercera Edición. Editorial Pax. México. 1988.
- 10.- HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. Segunda Edición. Editorial Nacional. México. 1980.
- 11.- ADAME GODDARD, Jorge. Justicia, en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta Edición. Editado por la UNAM y por Porrúa, S.A. México. 1991.

12.- LEFUR, Louis; T. Delos, José; Radbruch, Gustav, y Carlyle, A. J. Los Fines del Derecho: "Bien común, justicia y seguridad". Primera edición. Traducción de Daniel Kuri Breña. (Colección Manuales Universitarios). Editado por la UNAM. México. 1981.

13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Justicia Penal (estudios). Prólogo de Piña y Palacios, Javier. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991. Págs. 55, 57, 108, 154, 265 y 266. Biblioteca de la Facultad de Derecho. KB369. G36.1982.

14.- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal. "Parte general". Tercera Edición. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1989. Págs. 18 a 37.

15.- KAUFMANN, Arthur, Winfried Hassemer. El pensamiento jurídico contemporáneo. Edición española a cargo de Gregorio Robles. Quinta Edición. Editorial Debate. Madrid, España. 1992.

16.- RICO, José M. Las sanciones penales y la criminológica contemporánea. Tercera Edición. Editorial siglo XXI editores. México. 1984. Págs. 9 a 12; 128 a 131, 153.

17.- Reyes Tayabas, Jorge.- "Apreciaciones sobre la transformación que se ha implantado en Colombia en materia de procuración e impartición de justicia. Revista Mexicana de Justicia. México.- Número 3. Julio-Septiembre.1993. Páginas 7-28. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal.