

1 00709  
1



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA  
FACULTAD DE DERECHO**

**"APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA  
Y EL DERECHO PENAL POSITIVO MEXICANO"**

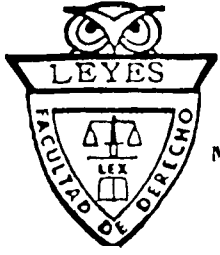
**T E S I N A**

**QUE PARA OBTENER LA ESPECIALIDAD EN:  
DERECHO PENAL**

**P R E S E N T A:**

**EL LICENCIADO JOSÉ  
GERARDO CHÁVEZ SÁNCHEZ.**

**ASESOR: DOCTOR JOEL SEGURA MATA.**



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**México, Distrito Federal**

**Julio 2003.**



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.

# PAGINACIÓN DISCONTINUA

2

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
Coordinación



Se a la Dirección General de Bibliotecas  
UNAM a publicar en formato electrónico e impreso el  
contenido de mi trabajo recepcional

ACADEMIA DE  
ZAMORA  
MEXICO

NOMBRE: Chavez Sánchez  
José Gerardo

FECHA: 12-VIII-2003 Cd. Universitaria, D. F. a 22 de mayo de 2003

FIRMA:

BIÓLOGO FRANCISCO JAVIER INCERA UGALDE  
JEFE DE LA UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DEL POSGRADO  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
P R E S E N T E.

Nos referimos al examen de Especialidad en Derecho Penal, que con la tesina titulada "APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y EL DERECHO PENAL POSITIVO MEXICANO", sustentará el LIC. JOSÉ GERARDO CHÁVEZ SÁNCHEZ.

Al efecto, la Coordinación a mi cargo ha designado el jurado correspondiente, que integrarán como Sinodales Propietarios los señores profesores:

Presidente: DR. LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO  
Primer Vocal: DR. JOEL SEGURA MATA  
Secretario: DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIRÓZ

Y como Sinodales Suplentes, los señores profesores:

DR. JORGE MALVÁEZ CONTRERAS  
DR. ALFONSO PÉREZ DAZA

Atentamente  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"  
Coordinador del Programa de Especializaciones

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

3

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

A Doña Blanca Sánchez Vda. de Chávez,  
de quien aprendí los valores del trabajo constante,  
la responsabilidad y la educación.

"¡Gerardo, ya es hora!"

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1 Derecho Penal .....	1
1.2 Teorías de la Pena .....	8
1.3 Teorías Absolutas .....	16
1.4 Teorías Relativas .....	19
1.5 Teorías Mixtas .....	25
1.6 Nuevas Teorías de la Pena .....	32
1.7 Garantías Individuales del Sentenciado .....	38
1.8 Política Criminal .....	45

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### MARCO JURÍDICO E HISTÓRICO

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos .....	52
2.2 Código Penal Federal .....	61
2.3 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal .....	65
2.4 Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados .....	69
2.5 Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal .....	71
2.6 Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal .....	75

### CAPÍTULO TERCERO

#### APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y EL DERECHO PENAL POSITIVO MEXICANO

3.1 La aplicación de las teorías de la pena en la actualidad .....	77
3.2 Nuevas corrientes de la teoría de la pena y su posible aplicación en México ..88	88
3.3 Cómo elaborar una nueva Política Criminal en México que se traduzca en el mejoramiento del combate a la criminalidad .....	100
3.4 Propuesta de reformas constitucionales y legales, en las que se apliquen teorías de la pena diferentes a las que se aplican en la actualidad .....	110
CONCLUSIONES.....	117
PROPUESTAS .....	121
FUENTES DE INVESTIGACIÓN .....	123

## INTRODUCCIÓN

Consideramos adecuado realizar una aproximación al tema de estudio con el objeto de obtener los conocimientos básicos o fundamentales a fin de explicarlos con precisión, de tal manera que estos sirvan de punto de partida en el análisis del Derecho Penal positivo mexicano, que nos sirva para delimitar los alcances de la o las teorías que se implementan, como política criminal, en nuestro país. Valorar su eficacia, y elaborar una propuesta de reformas que pueda redundar en mejorar la efectividad del combate al fenómeno de la delincuencia que agobia el sentimiento de seguridad de las personas.

La criminalidad es un problema de todos los días, cada vez la percepción social es más en el sentido de que el problema se agrava en lugar de ser solucionado, así, con el concurso de los medios de comunicación masiva, la sociedad reclama a la autoridad mayor firmeza en el combate al crimen, llegando incluso a plantear soluciones de corte autoritario, como la implementación de la pena de cadena perpetua e incluso de muerte.

Sin embargo, el problema no es privativo de la Ciudad de México, ni siquiera del país, sino que abarca a todos los países, incluso aquellas sociedades que eran ejemplo de desarrollo y avanzada cultura se ven presas de una criminalidad cada vez más organizada, compleja y diversificada.

Así que en consonancia con los argumentos de los tratadistas que estudiamos en el presente trabajo, consideramos que para comprender al Derecho Penal, se tienen que comprender en primer lugar las teorías de la pena, ya que éstas sustentan y legitiman la actuación del Estado en el marco de la represión violenta que realiza sobre los gobernados que presuntamente han cometido una conducta tipificada como delito.

En este orden de ideas, en primer lugar estudiaremos los conceptos fundamentales de las diversas teorías que justifican la imposición de penas a los gobernados; enseguida la política criminal que implementa el Estado mexicano en

su labor de atacar el problema a fin de lograr una disminución en la criminalidad, ya no digamos controlarla, ello con la finalidad de verificar qué teoría se aplica en nuestro país; para continuar con propuestas de reformas que permitan fundamentar la imposición de penas en ideas realistas que nos permitan, como sociedad, defendernos mejor del fenómeno criminal.

En la actualidad, México se ha distinguido por la implementación de un vasto sistema de protección de las garantías del gobernado en oposición a los abusos del poder, incluso se advierte a nivel constitucional una protección amplia a los derechos de los probables responsables de la comisión de delitos, desde la etapa de averiguación previa hasta la imposición de las penas por los jueces y su consecuente aplicación por las autoridades competentes de la administración pública; el sustento teórico y filosófico de la penúltima parte del procedimiento penal es el que interesa en esta investigación, precisamente lo que se refiere a la justificación del Estado para imponer las penas a las personas físicas que se comprueba han cometido un acto o hecho sancionado por la legislación penal.

Sin embargo, el sustento constitucional y legal del sistema aplicado en nuestro país no parece que haya servido con eficacia para la protección de la sociedad respecto de la comisión de delitos, al contrario, existe la percepción que las leyes protegen más a los delincuentes que a las víctimas, ello, precisamente por las garantías constitucionales y la justificación de la imposición de las penas que normativamente tienen como finalidad la prevención y readaptación social del delincuente, constituyéndose esto en un obstáculo para la actuación de las autoridades.

Ante lo evidente, nos parece adecuado acercarnos al debate doctrinal que se tiene en otros países, principalmente en España y Alemania, sin dejar de consultar autores italianos y norteamericanos, que están proponiendo nuevas teorías que justifican que el Estado haga uso de su poder punitivo en contra del delincuente y con ello salvaguarde la integridad física y moral del resto de la sociedad que sí respeta la normatividad vigente.



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

III

Tal como refiere Enrique Bacigalupo en su obra "Principios de Derecho Penal", la primera cuestión que debe abordar el estudio del derecho penal vigente, el que surge básicamente del Código Penal, es la concerniente a la función de las normas que lo integran. A fin de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena a la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, es función del Derecho Penal y de las teorías de la pena, ambos en una estrecha relación, definir que toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal. De una manera simplificada en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito como vía para proteger ciertos intereses sociales (bienes jurídicos) reconocidos por el derecho positivo.

Ante la evidencia de la complejidad del problema a tratar, no nos queda otra cosa que acometerla con entusiasmo, con la convicción de lograr con esto una mejor comprensión que nos permita plantear alguna solución que redunde en beneficio de nuestra sociedad.

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1 Derecho Penal.- 1.2 Teorías de la Pena.- 1.3 Teorías Absolutas.- 1.4 Teorías Relativas.- 1.5 Teorías Mixtas.- 1.6 Nuevas Teorías de la pena.- 1.7 Garantías individuales del sentenciado.- 1.8 Política Criminal.

#### 1.1 Derecho Penal

Desde el inicio de nuestros estudios de la licenciatura en Derecho, el tema de lo penal se nos presentaba como algo apasionante y a la vez oculto, conocimientos lejos del alcance de nuestras atribuladas mentes ávidas de conocimiento.

Sin embargo, el primer conocimiento que adquirimos fue el de que resulta prácticamente inabarcable la fuente de conocimientos en materia de Derecho Penal y de nuestra extraordinaria ignorancia al respecto, sin dejar de mencionar el escaso tiempo con el que cuentan los profesores de la Facultad de Derecho para explicar los elementos básicos de la materia. En un principio se confundían los aspectos relativos al delito normativo y al hecho antisocial, fue mucho tiempo después, gracias a los diversos maestros que hemos tenido y a la escasa experiencia acumulada, cuando empezamos a comprender cuestiones como las que se refieren a que en un primer lugar tenemos el nivel fáctico en que se sitúan los actos y hechos relevantes para el legislador; en segundo lugar tenemos el nivel normativo, que incluye el tipo y su respectiva punibilidad; en tercer lugar está el nivel fáctico de los delitos relevantes para el Juez; en cuarto lugar está la punición particular y específica que aplica el Juez al responsable en la sentencia; y en quinto y último lugar el nivel fáctico consistente en la aplicación concreta de la pena al sujeto responsable; precisamente en los pasos cuarto y quinto se ubica la función, si es que debe haber alguna, para aplicar dicha privación o restricción de los bienes jurídicos del delincuente. Esto se lo debemos, principalmente a

las valiosas enseñanzas de la Doctora Olga Islas de González Mariscal, que con su paciencia y dedicación nos guió en este conocimiento.

Pero al entrar en materia vemos que como una primera aproximación respecto del delito y de la pena, que constituyen el núcleo del Derecho Penal, sirven los siguientes conceptos del autor Teodoro Mommsen, extraídos de sus estudios realizados sobre el Derecho Romano de la antigüedad: "Pena era el mal que, en retribución por un delito cometido, se imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales, o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley: No había pena posible sino en virtud de sentencia pronunciada en nombre del Estado con relación a una determinada persona, aun cuando el modelo del orden jurídico del Estado en este aspecto fue la sentencia doméstica, es decir, aquella resolución por la que se imponía un mal a las personas sometidas a la potestad del jefe de familia. Tampoco se consideraba como pena en sentido jurídico el mal impuesto por los magistrados, no ya sometiéndose a preceptos legales, sino en virtud de su discrecional arbitrio; para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondientes."<sup>1</sup>

En este sentido, vemos que la pena se aplicaba en ocasiones por el Estado de entonces, y a veces por los propios particulares afectados por el hecho delictivo. De esto podemos concluir que ya en esos momentos que existía una sociedad organizada por normas jurídicas, la legitimación para imponer una pena a los particulares era el Estado, por mandato de las propias normas y, como bien describe el autor, en consonancia a normas del procedimiento específico.

A fin de empezar a dilucidar nuestras dudas y aportar luz a todas las interrogantes, que son muchas, revisemos los conceptos del maestro Francisco Pavón Vasconcelos, quien en términos muy accesibles define a la pena como: "Una de las sanciones penales. Para algunos juristas, la pena constituye el objeto mismo del

<sup>1</sup> MOMMSEN, TEODORO, Derecho Penal Romano, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1999. p. 553.

Derecho Penal, siempre que se considere a la expresión 'sanciones penales', en un muy amplio sentido, como aquellos medios con que el derecho punitivo previene y reprime a la delincuencia. Según lo explica Juan del Rosal, en amplio sentido las sanciones penales son los medios instrumentales con los que opera el *ius puniendi* para la realización de la justicia punitiva. Consecuentemente, para muchos la pena constituye un mal originado en la comisión del delito, esto es, la disminución de un bien preciado para el autor, concepto que vincula delito y pena, el primero como presupuesto y la segunda como su consecuencia jurídica."<sup>2</sup>

Si bien útiles, estos informes que nos da el maestro no terminan de explicarnos al Derecho Penal y su vínculo con la pena.

Veamos a un clásico italiano quien nos define al Derecho Penal de la siguiente manera:

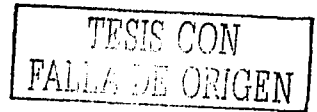
"El derecho penal, como el derecho en general, es manifestación de la voluntad colectiva del Estado por medio de los órganos destinados a ese efecto (órganos del poder legislativo). Toda voluntad presupone un 'fin' para el que la voluntad se determina. El derecho penal, pues, como todo el derecho, en cuanto es manifestación de voluntad dirigida hacia un 'fin' es de naturaleza teleológica o final. El fin del derecho en general, y en particular del derecho penal, a la par de la voluntad que por él se determina, es un fin de naturaleza colectiva (social, pública), es decir, propio de toda la colectividad organizada (Estado).

Consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, en garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común (así llamada justicia). Asegurar la vida en común es el fin último del ordenamiento jurídico y el más alto cometido del Estado."<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> PAVÓN VAZCONCELOS, FRANCISCO, voz: Pena, Diccionario de Derecho Penal, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1999. p. 765.

<sup>3</sup> ROCCO, ARTURO, Objeto del delito y de la tutela jurídica penal, Contribución a las teorías generales del delito y de la pena, primera edición, Argentina, B de F, 2001, p. 462.



Estamos de acuerdo, el Derecho Penal constituye la máxima expresión del sentido humano enfocado a preservar la vida social que le da contenido y justificación al ser humano.

Un distinguido tratadista español, más actual que los antes citados, nos ofrece un breve pero claro concepto del Derecho Penal, en el que ya vislumbramos conceptos modernos que se han conseguido en el desarrollo de los estudios que le dan sustancia y contenido a nuestra materia:

"Es el conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica."<sup>4</sup>

Por su parte, otro profesor español, Muñoz Conde, nos explica: "Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal."<sup>5</sup>

Una visión un tanto descarnada de nuestra materia, pero no podemos dejar de admitir que es realmente cierta, no deja de tener razón cuando se refiere a que el Derecho Penal es, también, la máxima expresión de la violencia del Estado en contra de sus propios gobernados.

---

<sup>4</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, quinta edición, Barcelona, España, Reppertor, S.L., 2000, p. 11.

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, Derecho Penal, cuarta edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, p. 29.

Otra opinión destacada que nos ayuda a contrastar las antes reseñadas menciona lo siguiente: "En cuanto parte del sistema jurídico el Derecho penal es un conjunto de *normas positivizadas por una ley*, que describen comportamientos tenidos por intolerables o graves, a los que declara *delitos o faltas* y los amenaza con reacciones represivas que son las *penas* o, en determinados casos, *medidas de seguridad*."<sup>6</sup>

En este caso no ofrece un concepto no aceptado en nuestro sistema jurídico en el ámbito del Derecho Penal como son las "faltas", no obstante el resto de la exposición es acertada y coincidente con la mayoría de los estudiosos consultados.

Al realizar esta investigación nos hemos encontrado con que los estudiosos españoles se encuentran muy cerca de los doctrinarios alemanes en sus conceptos penales, y al formular su pensamiento, originalmente en nuestra lengua, nos favorecen con explicaciones más accesibles, veamos: "A través del Derecho penal se incriminan hechos, y a las personas que cometen esos hechos se les imponen penas (de privación de libertad, de restricción de derechos, de carácter económico), si se estima que son culpables. Si no pueden merecer esa consideración – a los sujetos peligrosos que han delinquido, les serán aplicables medidas de seguridad."<sup>7</sup>

Otro profesor español, éste más cercano a nosotros pues ha distinguido a nuestra Universidad Nacional con su presencia, nos ofrece este concepto que nos parece de los más completos: "Estimamos que el Derecho Penal constituye el conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos y los conminan con una pena, y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad penal, que presuponiendo un precedente actuar típicamente antijurídico se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto y se orientan a la evitación de futuros delitos mediante la aplicación de un tratamiento

---

<sup>6</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMÍN y PRATS CANUT, J. MIGUEL, Manual de Derecho Penal, primera edición, España, Editorial Aranzadi, S.A., 1999. p. 34.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.35.

asistencial adecuado a la personalidad del autor.<sup>8</sup> A nuestro juicio cabe agregar también la prevención de infracciones como causa de la imposición de medidas de seguridad.

Para concluir esta sucinta exposición sobre el concepto de Derecho Penal, nos queda este magnífico autor que nos reseña las más recientes vertientes de nuestro objeto de estudio:

"El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. En este sentido, el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral aunque – como veremos – no puede identificarse con estas. Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son – en principio – los más intolerables para el sistema social.

En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tiene por medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc.

En la terminología moderna, el derecho penal, junto con otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del control social primario, por oposición

<sup>8</sup> POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Derecho Penal, tomo I, tercera edición, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1996, p. 59.

al control social secundario, que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el sistema educativo).

Desde este punto de vista, el derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza con sanciones concretas. El concepto de comportamiento desviado se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculado al de control social. Sin embargo, los comportamientos desviados no siempre son materia del derecho penal, razón por la cual, su identificación con el comportamiento criminal sería totalmente errónea.<sup>9</sup>

"El derecho penal, contemplado desde esta perspectiva, cumple – junto con otros ordenamientos normativos – con una función reparadora del equilibrio de un sistema social, de la que vamos a ocuparnos más adelante, perturbado por el delito."<sup>10</sup>

Como podemos observar si leemos con atención, con este autor ya nos empezamos a adentrar en conceptos vinculados con la criminología, la política criminal y la teoría de los sistemas, que surgieron de lo que ahora se conoce como sociología jurídico penal.

En vista de lo anterior, para nosotros, al Derecho Penal lo identificamos como el sistema normativo expedido por el órgano legislativo del Estado, que contiene la descripción de conductas amenazadas por una sanción o, en su caso, por una medida de seguridad, cuya función es reprimir las conductas antisociales que se consideran más nocivas para el desarrollo armónico de la sociedad.

---

<sup>9</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, segunda reimpresión de la primera edición, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1994. pp. 1 y 2.



## 1.2 Teorías de la Pena

Según se ha visto, la pena ha impreso su peso en la denominación de nuestra rama del Derecho, generalizándose la identificación de Derecho Penal.

Algunos autores, como lo veremos en el desarrollo de este apartado, tienen a la pena y su justificación como la parte más importante del Derecho Penal, o al menos, su origen o inicio.

Pero estudiar la pena significa analizar las teorías de la pena, el cúmulo de conocimientos elaborados por los estudiosos en el transcurso del tiempo sobre la pena, su fin, función y legitimación, conceptos que de todas maneras se traducen en su justificación.

La pena está ligada al contexto social en que se desarrolla, además, dentro del marco del Estado en que tiene lugar. A medida que el Estado evoluciona y se transforma, la pena en el mismo sentido, responde al poder y a su justificación.

Como un breve preámbulo que nos introduce a las teorías de la pena, revisemos el texto de un relevante profesor alemán, Heiko H. Lesch:

"En la época en la que el historiador Víctor Achter sitúa el 'nacimiento de la pena', alrededor del 1100, esto es, en los albores del derecho germánico, el 'derecho penal' todavía vivía apegado al resultado de la denominada 'acción mala'. La acción mala, ante la que se reaccionaba por medio de la 'pena', era algo absolutamente objetivo, una perturbación, un desorden. Dicho de otro modo: lo único que interesaba 'jurídico penalmente' era no el autor, sino el hecho, y en verdad, en la medida que había lesionado la ordenación de la vida, el cosmos de la Edad Media. Puesto que había acaecido un desorden, había que eliminarlo lo antes posible. La consecuencia jurídica, a la que Achter todavía negó la denominación de 'pena', era, pues, un

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 2.

'medicamento para sanar', un medio para 'arreglar una grieta en el edificio del mundo': se impone una 'pena' *quia peccatum est*.

Pero tras ese 'nacimiento de la pena' comienza a cambiar el contenido ético de su concepto. Desde entonces la dogmática juridico-penal tradicional no sitúa ya el fin de la pena en la restitución del orden perturbado, sino en el enjuiciamiento del autor como *perversus homo*, como hombre reprochable desde el punto de vista ético. La escuela sociológica del Derecho penal de los sucesores de V. LISZT condujo después a una interpretación patológica del comportamiento desviado y convirtió al autor en un enfermo, en un objeto necesitado de educación y resocialización, que tiene que adaptarse de forma coactiva – en la medida de lo posible – a las convicciones dominantes. Con ello se continuó con el cambio de parámetros que ya la dogmática del Derecho penal con contenido ético había iniciado, a saber, se trasladó la mirada desde la perturbación en sí, al perturbador, esto es, del Derecho penal del hecho al Derecho penal de autor."<sup>11</sup>

Como podemos observar del texto anterior, aún en nuestros días la idea de que el delincuente es un ser enfermo o desviado a quien se debe readaptar, resocializar o reeducar está vigente.

Por otra parte, tenemos la tradición jurídica española, que sigue muy de cerca a la alemana, la que por voz de los respetables profesores españoles señalan atinadamente lo siguiente:

"La pena es ajena a la norma. Ella está referida a comportamientos socialmente disvalorativos de los individuos. La sanción penal es la consecuencia de la infracción normativa.

<sup>11</sup> LESCH, HEIKO H. La función de la pena, primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 71 y 72.

Ahora bien, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar el patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena."<sup>12</sup>

Otro destacado doctrinario alemán, viejo conocido de todo estudioso del Derecho Penal, Edmundo Mezger, refiere que toda acción humana tiene un fin. En este tenor, el fin constituye la esencia conceptual de la acción, lo que le da significado y trascendencia, afirma que no existe una acción que no tenga un fin.

En esta línea de pensamiento, la pena también debe tener un fin cierto, como acción humana que es, con su consecuente trascendencia en el ámbito de lo jurídico.

Dice el maestro que el fin de la pena es la prevención del delito. "Se castiga para que no se peque. Sin embargo, en la actualidad (la de los años treinta), al ser el Estado quien castiga, quien aplica la pena, se explica por el simple hecho de que éste persigue, con su actividad persecutora un determinado fin, que es, por supuesto, la prevención del delito."<sup>13</sup>

Se dice que la función del Derecho Penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de intervención del Derecho Penal, esta es la razón más importante para que analicemos las teorías de la pena.

Ante lo cual veremos que ni la función del Derecho Penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas como figuras aisladas del sentido que en cada

<sup>12</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, Lecciones de Derecho Penal, volumen I, primera edición, España, Editorial Trotta, S.A., 1997, p. 44.

<sup>13</sup> MEZGER, EDMUNDO, Derecho Penal, segunda edición, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1990, p. 370.

momento histórico cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho Penal se agota en la función de la pena y de la medida de seguridad.

Ante esto, revisemos los conceptos de un autor contemporáneo, el destacado penalista español, Santiago Mir Puig, que son en los siguientes términos:

#### "1. La función de la pena en el Derecho penal liberal

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de *prevención* de delitos, como la de *retribución* por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de *utilidad*, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se vela, en un principio, en constituir un 'daño social'. Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico. Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en ésta la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, KANT y HEGEL, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo."<sup>14</sup>

Continúa el autor en estudio:

#### "2. La función de la pena en el Derecho penal intervencionista

---

<sup>14</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, segunda edición, Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1982, pp. 25 y 26.

Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de *lucha contra el delito*, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. Es sabido que la escuela positiva, que surgió en la última tercera parte del pasado siglo, partió de la crítica a la ineficacia del Derecho penal clásico (esto es liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito. Pero también la dirección ecléctica que mantuvo en pie la necesidad de la pena, siquiera añadiendo a ella un sistema de medidas, atribuyó al Derecho penal y en particular a la pena la *función de prevención* de delitos."<sup>15</sup>

Otros profesores españoles, como Gonzalo Quintero Olivares, con una visión un tanto diferente, también nos ofrecen lo que ellos consideran importante destacar respecto a las teorías de la pena:

"Durante un tiempo relativamente largo los penalistas han estudiado separadamente el delito, institución jurídica central en el Derecho penal, y la pena. Así ha sucedido durante buen parte del pasado siglo y del actual. Contrasta en este punto, que antiguamente no había sido así ni tampoco en la actualidad continúa siéndolo. Así, por ejemplo, la Escolástica al ocuparse del problema penal, dando esta calificación ciertamente moderna a la cuestión de la relación entre sociedad, delito y pena, formulaba lo esencial de su filosofía en relación precisamente con el fundamento y

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 27 y 28.

justificación de la pena. En cambio, durante el tiempo antes mencionado, se ha asistido a una hipertrofia de la atención por el delito como cuestión jurídica provocando un paulatino abandono del interés por el problema de la pena. Hoy, afortunadamente, los juristas se percatan de que precisamente ahí reside el núcleo del problema penal: Porqué se castiga, cuánto se puede castigar, con qué finalidad, y, sobre todo en relación con la pena privativa de libertad, si es posible imaginar formas diferentes de reacción frente al delito, menos toscas y marginadoras.

El problema de la pena encabeza los estudios de Derecho penal, a modo de cuestión que exige una toma de postura fundamental y previa, a diferencia de aquella otra actitud que consideraba que la posición a adoptar frente a ella no condicionaba la totalidad del problema penal, enfoque visible en la mayoría de los manuales o tratados de la primera mitad de este siglo. No obstante, sería una equivocación enjuiciar el problema del Derecho penal en cuanto conjunto de amenazas que se dirigen a todos los ciudadanos como algo que sólo atañe a los que pueden efectivamente ser castigados. El Derecho penal no es sólo el derecho de los transgresores sino una parte clave del sistema jurídico total.

Junto a este fenómeno de 'recolocación' de la cuestión de la pena, se produce un segundo hecho: Además de las tradicionales explicaciones del fundamento y fin de la pena, se añaden planteamientos abiertamente políticos que tienden a destruir, con sobrada legitimidad, la imagen de cuestión jurídica que de otro modo se confería al problema penal. Estas tomas de posición políticas o político-criminales consisten frecuentemente en poner de manifiesto la trascendencia inconfesa que encierran las teorías tradicionales sobre la pena, a fin de clarificar el alcance que tiene cada acción posible.

Otra constatación reseñable es la distinción, cada vez más extendida entre el estudio de la cuestión de la pena como amenaza formulada por la ley penal y el estudio de la pena (o la medida de seguridad) como castigo impuesto a un sujeto concreto, en

el convencimiento de que las explicaciones o problemas no pueden ser los mismos en uno u otro caso.

Debe anticiparse que la herencia que han legado las especulaciones teóricas sobre el fin de la pena es, hasta ahora, insatisfactoria. No se encuentran respuestas a tal cuestión que vayan mas allá de la resolución de problemas intra-sistemáticos propios de la teoría del delito, en especial de la esencia del concepto de injusto y el papel de la culpabilidad como elementos básicos de la misma.

Pero la crisis de instituciones básicas del Derecho Penal no es algo exclusivo de éste, sino común a otras ramas del Derecho e incluso a las ciencias sociales (así por ejemplo en el plano de la filosofía política o de la ciencia política: la redefinición del Estado de Derecho y de las garantías individuales, en gran medida son resueltas como sus tentáculos teóricos que arrancan del liberalismo). A buen seguro, una de las mayores virtudes de la Doctrina Penal es el reconocimiento de esta crisis; en otras Ramas del Derecho la Doctrina ha venido dando la espalda a la misma (por ejemplo: crisis de la distinción entre Derecho público y Derecho privado), pues los problemas no son tan dramáticos y estigmatizadores o traumáticos para el individuo como los que corresponden a la intervención penal por parte del Estado.

Conscientes de estas advertencias, veamos cuál ha sido a grandes rasgos, la evolución del problema. Históricamente aparecen tres órdenes de teorías sobre el significado de la pena que se agrupan en las denominaciones de 'absolutas', 'relativas' y 'mixtas'.<sup>16</sup>

De la lectura y análisis de los textos anteriores, estamos en posibilidad de llegar a algunas conclusiones que nos aproximan a la mejor comprensión del problema planteado.

---

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO Y OTROS, *ob. cit.*, pp. 117 y 118.

En este sentido, consideramos que las teorías de la pena resultan sumamente útiles para valorar al sistema penal en su conjunto, esto es, la pena y su justificación ponen las bases de la propia justificación filosófica y práctica de todo el Derecho Penal positivo en un lugar y momento determinados.

En términos generales, consideramos que se tiene que atender a los diferentes momentos temporales en que se ha expuesto el estudio de la pena, que como ya vimos anteriormente, también responde a la expresión del poder público y su justificación frente a los gobernados.

El primer momento que lógicamente aparece es el aspecto legislativo, esto es, las leyes penales se integran por normas que describen conductas (tipo penal), que cuando se actualizan en la realidad social el órgano legislativo determina amenazar con la imposición de penas (punibilidad). En este momento vemos que es la prevención, en un sentido positivo, la que va definiendo el contenido de la norma penal.

Como segundo momento tenemos a la actividad de los órganos jurisdiccionales, para los cuales el concepto de pena implica la concreción de la auto-constatación del Estado en relación con el sistema jurídico penal que se ha dado a sí mismo, al decir el Derecho, afirma la verdad jurídica, toda vez que el Estado concretiza en la persona particular su potestad punitiva a través de la fuerza vinculante de la pena impuesta por el Juez competente.

En tercer lugar tenemos el momento de la ejecución fáctica de la pena por conducto de la autoridad administrativa que únicamente se concreta a ejecutar la orden judicial.

Dentro de su ámbito tiene prevalencia el principio de la prevención especial, con un sentido eminentemente terapéutico, en donde el objetivo fundamental se apoya en los fines de la readaptación y de la reincorporación social útil de la persona a quien se



la impone, lo que precisamente implica el discurso penitenciario, apoyado en la ideología del tratamiento.

### 1.3 Teorías Absolutas

La teoría absoluta de la pena más representativa y que se identifica mejor con ésta es la tesis de la retribución.

"Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de 'que se haga justicia'. Sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del Derecho. El Derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines."<sup>17</sup>

Así, tenemos que las teorías absolutas de la pena buscan un fin superior, la justicia, se castiga porque se ha delinquido, sin alguna finalidad ulterior a esto.

Otro tratadista ya consultado refiere:

"La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas."<sup>18</sup>

Esta teoría tiene fundamentación religiosa, pero también ética, al respecto tenemos que estos conceptos se los debemos al filósofo alemán Emanuel Kant, como dice este autor, el hombre es un fin en sí mismo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del

<sup>17</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *ob. cit.*, p. 44.

<sup>18</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, ob. cit.*, p. 46.

delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: La ley penal se presenta como un "imperativo categórico", es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras.

Hegel, el otro gran filósofo alemán, aporta una visión más jurídica, en el sentido de que el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de reestablecer la vigencia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico, que resulta negada por la "voluntad especial" del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad especial del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. En este caso se observa con claridad el método dialéctico que hizo famoso al filósofo, al tener a la voluntad general expresada en el orden jurídico como la tesis, el delito sería la negación del orden jurídico, la antítesis, y la negación de esta negación sería la síntesis que tendrá lugar al aplicar el castigo por el delito cometido.

Pareciera que estas teorías no reconocen utilidad alguna a la pena, pero esta apreciación es inexacta, precisamente porque asignan a la pena la función de realización de la justicia.

Se les ha denominado teorías absolutas en razón de que la función de realización de la justicia es incondicionada, ya que la justicia no puede verse apremiada por cuestiones de índole moral, religiosa o jurídica, sino que la pena se impone con carácter absoluto.

Sin embargo, esto no quiere decir que en la aplicación de la pena con base en las teorías absolutas se acepte la arbitrariedad estatal, por el contrario, es correcto señalar la necesidad de que la pena guarde una cierta proporcionalidad con el delito, más de ello no se deriva la validez de la teoría retributiva. La proporcionalidad puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que

como tal límite no fundamenta la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restringe.

De conformidad con la destacada opinión del maestro Jescheck: "Las teorías absolutas de la pena ven exclusivamente su fundamento jurídico y su sentido en la retribución, conforme a la cual al culpable debe hacerse justicia por su hecho. La pena queda libre de toda consideración relativa a su finalidad (*poena absoluta ab effectu*) y sólo representa la causación querida de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida. Las bases ideológicas de las teorías absolutas se encuentran en el reconocimiento del Estado como guardián de la Justicia y compendio de las nociones morales, en la fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse, y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas de la pena coinciden, por lo tanto, pensamientos idealistas, conservadores y liberales."<sup>19</sup>

Otro destacado profesor alemán, Roxin, refiere lo siguiente:

"La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal mercedamente se retribuye, equilibra y expia la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría 'absoluta' porque para ella el fin de la pena es independiente, 'desvinculado' de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado

---

<sup>19</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, Tratado de Derecho Penal, cuarta edición, España, Editorial Comares, 1994, p. 61.

la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant intentó en 'La metafísica de las costumbres'(1798) fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes invariablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas: 'Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas *a priori*'. Y sigue: 'La ley penal es un imperativo categórico'; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor 'de la pena o incluso sólo de un grado de la misma', Kant le invoca una 'calamidad': 'Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra'. Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran...'.<sup>20</sup>

#### 1.4 Teorías Relativas

Pero como sucede con toda doctrina o escuela de pensamiento, siempre surge su contraria, que en este caso resultaron ser las llamadas teorías relativas de la pena, que como a continuación veremos, le asignan a la pena una finalidad que la trasciende.

Para el maestro Edmundo Mezger: "La Prevención General es actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal sea – y lo es siempre –

<sup>20</sup> ROXIN, CLAUDIUS, Derecho Penal, tomo I, segunda edición, España, Civitas, 1999, pp. 81 y 82.

una medida frente al individuo – a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena -, tiene una amplísima significación, que va mucho más allá de la significación particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad 'intimidando' y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para 'educar' la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito."<sup>21</sup>

Otros conceptos sobre el mismo tema que nos ayudan a comprenderlo mejor, son los de otros destacados penalistas, quienes opinan lo siguiente.

"Las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el Derecho penal se justificarían racionalmente porque son útiles para prevenir el delito."<sup>22</sup>

Por su parte, uno de los autores contemporáneos más destacados y citados en la actualidad, el maestro Jakobs, apunta una descripción del tema y sus críticas al respecto: "Las teorías de la prevención general.

1. a) Ya de entrada se desarrolló el modelo de una prevención general positiva, es decir, el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma. También se encuentra en la prevención general la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor: prevención general negativa. La formulación más conocida de las teorías de la prevención general negativa se debe a Feuerbach, pero no como teoría de la pena, sino de la conminación penal

<sup>21</sup> MEZGER, EDMUNDO, *ob. cit.*, p. 371.

<sup>22</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *ob. cit.*, p. 45.

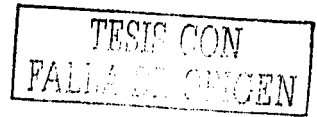
mediante leyes penales ('teoría de la coacción psicológica'). Todas las contravenciones de la ley, según Feuerbach, surgen de la 'sensualidad', es decir, 'el apetito del hombre se ve impulsado a la comisión por el placer en (o procedente de) la acción'. Está prácticamente descartado impedir a los autores la ejecución del hecho mediante la coerción física. Si han de evitarse las infracciones del Derecho, 'no le queda al Estado otro medio de intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad, y neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial'. Se neutralizan los impulsos hacia la acción 'cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor que aquél que surge de la no satisfacción de la necesidad tras una acción'. Esta conciencia se le trasmite al ciudadano al amenazar una ley con el 'mal mayor', la pena, antes del hecho y con una descripción exacta del hecho y de la pena, y al poner de manifiesto la seriedad de la amenaza mediante la ejecución en todo caso de infracción (ha de añadirse: en la medida en que se pueda capturar al autor). La efectividad concorde del poder legislativo y ejecutor con el fin de intimidar desalentando constituye la coacción psicológica. El 'poder ejecutor' no debe ciertamente actuar con el fin de la 'efectividad concorde', porque, de lo contrario, se abusaría del reo como simple medio para el provecho de otros, lo que Feuerbach – como buen kantiano – reprueba. La eficacia es, por ello, sólo un efecto secundario – bien recibido – de la pena que ha de fundamentarse absolutamente: la pena es la 'consecuencia jurídicamente necesaria' del delito. Pero debe permitirse vincular lo útil con lo necesario en términos absolutos y configurar de modo más impresionante la realización de la conminación penal.

b) En la teoría de Feuerbach, el doble valor de la punición no está nada claro: Como muestra de que la conminación penal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que por el contrario como pena al autor debe ser ajena a fin alguno. Por lo demás, el modelo ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un 'objeto de los derechos reales' (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones ('coacción psicológica de la conminación penal'), se evitan las penas innecesarias (la realización de la pena es necesaria para respaldar la conminación penal) y se vincula estrictamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del

comportamiento también con anterioridad al hecho). Pero el modelo tiene defectos que lo convierten en inservible: Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia jurídicamente necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable.

2. a) El principal defecto de esta prevención general negativa y de sus variantes más recientes que resaltan de diversos modos el efecto intimidante de la pena, no es desde luego su refutabilidad. Contra la refutabilidad cabría objetar que no afecta a aquellos grupos de delitos en los que los autores por lo general actúan racionalmente para conseguir un fin, o sea, los delitos en el ámbito de la criminalidad económica. Es más, el modelo podría 'mejorarse' aumentando la intensidad de la persecución hasta una medida en la que la intimidación actúe sobre todas las personas, a menos que sean Eróstratos. La teoría de la prevención general negativa, sin embargo, parte de una base equivocada: Mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce.

b) En la – potencialmente considerable – desproporción de ahí derivada, entre el daño social y el *quantum* de la pena, fracasa cualquier explicación, aun cuando sólo sea aproximada, del modelo de Feuerbach y sus seguidores. Por expresarlo con un ejemplo: En el supuesto de un asesinato para obtener un botín de algunos cientos de marcos puede tener suficiente eficacia preventiva una multa de algunos miles de marcos mientras que frente a la difamación que al autor comete para mantener sus relaciones personales o para beneficiarse en su carrera sólo podrá ser suficiente mal la perspectiva de una larga pena privativa de libertad. En definitiva, por tanto, deberían suprimirse todos los grupos de delitos de la Parte Especial que se orientan al bien atacado y crearse nuevos grupos en función del *quantum* del beneficio potencial.



Entonces, en los grupos que habrían de castigarse con mayor severidad se encontrarían delitos con elevado *quantum* de provecho, resultando indiferente que se cometieran mediante la muerte de una persona, la falsificación documental o un breve allanamiento de morada. Los delitos de traición habría de situarlos en el ámbito de la criminalidad grave, en el caso de autores por motivos ideológicos, y en el de las infracciones patrimoniales cuando éstos actuaran por móviles económicos, etc.

c) Esta desproporción – potencialmente notable – entre el *quantum* del beneficio del hecho y el *quantum* de su dañosidad social se deriva de que en el modelo de la intimidación no aparecen los destinatarios del funcionamiento de la pena: los miembros de la sociedad, a los que se debe proteger ante infracciones de la norma. Tales miembros no consideran en forma primordial al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino que de manera potencial es perjudicial para ellos mismos.

d) Muchos intentan ocultar este hecho mediante una complementaria limitación de las penas máximas: Tampoco la pena intimidante debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, porque de lo contrario se le sentiría como arbitraria y perdería su eficacia intimidatoria. Pero de este modo no se puede aclarar, desde luego, la inadmisibilidad de penas más elevadas en los supuestos de alto beneficio por el hecho, pero de daño social insignificante. Sin embargo, también se percibe como arbitraria la pena extremadamente leve en supuestos de provecho insignificante y alto daño social, de modo que la pena intimidatoria sea como sea hay que modificarla en esa medida. En conclusión, el modelo de la intimidación no es apto como teoría de la pena.

e) Con ello no queda descartado, sin embargo, que en casos singulares la pena se imponga con el propósito de intimidar. En épocas críticas el estado de excepción quiebra las limitaciones que se dan por supuestas en épocas de tranquilidad.



3. Los modelos que se corresponden en lo esencial con el de la prevención general positiva descrito al principio encuentran cada vez más representantes en la bibliografía reciente, e incluso acompañan a numerosas variantes de las teorías retributivas. Naturalmente existen diferencias en dos puntos: Primordialmente se entiende el principio de culpabilidad como limitación de la prevención general positiva, mientras que para la concepción defendida aquí es un derivado de esta prevención. Además, el significado de la infracción de la norma y de la pena sólo raras veces se debate.<sup>23</sup>

Como podemos ver de la lectura de los conceptos del maestro alemán, además de explicar esta teoría, le hace una severa crítica en la que debate todos y cada uno de los elementos justificantes de las teorías relativas, principalmente aquellos que refieren como justificante el que con la imposición o amenaza de la pena, se intimida a la generalidad y con ello se inhibe la comisión de actos antisociales jurídicamente desvalorados.

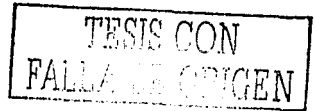
Ahora analicemos el pensamiento de un tratadista nacional, respecto de la teoría relativa de la pena enfocada a la prevención especial, la que está dirigida específicamente al delincuente, por medio de la cual se le intimida para que no vuelva a cometer delitos, dice al respecto el maestro mexicano Gustavo Malo Camacho: "b) Teoría de la prevención especial de la pena.

A diferencia de la prevención general, que se orienta hacia el grupo social en general, el contenido de la prevención especial aparece directamente relacionado con la aplicación de la pena a la persona que transgrede la ley.

En su expresión más elaborada representa la teoría más reciente de entre las señaladas, si bien recoge antecedentes remotos en la historia de la legislación del mundo.

---

<sup>23</sup> JAKOBS, GUNTHER, Derecho Penal, segunda edición, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, pp. 26 a 29.



Las teorías de la prevención especial, al igual que las anteriores, implican una línea única en su desarrollo; abarcan diferentes tendencias cuyo común denominador es la existencia de un interés, con un objetivo específico, en la aplicación de la pena a la persona que ha cometido un delito. Tal objetivo, a su vez, naturalmente aparece vinculado con el contenido ideológico de la concepción del derecho y del Estado recogido en la ley fundamental del país y a partir de ella, con los conceptos que se tengan del delito, del delincuente y de la pena."<sup>24</sup>

### 1.5 Teorías Mixtas

Atendiendo a su denominación, las teorías mixtas se refieren a las que tratan de unir, tomando lo mejor de cada una, a las teorías absolutas o de la retribución; y a las teorías relativas o de la prevención, ya sea esta general, especial o una combinación de ambas.

Estas teorías son las más difundidas actualmente, en razón de que si bien consideran la imposición de la pena al delincuente como un castigo que debe recibir por el delito cometido, también aceptan que la función de esta pena (castigo) debe ser la de readaptar o resocializar al delincuente.

Es decir, la pena sí es un castigo por el mal causado, pero su imposición debe servir para brindarle la oportunidad de reencauzar su vida en sociedad, por varios medios, como en el caso mexicano, por medio de la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo.

Pero a fin de obtener ideas claras del tema, es mejor que revisemos los conceptos de los grandes doctrinarios sobre las teorías mixtas.

---

<sup>24</sup> MALO CAMACHO, GUSTAVO, Derecho Penal mexicano, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 63.

Cabe poner atención en la explicación que estos destacados profesores españoles hacen al final de la transcripción de la teoría del eminente profesor alemán Claus Roxin, identificada como 'teoría dialéctica de la unión', al respecto refieren: "Los inconvenientes que en sus últimas consecuencias plantean tanto el retribucionismo, como la prevención especial o la prevención general, han ido inclinando a buena parte de los penalistas a optar, en relación con el problema de la pena, por soluciones mixtas o eclécticas, hasta el punto de que ese tipo de soluciones pueden tenerse hoy por el 'dominante' en doctrina y en Derecho positivo.

En esa línea se distingue entre el fundamento de la pena y el fin de la misma. En cuanto al fundamento se dice que la reacción punitiva sólo puede basarse en el hecho cometido. Se sale así al paso de la prevención general que precisamente fundamenta la pena en la necesidad de que 'otros' se cohíban ante la imposición al autor del delito ('utilización del hombre'). Y del mismo modo se rechaza la posibilidad de fundarla en la prevención especial como hacía el positivismo 'puro', pues ahí la pena en lo que el sujeto 'puede llegar a hacer' si no se le trata a tiempo, pero no en lo que concretamente ha hecho, criterio que desprecia la dignidad del hombre al tratarlo como un enfermo biológico o social. Además, la prevención especial puede dar lugar a injustas desproporciones, pues si el criterio es la 'peligrosidad demostrada' no hay ningún límite a que la peligrosidad de un sujeto se aprecie en la comisión de un hecho de mínima importancia pero que haya podido poner de manifiesto, por ejemplo, una alteración psíquica del sujeto, en cuyo caso, y a pesar de que el hecho no sea 'grave' en sí mismo, su autor puede ser sometido a un largo tratamiento penitenciario privado de libertad.

Los partidarios de soluciones mixtas también se oponen a las tesis sostenidas por los retribucionistas, de que la pena no ha de tener un 'fin', pues el Derecho, como factor ordenador de la convivencia, con el propósito teórico de 'mejorarla', no puede consistir en un mero sistema de retribuciones, sin perjuicio de que en algún sector del Derecho, como sucede en el Derecho privado, baste con procurar la restauración de la situación anterior. Si el Derecho Penal aspira a servir a la sociedad debe procurar que

el delincuente se incorpore a la vida comunitaria luego se sabrá, gracias a la sociología criminal moderna, que esa recuperación o reinserción es prácticamente *inútil o imposible y para ello es necesario que la pena persiga, mediante el tratamiento penitenciario, su reeducación.*

En suma, *las teorías mixtas aceptan la retribución y el principio de culpabilidad como criterios que delimitan la intervención de la pena.* Esta no puede ir más allá de la responsabilidad contractualda por el hecho anterior cometido. A su vez, esa pena debe perseguir los fines indicados, que los prevencionistas, tanto generales como especiales, consideraban los únicos que decidían y fundamentaban su carácter.

Las teorías dualistas o mixtas de primera época se limitaron a *yuxtaponer los fines de prevención especial y general*, reproduciendo por tanto las insuficiencias de las teorías monistas. En un segundo momento, la Doctrina penal centra su atención en la búsqueda de formulaciones que permiten diferenciar y engarzar los fines de prevención general y de prevención especial *a partir de la delimitación de los sucesivos estadios de la norma* (conminación, aplicación judicial y ejecución).

Pero, en cualquier caso, estas teorías centran los fines del Derecho Penal en la idea de prevención; en su entramado teórico la retribución, ya sea a través de la culpabilidad o de la proporcionalidad (o ambas a la vez), juega un papel limitador (límite máximo y mínimo) de las exigencias de prevención.

Los desarrollos teóricos que han tenido estas formulaciones sobre la pena y sus fines han sido muy diversos, pero todas ellas parten de las premisas indicadas.

Fiel exponente de esta teoría doctrinal es la 'teoría dialéctica de la unión' de ROXIN. En ella se distinguen tres fases o estadios en los que la pena cumple distintas funciones. El primero vendría constituido por la fase de conminación legal; en ésta la función es la protección de bienes jurídicos que sólo puede desempeñarse por medio de la prevención general de los hechos atentatorios contra aquellos bienes. La segunda

fase vendría dada por el momento de aplicación judicial del Derecho penal, es decir por el estadio en que se confirma la amenaza penal; según ROXIN la pena impuesta no puede sobrepasar los límites que impone la culpabilidad del autor; en esta fase la pena deberá enderezarse a las exigencias de prevención especial. Por último, en la fase de ejecución de la pena, se ven ratificados los fines de los estadios anteriores, pero de forma que se posibilite la resocialización del condenado."<sup>25</sup>

Ahora veamos los interesantes conceptos de otro destacado maestro español, Polaino Navarrete, quien nos explica cuatro teorías mixtas expuestas por otros tantos penalistas y que nos sirven para distinguir la evolución que han tenido estas teorías, así conoceremos 1) la teoría mixta retributivo-preventiva; 2) la teoría diferenciadora; 3) La teoría dialéctica de la unión, ya analizada; y 4) La teoría modificada de la unión:

"Teorías mixtas (de la unión o de la unidad)

#### 1. La teoría mixta retributivo-preventiva

Una primera teoría mixta, de la unión o de la unidad sostiene que la pena persigue, al propio tiempo, el fin de 'retribuir' el delito (castigo al delincuente por la acción cometida) y el fin de 'prevenir' futuros delitos.

Esta teoría mixta retributivo-preventiva, sostenida por varios autores, ejerció gran influjo en la jurisprudencia penal de varios países, y todavía hoy continúa siendo punto de referencia de determinadas concepciones en cuanto a la justificación material de la pena, y por ende, del Derecho penal, pese al auge del pensamiento de la prevención.

#### 2. La teoría diferenciadora (efectiva formulación de SCHMIDHÄUSER)

Pese a que ROXIN considera que SCHMIDHÄUSER es un vehemente defensor de la teoría preventivo-general, lo cierto es que este autor se decanta como inequívoco

<sup>25</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO y otros, *ob. cit.*, pp. 126 y 127.

partidario de una teoría que él mismo enuncia y desarrolla como una 'teoría penal diferenciadora'.

La formulación de esta teoría parte de la crítica consideración de que cada una de las teorías penales, que sin duda pueden contradecirse entre sí, contiene la exposición de una parte de la verdad, que con frecuencia es objeto de generalización. Las teorías penales adolecen del defecto de que no delimitan suficientemente las cuestiones que las diferencian, tales como conminación penal, individualización penal, sentido o fundamento de la pena y fin de la pena, lo que evidencia que el fenómeno no puede ser afrontado sino desde la perspectiva de una teoría diferenciadora de la pena.

La teoría diferenciadora de la pena estriba en el reconocimiento de que las sanciones penales se establecen para combatir la criminalidad: al reconocerse esta tarea como fin de la pena, nos encuadramos desde el principio en el camino de una teoría relativa de la pena. Esto no significa que la pena haya de ser adecuada para hacer desaparecer el delito en absoluto. Pues toda teoría del delito ha de aceptar que el comportamiento desviado también pertenece a la sociedad. Por ello sólo puede ser un fin alcanzable de la pena contener la comisión de delitos dentro de unos límites que permitan una próspera convivencia social.

La prevención general ha de ser entendida como una función de la pena según la cual la colectividad, ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos se inhibirá la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para impedir la comisión de delitos.

La prevención especial, por su parte, no permite configurar la concepción de la pena solamente en consideración al fin de lograr la prevención específicamente de cada singular autor condenado por la comisión de delito.

Advierte SCHMIDHÄUSER que, con la cualidad del fin de la pena, estimado conforme a la orientación de la prevención general, no se expresa aún nada sobre el

propio sentido de pena en general, sino que, antes bien, a la pena le corresponde una asignación de sentido mediato, proveniente de otro: a saber, la plenitud de sentido de la concepción de la pena viene dada, según el prisma del valor del amor al prójimo –en expresión de NIETZSCHE-, por el propio fomento de una próspera convivencia humana en sociedad.

### 3. La teoría dialéctica de la unión (tesis de ROXIN)

Desde 1966 desarrolla Claus ROXIN una teoría unificadora, mixta o de la unión de carácter exclusivamente preventivo que recibe la denominación de 'teoría dialéctica de la unión'. Para este autor, son fines de la pena, simultáneamente, la prevención 'general' y la prevención 'especial', debiendo excluirse la retribución como fin de la sanción penal.

La pena en esta concepción, pues, persigue la prevención de futuros delitos: es decir, aspira esencialmente a conseguir el fin de que el propio delincuente a quien se impone la pena no cometa más delitos en el futuro (prevención especial), y a la vez la pena tiende a la meta de lograr que tampoco delincan en lo sucesivo todos los demás ciudadanos (prevención general).

La teoría preventiva de la unión asume postulados de la prevención general y de la prevención especial, pues ambos están en la base misma. Cuando sendos fines entran en colisión entre sí, pone en primer lugar el fin de resocialización de la prevención especial. La prevención general, en cambio, domina las conminaciones penales, y en caso de ausencia de fines de prevención especial justifica la pena por sí sola, mientras que no puede ponerse en ejecución una pena preventivo-especial carente de toda intención preventivo-general, a pesar del absoluto dominio del fin de la resocialización.

La teoría preventiva de la unión no legitima una aplicación de los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial elegidos sin orden ni concierto,

sino que lleva a ambos a un sistema cuidadosamente equilibrado, que con la limitación de sus elementos confiere un fundamento teórico a la punición estatal, nivelando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua.

En suma, para la presente tesis de la unión, la pena sirve a los fines de la prevención general y de la prevención especial, estando limitada en su nivel por la medida de la culpabilidad, si bien puede sobrepasar este nivel cuando las exigencias de la prevención especial lo hacen necesario y a ello no se oponen las exigencias mínimas de la prevención general. Una tal concepción no posee sólo una relevancia predominantemente teórica, sino que alcanza numerosas y relevantes consecuencias prácticas, como se comprobará en sede de culpabilidad y responsabilidad, a la luz de la aplicación del Derecho positivo.

#### 4. La teoría modificada de la unión (teoría de GÖSSEL)

Entre los fines de la pena, en cuanto consecuencia jurídica de carácter retributivo que ha de cumplir la misión de reafirmar el Derecho, según Karl-Heinz GÖSSEL, puede consignarse 'cualquier tipo de prevención' (teoría modificada de la unión).

Considera GÖSSEL que el carácter retributivo de las sanciones penales ha de ser reconocido como elemento esencialmente definidor de la misma, y no como mero fin a perseguir por ellas. Todas las sanciones jurídico-penales real-materiales son, sin excepción, consecuencia de la comisión de una acción, como mínimo típica y antijurídica.

Toda sanción penal se conecta a un acto, previamente realizado por el autor. Ello es válido no sólo en el ámbito de las penas sino también en el de las medidas de seguridad penales. Ahora bien, en las medidas de seguridad penales, junto al fundamento real básico de la acción, ha de apreciarse como fundamento real adicional la peligrosidad criminal del sujeto.



Las sanciones jurídico-penales, que en su esencia constituyen consecuencias reales de un delito, se han de establecer legalmente para la consecución de determinados fines futuros. Para superar la enconada dialéctica desplegada en la lucha de escuelas penales acerca de la naturaleza de la pena, en lo sucesivo no debe plantearse ya más el interrogante de si las sanciones jurídico-penales están llamadas a cumplir sólo una función de retribución o sólo una función de prevención, sino la cuestión de si, con tales sanciones, entendidas como consecuencias, han de conseguirse fines correctos y adecuados.

La importancia del fundamento adicional que representa la peligrosidad criminal obliga a modificar la tradicional teoría de la unidad de la doble vía de consecuencias penales que representan las penas y las medidas de seguridad. Si una acción típica y antijurídica se realiza de forma culpable, la consecuencia jurídica será la pena. Si en la realización del injusto típico concurre sólo la peligrosidad del autor, o bien la culpabilidad y la peligrosidad, también pueden ser consecuencias reales de la realización de estas acciones las medidas de seguridad.

La pena misma es afirmación del Derecho, y no puede ser aplicada en aras al fin de la futura consecución de la afirmación de éste. Del reconocimiento de que la pena es afirmación del Derecho deriva como efecto necesario impedir a los ciudadanos la comisión de delitos. Así pues, la prevención general no es afirmación del Derecho, sino que la pena misma es la afirmación del Derecho, y conforme a su propia esencia ha de servir al fin de prevención de la comisión futura de delitos, tanto respecto del autor como respecto de la sociedad en general.<sup>26</sup>

### 1.6 Nuevas Teorías de la pena

En la actualidad, específicamente en el ámbito del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, se aprecian otras tendencias, sobre todo enfocadas desde el

<sup>26</sup> POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal, primera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2001, pp. 122 a 127.

aspecto sociológico, tendencias que se han denominado de diversas maneras, por ejemplo la nueva criminología, criminología crítica o sociología jurídico-penal.

En este sentido, resultan sumamente interesantes los conceptos que nos brinda David Garland, quien al efecto señala:

"Foucault percibió este sentido al insistir en que las relaciones penales no son una mera expresión del poder gubernamental, sino también una extensión de éste y su puesta en vigor absoluta. De la misma manera, mi opinión es que, indiscutiblemente, las instituciones penales construyen y difunden significados culturales al tiempo que los repiten o 'reafirman'.

En vez de considerar el castigo como una 'expresión' pasiva o como 'reflejo' de los patrones culturales establecidos en otros ámbitos, debemos tratar de considerarlo como un generador activo de las relaciones y sensibilidades culturales. De ahí que la finalidad de este capítulo sea señalar cómo las políticas penales contribuyen a construir una cultura más amplia y a proponer la naturaleza e importancia de esta contribución.

Al igual que todas las prácticas sociales, el castigo puede considerarse desde la perspectiva de la acción social o de la significación cultural. Cabe abordárselo en términos de causa-efecto como instituciones que 'hace cosas', o en términos interpretativos de lo que significa como institución que 'dice cosas'. (Sin duda esta distinción es más analítica que real, y confunde en lugar de aclarar, pero de hecho describe diferentes modos de análisis vigentes.) En gran medida los penitenciaristas tienden a analizar el castigo con base en la acción social y les interesa rastrear sus efectos directos sobre aquellos a quienes se les aplica en primera instancia. El castigo es visto como un conjunto de prácticas que encarcela, supervisa, priva de recursos o bien regula y controla a los infractores, y la tarea de los penitenciaristas es medir los efectos directos de estas acciones, y delinear las consecuencias reformadoras, disuasivas o inhabilitadoras de las medidas penales sobre la población de infractores que ha sufrido dichas sanciones. Por lo tanto, la investigación penitenciaria es

representativa de la medición y evaluación del castigo, concebido como una forma de acción social directa.

Sin embargo, aun en la ciencia penitenciaria convencional se acepta que el castigo también está encaminado a una población más amplia – infractores potenciales y público en general – y que en este aspecto funciona, no mediante métodos conductistas o acciones físicas, sino a través de símbolos, signos, declaraciones y dispositivos retóricos. Algunos penitenciaristas se ocupan de rastrear estos aspectos más profundos de la penalidad, y buscan evidencias de 'disuasión general' o indicios de que el dictado de una sentencia incide en los niveles de satisfacción o inseguridad públicas pero, en general, no les satisface la imprecisión inevitable e implícita de una investigación de este tipo. Las dificultades de la medición exacta, la carencia de datos confiables y la imposibilidad de aislar las variables penales de otras fuerzas conformadoras de actitudes han propiciado que la mayoría de los penitenciaristas y criminalistas limite su investigación a los efectos penales más inmediatos y tangibles.<sup>27</sup>

De lo que hemos visto hasta este punto, podemos llegar a diversas conclusiones, sobre todo en el sentido de que en la actualidad, la discusión relativa a la legitimidad del Derecho Penal ha ido desplazando varios dogmas que tenía hasta hace poco tiempo. Tradicionalmente dicha discusión ha estado presidida por la tensión entre los paradigmas de las teorías absolutas y de las teorías relativas de la pena. Sin embargo, consideramos que en la actualidad ambos paradigmas han llegado a una crisis de la que difícilmente saldrán.

La teoría de la prevención general positiva, también llamada teoría sistémica de la prevención general integradora, que está elaborada en base al pensamiento estructural funcionalista de la sociología jurídica alemana moderna, dice que la pena se fundamenta en su necesidad para recordar constantemente la vigencia de las normas penales, así como para consolidar los valores que subyacen en estas mismas normas.

<sup>27</sup> GARLAND, DAVID, Castigo y Sociedad Moderna, primera edición, México, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V., 1999, pp. 291 y 292.

porque contrapone al delito, que es entendido como una expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho, con una especie de contrapartida simbólica de la pena.

Esta manera de entender al Derecho Penal afirma que refuerza la convicción colectiva en torno a la vigencia de las normas penales y fomenta los lazos de integración y de solidaridad social entre los ciudadanos frente a la ley y los posibles infractores, reforzando de esta manera la confianza institucional en el sistema. Estas ideas se las debemos al célebre penalista alemán Jakobs, para quien la función del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos concretos, sino la protección de un solo bien jurídico penal, consistente en la afirmación de la vigencia de las normas penales.

Para este autor, quien fundamenta la pena en su necesidad para conservar el sistema social y su buen funcionamiento, la teoría de la prevención general positiva no es una teoría instrumental de la pena.

Refiere que en primer lugar, resulta evidente que es paralela a las teorías de la retribución jurídica de Hegel, aunque ahora es una exigencia para la integración del grupo social y el buen funcionamiento del sistema. En segundo lugar, porque propiamente no legitima a la pena ya que ésta está cumpliendo un fin útil de prevención del delito, sino porque cumple el fin útil de asegurar el sistema social y la confianza institucional de los ciudadanos en el buen funcionamiento del mismo.

Vemos que la teoría de la prevención general positiva ha alcanzado una gran aceptación en la ciencia penal moderna. No obstante, el intento de convertirla en el fundamento único de la pena estatal ha sido objetado por las razones siguientes:

1.- Se dice que representa una descripción, aséptica, tecnocrática y acrítica, incluso deshumanizada del modo en que funciona el sistema social, pero que no es una valoración y mucho menos una crítica al mismo. Consideramos que precisamente la teoría sistémica conduce a una concepción preventivo integradora del Derecho Penal

en el que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema y con ello busca que se fortalezca el sistema existente y sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica.

2.- También se menciona que renuncia a la protección de bienes jurídicos, ya que esta teoría considera que el delito se estima lesivo no porque lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, sino porque es una expresión simbólica de la falta de fidelidad al Derecho, por lo que se cuestiona la confianza institucional en el sistema, y con ello se asigna a la pena el fin prioritario, que resulta vago, impreciso y peligroso, consistente en que se lleva la sensación de seguridad, tanto individual como ciudadana o colectiva, a los integrantes del grupo social.

3. Por otra parte, se afirma que una pena que mire prioritariamente a la auto afirmación ideológica del poder del Estado o del sistema social, deviene nuevamente en el retribucionismo, porque no responde al problema fundamental del fin que se persigue mediante la ejecución de las penas. Esto ha conllevado que con la teoría de la prevención general positiva se pretende incidir de manera importante en el tema de la individualización de la pena, los fines preventivo especiales que la pena debe cumplir en esta fase quedan subordinados a las exigencias de la defensa del ordenamiento jurídico o de los intereses públicos, con lo que se subordina al ser humano favoreciendo a la colectividad, lo que podría devenir en un problema de constitucionalidad.

Tenemos que esta teoría de la prevención general positiva niega la ideología de la resocialización, pero no acompaña a su crítica instrumentos alternativos a las del Derecho Penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

4. Se aprecia que tiene un carácter regresivo frente a la prevención general negativa, ya que parece evidente que las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad pueden ser muy

superiores que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención de intimidación. Desde este punto de vista, parece que la prevención general positiva puede favorecer una intervención desmesurada del Derecho Penal mucho más fácilmente que la prevención general negativa. Basta con advertir el sentido autoritario y legitimante del incremento de la presión penal con que se suele emplear el concepto de seguridad pública en esta época de incremento de la delincuencia generalizada.

5.- A la función preventivo general positiva de la pena se le ha intentado asignar, no una función fundamentadora o legitimadora de la pena estatal, sino un sentido limitador del poder punitivo del Estado. Desde este punto de vista los autores afirman por un lado que la criminalización de un hecho sólo es correcta cuando el mismo es sentido por la colectividad como contrario a algún principio fundamental para el funcionamiento del sistema social, no siendo correcto acudir al Derecho Penal para conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto de infracciones de normas que no están firmemente arraigadas en la conciencia social; este planteamiento no parece aceptable ya que conduce a un círculo vicioso que impide que el Derecho Penal pueda cumplir su función de protección de los bienes jurídicos colectivos. Por otro lado, que una vez que ha sido decidida la criminalización de un hecho, debe tenerse en cuenta que una razonable afirmación del Derecho exige respetar los principios de culpabilidad, legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización de tal manera que una pena que no los respete no supondría ya la afirmación de un Estado de Derecho, sino precisamente su negación, este planteamiento olvida que si lo que garantiza la prohibición del exceso en la intervención penal son los principios de culpabilidad y legalidad, no se entiende qué otro criterio distinto limitador al poder punitivo del Estado aporta la teoría de la prevención general positiva.

Estas nuevas teorías las podemos sintetizar en lo que el maestro alemán Gunther Jakobs manifiesta: "la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad"<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> JAKOBS, GUNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, reimpresión de la primera edición, España, Civitas Ediciones, S.L., 2000, pp. 11 y 12.

### 1.7 Garantías individuales del sentenciado

En términos fácticos y jurídicos, aquel que ha sido sentenciado por la autoridad jurisdiccional al cumplimiento de una pena por la comisión de un delito, no pierde su calidad humana. En este tenor, continúa siendo titular de las garantías individuales o derechos públicos subjetivos que reconoce nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente se le restringe el ejercicio de algunos derechos, fundamentalmente de índole político y de ciudadanía.

Pero precisamente por ser un habitante de la República Mexicana, según lo dispone el artículo primero de la ya citada Constitución General, goza de las garantías que prevé, que a guisa de ejemplo podemos citar principalmente una que expresamente señala en la materia el artículo 18, que se refiere a que el sentenciado no podrá ser trasladado de la prisión en la que se encuentre sin su expreso consentimiento.

Pero es conveniente que hagamos una breve reseña de lo que debemos entender por garantías individuales:

Al respecto menciona el distinguido maestro Ignacio Burgoa:

"Pues bien, si es el propio Estado el que se autolimita en cuanto al poder que le es inherente para cumplir sus fines, evidentemente que esta autolimitación se traduce en una serie de restricciones jurídicas impuestas a la actividad de las autoridades estatales. Por tal motivo, la soberanía, por lo que ve al Estado, implica una autolimitación en los términos ya indicados, y por lo que concierne a las autoridades, una limitación a su actividad desplegada en ejercicio del poder estatal.

Por otra parte, e independientemente de las consideraciones anteriores, las garantías individuales, que con mejor denominación deben llamarse 'garantías del

gobernado', denotan esencialmente el principio de seguridad jurídica inherente a todo régimen democrático. Dicho principio no es sino el de juridicidad que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado en el sentido de someter sus actos al Derecho. Siguiendo esta idea, puede afirmarse que las invocadas garantías son la expresión fundamental y suprema de los dos principios aludidos, sin cuya consagración se propicia y estimula la entronización de la autocracia, de la dictadura o de la tiranía. No es posible, en efecto, concebir siquiera ningún sistema jurídico sin la seguridad que entrañan las garantías a favor de todo gobernado, por lo que su institución es el elemento indispensable para implantar y mantener el orden jurídico en cualquier país, con prescindencia de la estructura socio-económica y política que cada uno de los pueblos del orbe adopte. La abolición o la no consagración de las mencionadas garantías significaría la destrucción de todo el Derecho, fenómenos que, a su vez, atentan contra la libertad y la justicia, como aspiraciones permanentes de todas las naciones del mundo."<sup>29</sup>

En la misma obra, el autor nos menciona su concepto de garantía individual:

"Este concepto se forma, según las explicaciones que preceden, mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).
3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

<sup>29</sup> BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las garantías individuales, trigésima segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 161.



4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

De estos elementos fácilmente se infiere el nexo lógico-jurídico que media entre las garantías individuales o del gobernado y los 'derechos del hombre' como una de las especies que abarcan los derechos públicos subjetivos. Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro.<sup>30</sup>

En forma específica, relativa al tema de nuestro estudio, señala el maestro emérito lo que a continuación se transcribe:

"El segundo párrafo del artículo 18 constitucional contiene una prevención concerniente al objetivo de la imposición de las penas, en el sentido de que éstas deben tender, en cuanto a la forma de extinguirlas por diversos conductos, a la regeneración del delincuente, o sea, a su readaptación social siguiendo en este punto la doctrina moderna del Derecho Penal y los principios de la Criminología."<sup>31</sup>

De lo anteriormente citado, nos resulta posible advertir que las garantías individuales protegen al sentenciado, quien aún cuando está privado de su libertad, no las pierde, en todo caso únicamente se suspende la protección a favor del reo por el

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 641.

tiempo que dura la pena. Cabe advertir, además, cómo un constitucionalista no alcanza el sentido de la finalidad o de la función de la pena, ya que nos habla de una regeneración, concepto que ni siquiera está citado de esa manera en la Constitución Política.

Otro distinguido tratadista mexicano, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino V. Castro nos explica la naturaleza esencial de las garantías individuales:

"... se refieran a las libertades de la persona humana, que no se crean o modifican al gusto del legislador, sino que simplemente éste reconoce y asegura, por pertenecer a la esencia de la naturaleza humana."<sup>32</sup>

El mismo autor en estudio nos refiere lo que considera la teleología de las penas privativas de libertad.

"... cabría preguntar cuál es el fundamento y la finalidad que – de acuerdo con el espíritu de nuestra Constitución – se persigue al privar de su libertad corporal a los individuos.

Nuestro Código fundamental si tiene una filosofía a este respecto, cuando en el párrafo segundo de su artículo 18 establece que: 'Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.'

De la anterior transcripción se toma conocimiento que se priva de la libertad física a una persona, como sanción por la conducta contraria a la solidaridad social, que es

---

<sup>32</sup> CASTRO Y CASTRO, JUVENTINO V. Garantías y Amparo, novena edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1996, p. 25.

connatural al ser humano, con el objeto de readaptarla socialmente, utilizándose como instrumentos: el trabajo y la educación.

Esto es lo mismo que decir que la pena privativa de libertad – en concepto de la Constitución Mexicana -, no debe ser considerada como retributiva, expiatoria, ejemplificante, compensatoria o indemnizatoria, sino como forma de intentar el mejoramiento del individuo que transgredió las normas esenciales de la convivencia pacífica y respetuosa, pretendiendo rescatar al infractor de la posición en que se ha colocado, para devolverlo integrado al medio social al cual pertenece.<sup>33</sup>

Esto es, las garantías individuales son derechos reconocidos por el constituyente en la Ley Fundamental del país, que no pueden ser transgredidos por las autoridades, y estas garantías son connaturales al ser humano por el sólo hecho de serlo.

Pero revisemos algunos autores extranjeros que también han estudiado lo relativo a las garantías individuales de quien cumple una pena, específicamente la de prisión o privativa de libertad.

Dice el maestro español Polaino Navarrete:

"B) Naturaleza y esencia de la pena."

"La pena consiste siempre en una privación o restricción – legítima o legitimada – de bienes jurídicos. Cuando un sujeto mata a otro y es condenado a una pena de prisión, se le priva irremediamente de un bien jurídico personal: su libertad ambulatoria. O cuando a un sujeto se le impone una pena de multa, su patrimonio se ve mermado en la cuantía de la multa. Ahora bien, la sanción penal no equivale a la imposición de cualquier privación o restricción de derechos, sino que constituye una privación o restricción de bienes jurídicos controlada legalmente y revestida de inquebrantables garantías penales y procesales:

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 58.

- En primer lugar, ha de ser una restricción de determinados bienes expresamente prevista en la ley (esto es, sometida al único principio jurídico de su creación, el principio de legalidad).

- En segundo término, se trata de una restricción de bienes temporal, no ilimitada ni perpetua, y – por supuesto – menos aún irreversible por la destrucción total del bien personal (por ejemplo, la vida humana).

- En tercer lugar, ha de ser impuesta por un órgano jurisdiccional competente, con todas las garantías procesales inherentes al proceso penal.

La pena supone, en consecuencia, privaciones, restricciones o ataques justificados, legítimos desde el punto de vista jurídico, aunque privaciones o ataques al fin y al cabo. Desde esta perspectiva parece claro que pueda conceptuarse la pena (no su fin) como un mal o castigo. En famosas palabras de Hugo Grocio: 'la pena es un mal (jurídico) que se impone al mal (injusto) del delito'.

Sin embargo, el que la pena entrañe un componente de retribución, de mal o de castigo, no puede llevar a la errónea conclusión de que el fin de la pena sea el castigo del delito, es decir, la retribución o la venganza: el mal o castigo en que consiste la pena es, a lo sumo, un elemento de la misma, pero no su función ni su fin, o lo que es lo mismo, la pena puede consistir en un mal o en un castigo, pero no persigue el mal ni el castigo (fines retributivos), sino otros (loables) fines preventivos, y por ello no es identificable a la venganza.

La pena es, pues, un mal necesario e inevitable que pretende prevenir conflictos sociales. Desde esta perspectiva, el 'mal' en que consiste la pena (privación de bienes jurídicos) se compensa con el 'bien' que pretende conseguir (prevención de delitos). Mucho se ha hablado sobre la supuesta 'provisionalidad' de la pena. Pero, en el presente, parece irrenunciable en la sociedad la existencia de la pena, que no ha

alcanzado a hallar ningún substitutivo. Por ello, no puede verse más que como una utopía la aspiración de 'Derecho penal premial' o de un 'Derecho penal protector de los criminales', de que hablara entre nosotros Pedro Dorado Montero. En este sentido es ya paradigmática la frase de Hans Schultz contenida en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán presentado por catorce profesores de la signatura en 1966, frente al Proyecto gubernamental de 1962: 'la imposición de la pena no es un suceso metafísico, sino una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad que constituyen los hombres'.

La pena es una amarga realidad, de la que no puede prescindir la sociedad humana. Igual que no se concibe ninguna Sociedad sin criminalidad, no se concibe ninguna Sociedad sin pena. Ahora bien, la pena no se legitima con la mera necesidad del castigo. El castigo puede ser un componente o, incluso – para algunos autores – la esencia de la pena, pero nunca su fin: el mal, el castigo o la retribución puede ser el medio, pero nunca el fin de la pena.<sup>34</sup>

Este último autor, en primer lugar reconoce que la pena constituye una restricción de derechos públicos fundamentales del gobernado, reconociendo la existencia de garantías individuales expresamente reconocidas en la Constitución, para después enunciar que la pena, si bien es un castigo de hecho, no lo es de derecho, ya que en términos jurídicos y filosóficos, el mal que es la pena es solamente uno de sus elementos, y por supuesto no es el más importante. Refiere que la pena tiene una función y una finalidad esencial, que es precisamente la prevención, esto es, tiene la finalidad y función de prevenir la comisión de delitos en una determinada sociedad.

Esto nos lleva a concluir que el sentenciado que está cumpliendo una pena privativa de libertad, no es privado de todas sus garantías individuales, sino sólo de algunas, así como de algunos derechos políticos, sino que conserva las principales garantías, como la de igualdad y en general las contenidas en los artículos 18 y 22 de

---

<sup>34</sup> POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal, *ob. cit.*, pp. 95 a 97.

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, principalmente en lo que se refiere a que la pena no será un simple castigo, sino que deberá estar orientada a lograr su readaptación, por medio de la educación, capacitación para el trabajo y el trabajo mismo.

### **1.8 Política Criminal**

Los conceptos que hemos analizado en los puntos precedentes, llevan a sopesar la implementación de las ideas más avanzadas, y supuestamente más humanas, dado el avance cultural y científico de la humanidad.

Pero es entonces cuando surge la pregunta ¿cómo implementarlas? ¿cuál es el sistema para lograrlo?

Tenemos ahora un instrumento que en realidad siempre ha existido. Sabemos que se requieren reformas, adiciones y derogaciones, tanto en la Constitución General de la República, como en las leyes que de ella emanan, igualmente en la legislación procesal como en la sustantiva.

Sin embargo, una reforma de estas proporciones requiere, una política de Estado orientada en ese sentido, entendida la política como el contenido de las decisiones que trascienden a la vida cotidiana de la comunidad.

Así tenemos que ese valioso instrumento es la política criminal, por medio de la cual se harán los estudios, análisis y estadísticas que se requieran para sustentar una decisión hacia uno u otro sentido, que quedará plasmado en leyes propuestas, tal vez, por los órganos ejecutivo del gobierno a los órganos legislativos, quienes finalmente los legitimarán como leyes y corresponderá a los órganos judiciales su efectiva aplicación. Por supuesto no pasa desapercibido que la ejecución, en este caso de las penas, corresponde, nuevamente, al poder ejecutivo estatal.

Pero como hemos hecho hasta ahora, volvamos nuestro entendimiento al de los maestros y estudiosos que han profundizado en los temas y que nos sirven de orientación en nuestro propio ejercicio intelectual.

Para el maestro Bacigalupo: "Desde hace muchos años nuestro Derecho Penal, tanto en lo legislativo como en lo referente a su aplicación, se encuentra dominado por la teoría unificadora de los fines de la pena, es decir, por una determinada articulación de sus aspectos retributivo y preventivo. Tal articulación procura dejar a salvo el fundamento represivo (retributivo) de la pena, fijando a la vez dentro del marco así determinado, objetivos de prevención individual que hoy se condensan en la expresión 'resocialización'.

Esta concepción unificadora constituye el marco dentro del cual debe llevarse a cabo el análisis de las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal.

Estas relaciones presuponen una cierta oposición entre ambos términos. Tal oposición es en realidad paralela a la oposición entre retribución y prevención contenida en las teorías unificadoras. Su surgimiento está históricamente condicionado por la aparición de la tendencia preventivo-especial inspirada por el positivismo, pues es evidente que bajo el dominio de la teoría retribucionista no tenía sentido hablar de política criminal. La 'política' presupone la intención de alcanzar un fin y las teorías absolutas se caracterizan esencialmente por rechazar la idea de todo fin preventivo. Dentro del contexto histórico de su surgimiento la expresión 'política criminal' expresa un programa de reforma del Derecho penal dirigido fundamentalmente contra la teoría de la retribución, inspiradora de los códigos entonces vigentes<sup>35</sup>

Ahora veamos la autorizada opinión del profesor alemán Maurach: "En cuanto parte integrante de la política jurídica general y, por lo tanto, de la política, la política criminal se ocupa de la obtención y realización de las concepciones del orden en la

---

<sup>35</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, primera edición, México, Cárdenas, editor y distribuidor, 1989, pp. 31 y 32.

lucha contra la delincuencia. Es preciso distinguir entre ciencia político-criminal y política criminal aplicada; desde un punto de vista científico, la política criminal tiende 'a la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias sociales, tácticas y medios para la enseñanza de un control óptimo del delito'. Por ende, ella se refiere principalmente a los siguientes campos: determinación de la tarea y función de la administración de justicia penal, creación y decisión de un modelo de regulación determinado en esta materia, su configuración y aplicación práctica basada en el planteamiento de las diferentes tareas y el constante examen respecto de las posibilidades de mejoramiento."<sup>36</sup>

Una vez establecido nuestro conocimiento anterior, tenemos que realizar un primer acercamiento, por ejemplo, el propuesto por el Maestro Márquez Piñero, tenemos que: "En un amplio sentido, la política criminal constituye todo género de actividad estatal encaminada a la prevención de delito y a la lucha contra él. Desde luego, no se trata de una ciencia, como quisieron considerarla algunos ni tampoco es la disciplina que pretendió haber creado Franz Von Liszt. La política criminal nació en Italia: 'donde debe buscarse la primera cultura sobre derecho penal', y ahí apareció por primera vez una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas o, lo que es lo mismo, una primera dirección de la política criminal. Debido a ello, puede considerarse al Marqués de Beccaria como el iniciador de esta corriente.

Por consiguiente, se trata no de una ciencia, sino de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentada en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y de las demás medidas de defensa social contra el delito. Tales criterios suministran material al derecho penal para la obtención de nuevas metas. Realmente el propósito de la política criminal es aprovechar de modo práctico los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, por parte del legislador, para satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico.

---

<sup>36</sup> MAURACH, REINHART y ZIPF/HEINZ, Derecho Penal, tomo I, séptima edición, Argentina, Editorial Astrea, 1994, p. 51.



Mediante el criterio orientador antes aludido se han logrado importantes metas legislativas: La adopción para los menores de un sistema esencialmente educador, el establecimiento de medidas de defensa social contra delincuentes reincidentes o habituales, el tratamiento de los delincuentes patológicos, el estudio biológico del delincuente como base de ejecución de las penas de privación de la libertad, etc., finalidades consideradas hace algunos años como un lejano ideal y que constituyen ya auténticas y espléndidas realidades.<sup>37</sup>

Revisemos ahora el concepto del profesor español Muñoz Conde:

### "C) POLÍTICA CRIMINAL

Sería absurdo negar a las teorías criminológicas un valor siquiera parcialmente informativo sobre la criminalidad o la conducta desviada. Pero tampoco pueden pretender una validez absoluta y, mucho menos, vincular al legislador en sus decisiones sobre cuáles son las conductas merecedoras de pena. Este es un problema que adopta características propias y que, en última instancia, se resuelve como un problema político (criminal). Son varios, sin embargo, los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la *Política Criminal*, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador.

Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales sería, por ejemplo, inaceptable, por injusto, castigar con pena de muerte un hurto, por más que el aumento de las penas en estos delitos pueda ser útil desde el punto de vista de su prevención. Pero igualmente sería desaconsejable, por inútil y contraproducente, castigar con pena privativa de libertad el impago de pensiones en el ámbito de las separaciones conyugales, cuando ello puede

---

<sup>37</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *Derecho Penal*, segunda reimpresión de la cuarta edición, México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 2001, p. 40.

producir más daños que beneficios a las víctimas. El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de una conducta, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas. Precisamente el conocimiento empírico de esos efectos que suministran las diversas teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas, de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merecen el calificativo de punibles. Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega al Derecho penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas.<sup>38</sup>

Otros profesores españoles establecen con claridad las diferencias entre la Política Criminal y el Derecho Penal, refieren al respecto:

*"DIFERENCIAS ENTRE POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL"*

"Las tesis diferenciadoras: La Política Criminal como ciencia crítica de *lege ferenda*.

La separación entre Política Criminal y Derecho Penal parte de la idea de que la *construcción del sistema* es un quehacer eminentemente *jurídico*. La *Política criminal, como ciencia que estudia las condiciones que hacen eficaz la actuación del Derecho Penal*, en atención a los fines y funciones que a éste se le otorgan, tanto para el hombre como para la sociedad, propondrá y determinará reformas del sistema vigente por la vía de la crítica de aquellas de sus instituciones que se consideren político-criminalmente inadecuadas o intolerables. Su ensamblaje con la Dogmática Penal no se traduce en actuaciones positivas 'inmediatas' sobre el sistema, sino que se reduce a operar como criterio de la fase 'crítica', culminadora del proceso dogmático, pero apartada del ámbito del sistema positivo. La Política criminal queda así como '*ciencia que mira al futuro*', con permanente propósito de sugerir perfeccionamientos de las

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *ob. cit.*, p. 214 y 215.

leyes penales. Así, por ejemplo, GIVONOVITCH entiende que la Política criminal es una doctrina de *lege ferenda* o 'deontológica', que busca lo que 'debe ser' a partir de la *ley lata*.<sup>39</sup>

Es el momento de que revisemos una visión mexicana del concepto: "Lo anteriormente expuesto nos conduce a las siguientes conclusiones: Si entendiéramos con Battaglini, que Política Criminal, es la ciencia que estudia los medios con los cuales el Estado ha de combatir, mediante el derecho – penas y medidas de policía – la delincuencia, no tendríamos problemas en ubicarlos dentro de las llamadas ciencias jurídico-represivas.

Sin embargo, la política criminal no puede reducirse a eso, por más que en un Estado democrático se desarrolle dentro de un marco jurídico que la limita y justifica, por ello se ha dicho que ella es técnica, es organización, es eficacia, ella tiene un contenido ideal, formula sus principios de los cuales se ha de servir, para el logro de su realización, principios que en ningún momento y por ningún motivo la anquilosarán, como se afirma, pues su característica de ser ciencia práctica antes que especulativa, la inclinará hacia los hechos comprobados y palpitantes de la vida, antes de aceptar dogmas petrificadores. 'La Política Criminal es más bien cosa de acción que de doctrina'<sup>40</sup>

Otro concepto sumamente interesante, en este caso crítico, lo proporciona el maestro alemán Hassemer respecto de la moderna política criminal:

"En este sentido, la política criminal 'moderna' está caracterizada con claridad. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los

<sup>39</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO y otros, *ob. cit.*, pp. 220 y 221.

<sup>40</sup> BARRITA LÓPEZ, FERNANDO A., *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1999, pp. 75 y 76.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal: protección del 'bienestar' del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, fomento estatal de la economía o procesamientos de datos en la economía y la administración. Instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de daño o lesión (entre cuyos presupuestos de punibilidad está la comprobación de un daño concreto y su causación por el imputado), sino por medio de los delitos de peligro (generalmente abstracto), para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador ha prohibido como peligrosa)."<sup>41</sup>

Así tenemos que la llamada Política Criminal, es, tradicionalmente, la aplicación de todos aquellos conocimientos proporcionados por la investigación científica del crimen, del criminal y de la criminalidad, así como de la reacción social hacia ellos, en el intento de evitarlos en forma preventiva, y cuando esto no sea posible, reprimiéndolos. El autor refiere que es el conjunto de medidas prácticas que el Estado debe tomar para prevenir la criminalidad. La Política Criminológica, por su parte, sería la aplicación de los conocimientos criminológicos en la prevención general y especial de las conductas antisociales.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> HASSEMER, WINFRIED, *Crítica del Derecho Penal de hoy*, primera reimpresión de la primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 54.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *Criminología*, décima quinta edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, p. 111.



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **MARCO JURÍDICO E HISTÓRICO**

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- 2.2 Código Penal Federal.- 2.3 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.- 2.4 Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.- 2.5 Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal.- 2.6 Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.

Las normas jurídicas aplicables y relativas al tema de nuestro estudio son las que a continuación se analizan, en el entendido que no se pretende agotar el tema, ni analizar la totalidad de las leyes existentes acerca de la pena y su función en el derecho positivo mexicano, sino únicamente revisar, con una visión crítica, la más importante normatividad vigente.

#### **2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

El marco jurídico de la ejecución penal, lo que constituye el derecho penitenciario en cuanto a la ejecución de la pena de prisión, o con una visión más amplia, el derecho de ejecución penal, es realmente una rama del derecho penal de reciente estructuración, ya que en etapas anteriores, como ya referimos, la ejecución penal había sido considerada como una actividad discrecional de las autoridades responsables, con tendencias represivas o correccionales, pero más de carácter administrativo que jurídico.

En el momento actual, la fundamentación de la ejecución de las penas, esto es, la teoría o teorías de la pena aplicables en nuestro derecho positivo se prevé expresamente en el artículo 18 de la Carta Magna, cuya evolución se analizará en seguida.

## El artículo 18 constitucional. Antecedentes

Como antecedente más remoto del actual artículo 18 constitucional encontramos al artículo 297 de la Constitución Política de la Monarquía Española, conocida también como Constitución de Cádiz, promulgada en esa ciudad española el 19 de marzo de 1812, que disponía lo siguiente:

*"Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; así el alcalde tendrá a éstos a buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos".*

Un segundo antecedente se encuentra en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, del 22 de octubre de 1814, que refiere: *"Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano"*, estableciendo el principio de legalidad para todo tipo de detención.

El tercer antecedente es el artículo 72 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de 18 de diciembre de 1822, que dice: *"Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia."*

El cuarto antecedente es el artículo 5º, fracción IX del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842:

*"La Constitución otorga a los derechos del hombre las siguientes garantías:*

*... Seguridad. IX. El edificio destinado a la detención, debe ser distinto del de la prisión: uno y otro estarán en el lugar de la residencia del juez competente que ha de juzgarlos, y tanto del detenido, como el preso, quedan exclusivamente a la disposición*

*del juez que conoce de su causa, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en cosa alguna relativa a su persona, sus bienes, o su juicio, debiendo limitarse a prestar a la judicial los auxilios que le pida y quedando éstos enteramente a sus órdenes."*

El texto del artículo 18 constitucional vigente es el siguiente: *"Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.*

(Como podemos observar, el constituyente consideró a la pena de prisión como la emblemática, al restringir el bien máspreciado por el ser humano, su libertad. También es importante destacar que utiliza la palabra "extinción", que significa en términos llanos significa desaparecer, acabar, lo que no resulta claro en materia jurídico penal.)

*Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.*

(Estamos ante una de esas facultades conocidas como concurrentes, en las que tanto la Federación como los Estados federados tienen facultades y competencia sobre alguna materia específica; por otro lado, menciona la función de la pena en nuestro país, la cual debe servir para la readaptación social del delincuente, utilizando para tal efecto la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo; esto, a nuestro juicio se refiere a la prevención especial, ya que se busca que durante el cumplimiento de la pena, el ejecutoriado se eduque, trabaje o se capacite para realizar algún trabajo, considerando que ello será suficiente para que una vez que haya cumplido el tiempo de duración de la pena que se le haya impuesto, estará listo para iniciar una vida plena y acorde con lo que la sociedad determine correcto, bueno o justo.)

*Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.*

*La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.*

*Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.*

*Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social."*

En esta última parte del precepto constitucional, advertimos que se introdujo un elemento más para lograr la readaptación social del sentenciado, esta es el acercar al reo a su lugar de origen o el lugar en el que se encuentren sus relaciones sociales y su comunidad, con la esperanza de que dicha cercanía coadyuve efectivamente a lograr la ya referida readaptación social.



Si bien, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la base fundamental de donde se pueden extraer los principios teóricos que se aplican en México respecto de la pena, específicamente en su expresión más importante, como es la pena de prisión o privativa de la libertad, existen otros artículos que tienen relación con el tema de nuestro estudio, como son los que a continuación se describen y que contienen, a nuestro juicio, garantías individuales a favor del sentenciado.

*"Artículo 5º.- ... (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)*

*Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123."*

Con base en esta disposición, está proscrita en nuestro país la pena de trabajos forzados.

En el último párrafo del artículo 19 podemos apreciar lo siguiente:

*"Artículo 19.- ... (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)*

*Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."*

Que constituye una garantía de protección a la integridad física del reo, como lo es también el artículo siguiente, en el que también se aprecia cierto ánimo de justificación de las penas distintas a la de prisión.

*"Artículo 22.- (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos,*

*el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.*

*No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordena la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acedita la legítima procedencia de dichos bienes.*

*No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buen fe.*

*También queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."*

Como ya lo señalamos, el artículo 22 constituye una salvaguarda para los sentenciados, al prohibir expresamente toda lesión de su integridad física, en su primer párrafo y en los subsiguientes se protege la integridad patrimonial de las familias y de los reos, ya que con ello se evita que la pena pueda ser tomada como un simple y llano castigo por el mal ocasionado por el responsable del delito.

*"Artículo 23.- (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene..."*

El artículo anterior (23), prohíbe que los juicios se alarguen indefinidamente, con los consiguientes perjuicios para el inculpado y su familia. Así tenemos como primera instancia a la que se tramita ante el juez que conoce de la causa originaria, el que, en su caso, dicta la orden de aprehensión y el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; como segunda instancia tenemos al trámite de la apelación contra la sentencia dictada en primera instancia; y la tercera la constituye el juicio de amparo directo que en última y definitiva instancia resuelve problemas de legalidad y constitucionalidad al revisar las dos instancias precedentes.

*"Artículo 38.- (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:*

*I. Por falta de cumplimiento sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;*

*II.- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.*

*III.- Durante la extinción de una pena corporal;*

*VI.- Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.*

*La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos del ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación."*

Las fracciones más significativas son la III y la VI, que expresamente señalan que durante la extinción de la pena corporal, la de prisión o privativa de libertad, el sujeto estará en una situación como de *capitis diminutio* del derecho romano, esto es, aún cuando los conserva, no podrá ejercer sus derechos y prerrogativas, como por ejemplo votar y ser votado. Esto podría ser interpretado como una pena trascendental, pero no lo es, ya que es comprensible que una persona que ha sido condenada a la pena privativa de libertad con motivo de la comisión plenamente comprobada de un delito pudiera ser candidata a un cargo de elección popular, como podría ser el de diputado o presidente municipal, cuando el servicio público debe ser ejercido por personas de probidad y honestidad comprobadas.

En el caso de la fracción VI es comprensible que pueda ser impuesta como pena, por ejemplo en los delitos cometidos por los servidores públicos, como el ejercicio indebido del servicio público o el peculado, por lo que en estos casos la pena de suspensión de los derechos de ciudadanía tiene una función preventiva especial, ya que conmina al infractor a no volver a cometer esa clase de delitos si es que algún día vuelve a integrarse a un cargo público.

*"Artículo 73.- (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) El Congreso tiene facultad:*

*XXI.- Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse;*

*XXII.- Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación;"*

La fracción XXI antes trascrita, establece como competencia del Congreso de la Unión legislar en la materia penal aplicable a lo que se conoce como fuero federal, en el que por supuesto está incluida establecer la política criminal, el procedimiento la tipificación de conductas como delitos y la teoría de la pena aplicable a los delincuentes en materia de delitos federales.

El Congreso de la Unión también tiene competencia para legislar en materia de amnistía para las personas que cumplen penas con motivo de la comisión de delitos federales, precisamente porque la amnistía es el perdón del Estado a los delincuentes y la supresión del cumplimiento de la pena, esto último se realiza por motivos de política criminal, cuando es más conveniente para los fines de la pena su extinción en lugar del cumplimiento forzoso de las mismas. Lo más común en materia de amnistía es por los delitos conocidos como políticos, a fin que la población constate la apertura democrática del gobierno en turno.

*"Artículo 89.- (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:*

*XIV.- Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común en el Distrito Federal."*

En este precepto constitucional podemos observar una de esas facultades que se reservó para las autoridades federales en materia del Distrito Federal. Si bien es tradicional que también se reserve a los titulares de los Poderes ejecutivos la facultad de conceder indultos, que también es el perdón del gobierno a favor de personas sentenciadas en lo particular, no en forma general como sería en la amnistía, quienes también la emiten por motivos de política criminal o cuando se comprueba fehacientemente que el sentenciado no es el responsable del delito, también es cierto que puede considerarse como una intromisión del ejecutivo en la competencia y

facultades del legislativo que estableció el tipo penal y del judicial que comprobó el delito e impuso la pena, además de que es una reminiscencia del presidencialismo autoritario que seguimos sufriendo.

## 2.2 Código Penal Federal

Ahora toca analizar los preceptos del Código Penal Federal en lo que corresponde a nuestro tema de estudio.

*"Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva."*

En este precepto se describe con claridad la pena más representativa, sobre la que se formulan la mayoría de las teorías, que es la pena de prisión. Se considera que es la pena más importante, toda vez que priva al sujeto activo del bien máspreciado del ser humano, como es la libertad, corporal se dice en el código, o como algunos teóricos refieren, ambulatoria. Nosotros consideramos que el concepto correcto es el de ambulatoria, ya que implica que el sujeto está impedido de ambular por donde el quisiera, ya que está restringida esa libertad al espacio que tenga en la prisión para hacerlo. Recordemos que existen lugares de cumplimiento de pena corporal en donde los sentenciados pueden incluso hacer una vida familiar relativamente libre, como en el centro de reclusión de las Islas Marias, que es llamado colonia penal. Por otro lado, tenemos los penales de máxima seguridad, en los que el sentenciado está confinado a su celda y, en ocasiones, sólo tiene una hora a la semana para salir a un lugar donde reciba la luz del sol.

*"Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño."*

*La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.*

...

*Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente pueden cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad."*

En la norma antes señalada, se establece la otra pena que consideramos más representativa, que es la multa y que afecta directamente al patrimonio del sentenciado. Algunas personas consideran más importante su bien jurídico patrimonio, incluso sobre su libertad ambulatoria, por lo que preferirían estar presos a que les disminuyan su patrimonio.

*"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."*

Este artículo 51 es sumamente importante para nuestro tema de estudio, porque refiere órdenes estrictas al Juez penal que debe atender en la imposición de las penas.

Así tenemos que el Juez al imponer la pena debe tomar en consideración dos aspectos que deben estar acreditados durante el proceso:

1.- Debe tener en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, esto es, los hechos objetivos determinados al momento de la comisión de delito, y;

2.- Debe tomar en cuenta las circunstancias peculiares del delincuente, lo que se refiere a los hechos subjetivos, tan difíciles de probar, en base a los cuales se analizará la subjetividad del sujeto activo.

Ambos parámetros significan también garantías del infractor, porque obligan al Juez a realizar un estudio concienzudo de las circunstancias exteriores del delito y a la subjetividad del activo.

Enseguida se menciona en el mismo artículo que al imponer una pena de prisión, se debe tomar en consideración ineludible a los fines de justicia, a la prevención general y lo que se refiere a la prevención especial. Esto es, que en materia de delitos federales el Juez penal deberá acatar la teoría de la pena que mira a valorar cuáles son los fines de la justicia; debe atender a la prevención general, esto es, una pena ejemplificadora para el resto de la sociedad; y por último al aspecto de la prevención especial, a fin de conseguir que la pena sirva al delincuente para abstenerse de volver a delinquir.

*“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 o 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;*

*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."*

En este precepto se obliga al Juez penal a ser justo, y a tomar en consideración, al momento de imponer una pena de diversos aspectos que ya no tienen relación con las teorías de la pena, sino con aspectos de percepción de la realidad por parte del Juez, ya que debe valorar la gravedad del ilícito que realmente es la forma en que el Juez percibe al hecho y, el grado de culpabilidad del agente, esto es, sin especificar cuál teoría de la culpabilidad se aplicará, obliga el juez a valorar la importancia del ámbito subjetivo del delincuente al momento de la comisión de delito.

Acto seguido, en las diversas fracciones que integran este precepto, tenemos diversos aspectos subjetivos que debe valorar el Juez del estudio de la causa penal, a fin de fundamentar en sus términos la imposición de la pena.

*"Artículo 99.- La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso."*



Este artículo, establece, en sentido contrario, lo relativo a que quien esté sujeto a una pena privativa de libertad está suspendido también en el ejercicio de derechos de tipo civil, político o de familia, sin que ésta suspensión sea parte de la pena, como sí lo es, por ejemplo, la suspensión para ejercer determinado oficio o profesión, así como una inhabilitación para desempeñar cargos públicos.

### 2.3 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

El 12 de noviembre de 2002 entró en vigor el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ordenamiento que abrogó el anterior Código Penal para el Distrito Federal de 1999, derivado el Código Penal de 1931, que se aplicaba tanto en el ámbito federal como en el local del Distrito Federal.

Al hacer una lectura de sus artículos más relevantes para la materia de nuestro estudio encontramos interesantes aspectos que vale la pena resaltar, principiando con una parte de la exposición de motivos.

*"Título cuarto, aplicación de penas y medidas de seguridad.; se integra con Nueve Capítulos, el primero se refiere a las reglas generales, que contempla que para la imposición de la sentencia condenatoria el juez individualizará la pena tomando como base la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, considerando la naturaleza de la conducta y de los medios utilizados ...".* Esta breve transcripción de la exposición de motivos nos refiere que en última instancia el nuevo Código sigue los lineamientos del Código Federal que ya analizamos, al señalar que en la individualización de la sentencia se deberá tomar en consideración la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del delincuente.

En su artículo 30 establece el catálogo de penas, en los siguientes términos:

*"Artículo 30. (Catálogo de Penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:*

*I. Prisión;*

*II. Tratamiento en libertad de imputables;*

*III. Semilibertad;*

*IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;*

*V. Sanciones pecuniarias;*

*VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;*

*VII. Suspensión o privación de derechos; y*

*VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos."*

Como se puede observar, aún cuando cualquier pena es grave para la integridad personal, así como para el entorno social del sentenciado, tenemos unas penas mas duras que otras, entre las primeras destaca, por supuesto, la de prisión, ya que se priva de su libertad de tránsito o ambulatoria al reo, confinándolo a estar en un lugar determinado, como es la institución carcelaria, que en nuestro país llevan la denominación de "centros de readaptación social" o "cereso", como coloquialmente se ha dado en llamarlos, en cuya denominación se infiere el carácter de la función que a la pena se le atribuye en nuestro sistema jurídico.

*"Artículo 33. (Concepto y duración de la prisión). La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.*



*En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo.*

*Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de cincuenta años."*

El artículo anterior nos da un concepto de lo que es la pena de prisión sin mencionar los fines o función de la misma, sin embargo, con un claro sentido humanitario que han tratado de imbuirle los legisladores locales del Distrito Federal, se especifica que la pena no puede exceder de cincuenta años de prisión, aún cuando se tengan sentencias acumuladas. Esto es comprensible ya que cualquier persona que permanezca cincuenta años de su vida en el interior de una prisión, indudablemente carece por completo de capacidad para readaptarse a un mundo que cambia aceleradamente. Es innegable que un pena de prisión perpetua violaría el artículo 18 de la Constitución Federal, toda vez que este tipo de reclusión es totalmente incompatible con el imperativo constitucional de que la pena debe servir (función) para readaptar al sujeto, en base a la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo. Si nunca va a salir vivo de la prisión, no es necesario readaptarlo mientras esté en la institución carcelaria.

*"Artículo 37. (Multa, reparación del daño y sanción económica). La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica."*

La segunda pena en gravedad consideramos que es la pecuniaria, ya que afecta a uno de los bienes más preciados para algunas personas, como es su patrimonio. Esta pena, cuando se aplica aisladamente, se considera que no persigue fin alguno, porque sería como pagar una cantidad de dinero por el delito cometido, sin posibilidades de una readaptación adecuada.

*"Artículo 72.- (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:*

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

*II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;*

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

*IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;*

*V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.*

*Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*

*VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;*

*VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y*

*VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes."*

En este artículo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se alcanza a vislumbrar la intención de dar cabida en nuestro sistema jurídico a algunas de las nuevas tendencias en materia penal, principalmente en las fracciones II, en la que señala que también deberá tomarse en consideración la magnitud del peligro en el que fue colocado el bien jurídico tutelado. También en la fracción VIII en la parte que refiere a determinar la posibilidad que tuvo el agente para ajustar su conducta a las exigencias de la norma.

#### **2.4 Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados**

Esta ley está dirigida a las autoridades que ejecutan la pena, en la que se trata de clarificar los elementos y conceptos en los que se debe fundar una valoración objetiva del grado de readaptación social que ha tenido un sentenciado, sin embargo cabe preguntarse qué tan objetiva es una valoración cuando se refiere a un estado subjetivo del agente.

*"Artículo 2. El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente."*

Este artículo 2° reglamenta el principio general o garantía individual previsto en el artículo 18 de la Constitución General de la República, en lo que se refiere a los fines de la pena en nuestro sistema ejecutivo de las sanciones.

*“Artículo 6. El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales.*

*Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas...”.*

Esta norma jurídica implica la manera de realizar los fines de la pena, esto es, individualizándola de conformidad con el estudio científico del delincuente, aunque lo encontramos un tanto contradictorio al establecer una clasificación de las instituciones de conformidad con la peligrosidad del reo.

*“Artículo 11. La educación que se imparta a los internos no tendrá sólo carácter académico sino también cívico, higiénico, artístico, físico y ético. Será, en todo caso, orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y quedará a cargo, preferentemente de maestros especializados.”*

En este artículo se extiende la garantía constitucional de los fines de la pena, pues ordena a las autoridades proporcionar a los internos una educación integral, que abarque todos los aspectos necesarios para adquirir una mejor calidad de vida.

*“Artículo 16. Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse*



*exclusivamente en los días de trabajo, en la participación de actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado."*

Si bien los beneficios de remisión parcial de la pena no están expresamente previstos en la Constitución Política, estos son una verdadera ventaja para los internos, pero para obtenerlos, la pena deberá cumplir efectivamente con su función, esto es, de readaptación del reo, por tanto, la teoría aplicable en este sentido es la de la prevención especial.

### **2.5 Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal**

La normatividad relacionada con la ejecución de la sanción se entremezcla con las teorías de la pena, aunque ésta última es la justificación y aquella es el sistema de aplicación.

Para Gustavo Malo Camacho, el curso del Derecho Penitenciario debe comprender cuestiones relativas a:

1. Ejecución de penas privativas o limitativas de libertad.
2. Ejecución de toda otra índole de penas (limitación o privación de derechos, pecuniarias, etc.).
3. Ejecución de medidas de seguridad.
4. Ejecución de prisión preventiva.
5. Ejecución de cualquiera otro tipo de detención.



La ejecución de la pena es el fin del Derecho Penitenciario, aunque hay que estar conscientes de que dicha ejecución es una actividad compleja que implica los fines de la pena, que pueden ser:

- a) La protección de la convivencia y de los bienes jurídicos;
- b) La prevención social;
- c) La reeducación;
- d) La resocialización;
- e) La readaptación;
- f) La reinserción social;
- g) El simple castigo;
- h) La incapacitación del delincuente o;
- i) La defensa de la sociedad, entre otros.

Ahora analicemos brevemente algunos artículos relevantes de la ley en cita.

*"Artículo 1.- La presente Ley es de interés general y orden público, y tiene por objeto la ejecución de las sanciones penales impuestas por tribunales competentes, conforme a las disposiciones constitucionales y a las leyes aplicables."*

Esta norma general establece la obligación de las autoridades de aplicar los principios constitucionales en la materia, por tal motivo es ineludible que atiendan a que

la pena deberá estar orientada a la readaptación social del sentenciado con base en la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo.

*"Artículo 4.- Corresponde al Jefe de Gobierno, por conducto de la Secretaría, la aplicación de esta Ley."*

Simplemente señala cuál es la autoridad competente para ejecutar la ley, y en forma específica en el siguiente artículo:

*"Artículo 5.- La Secretaría, a través de la Subsecretaría de Gobierno, la Dirección General y la Dirección aplicará las disposiciones de la presente Ley."*

*"Artículo 8.- La Subsecretaría, a través de la Dirección General, organizará las instituciones del Sistema Penitenciario del Distrito Federal vigilando que el proceso de readaptación de los internos esté basado en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación."*

El artículo 8° reafirma o confirma, como en el ordenamiento federal, los principios del artículo 18 constitucional.

*"Artículo 9.- A todo indiciado, procesado, reclamado o sentenciado que ingrese a una institución del Sistema Penitenciario del Distrito Federal, se le respetará su dignidad personal, salvaguardando sus derechos humanos, por lo que se le dará el trato y tratamiento correspondientes conforme a las disposiciones constitucionales, leyes y tratados aplicables en la materia."*

Consideramos innecesario este artículo porque es obligación de toda autoridad el respeto irrestricto de las garantías individuales o en el término más amplio que señala, los derechos humanos de los sentenciados.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

*"Artículo 10.- El contenido de la presente Ley, se aplicará a los sentenciados ejecutoriados; y en la parte conducente a indiciados, reclamados y procesados, entre quienes se promoverá su participación en los programas de trabajo, capacitación y educación."*

Es una disposición de buenas intenciones, pero cabe cuestionar hasta qué punto es constitucional, ya que el indiciado, reclamado o procesado, es presuntamente inocente, por lo que si esto se confirma, no necesita de modo alguno algún tratamiento de readaptación social.

*"Artículo 11.- En las instituciones que integran el Sistema Penitenciario del Distrito Federal, se promoverá la participación del sentenciado en su tratamiento."*

En todo caso, esto es una consecuencia de la obligación de la autoridad ejecutora, por lo que sobra la disposición al respecto.

*"Artículo 12.- Para la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, se establecerá un régimen progresivo y técnico tendiente a alcanzar la readaptación social del sentenciado. Constará por lo menos de dos periodos: el primero, de estudio y diagnóstico, y el segundo, de tratamiento, dividido este último, en fases de tratamiento en internación, externación, preliberacional y postpenitenciario."*

*El tratamiento se fundará en las sanciones penales impuestas y en los resultados de los estudios técnicos que se practiquen al sentenciado, los que deberán ser actualizados semestralmente.*

*La readaptación social tiene por objeto colocar al sentenciado ejecutoriado en condiciones de no delinquir nuevamente."*

En la anterior norma se desarrolla el sistema de readaptación social previsto en el artículo 18 constitucional, con la función de lograr dichos fines específicos de la pena.

*"Artículo 13.- Se consideran medios para alcanzar la readaptación social del sentenciado, el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, en base a la disciplina, los cuales serán requisitos indispensables para quienes deseen acogerse a los beneficios señalados en esta ley."*

Este artículo es confuso, porque define los medios pero pone su obtención en manos del sentenciado, cuando debería ser una enunciación de las obligaciones de las autoridades.

## **2.6 Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal**

Aún cuando representa un ordenamiento jurídico de baja jerarquía, se consideró pertinente incluirlo en los ordenamientos legales que rigen el sistema de aplicación de las penas.

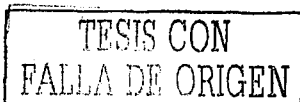
*"Artículo 4.- En el Sistema de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, se establecerán programas técnicos interdisciplinarios sobre la base del trabajo, la capacitación, la educación y la recreación que faciliten al interno sentenciado, su readaptación a la vida en libertad y socialmente productiva y eviten la desadaptación de indiciados y procesados."*

Esta norma agrega un elemento más, la recreación, es indudable su utilidad, sin embargo, consideramos que excede el fin del reglamento, dicho elemento cabría en la ley.

*"Artículo 7.- La Organización y el funcionamiento de los Reclusorios tenderán a conservar y a fortalecer en el interno, la dignidad humana, la protección, la organización y el desarrollo de la familia, a propiciar su superación personal, el respeto a sí mismo, a los demás y a los valores sociales de la nación.*

*El tratamiento de los internos tiene como finalidad su readaptación a la comunidad libre y socialmente productiva."*

El primer párrafo de este artículo contiene una colección de buenos deseos, que no pueden ser evaluados objetivamente, por lo que es confuso al no desarrollar los conceptos como el de "valores sociales de la nación", ya que este es un término sociológico y no jurídico, que puede ser interpretado de la forma que a cada quien le acomode.



## CAPÍTULO TERCERO

### APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y EL DERECHO PENAL POSITIVO MEXICANO

3.1 La aplicación de las teorías de la pena en la actualidad.- 3.2 Nuevas corrientes de la teoría de la pena y su posible aplicación en México.- 3.3 Cómo elaborar una nueva Política Criminal en México que se traduzca en el mejoramiento del combate a la criminalidad.- 3.4 Propuesta de reformas constitucionales y legales en las que se apliquen teorías de la pena diferentes a las que se aplican actualmente.

#### **3.1 La aplicación de las teorías de la pena en la actualidad**

Coincidimos con el maestro Raúl Zaffaroni cuando afirma que: "El hombre siempre aparece en sociedad, interaccionado estrechísimamente con otros hombres. Se agrupan dentro de la sociedad en grupos permanente, alternativa o eventualmente coincidentes o antagónicos en sus intereses y expectativas. Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura del poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte es difusa.

Lo cierto es que toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se 'controla' socialmente la conducta de los hombres, control que no sólo se ejerce sobre los grupos más alejados del centro del poder, sino también sobre los grupos más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse (en la misma sociedad

de castas, los miembros de las más privilegiadas no pueden casarse con los descastados)".<sup>43</sup>

Esto es, en el establecimiento de las penas, así como en su aplicación, no todo es jurídico, sino que prevalece la lucha entre los diversos grupos sociales, quienes detentan el poder y quienes quieren detentarlo, ello como medio de control de los propios grupos.

Por otra parte, revisemos la autorizada opinión de otra destacada jurista, dice la Doctora Emma Mendoza Bremauntz: "En las sociedades modernas los valores de mayor significación se transforman rápidamente y para determinar aquellos que deben ser protegidos por el Derecho Penal, se pueden tomar diversos criterios, por ejemplo, y así lo proponen algunos autores, deben tomarse en cuenta los valores que la mayoría del grupo reconoce. Pero la pluralidad de las agrupaciones modernas ha propiciado la multiplicación de pequeños grupos que individualmente pueden considerarse como minoritarios pero que al multiplicarse pueden modificar la idea de mayoría, formando subculturas relacionadas con valores diferentes, generando cuestionamientos a los objetivos del sistema penal que tiene que ser capaz de cambiar y orientarse a la búsqueda de una prevención delictiva eficaz.

En las sociedades modernas más democráticas y desarrolladas, ambos sistemas normativos, religiosos y seculares, se han disociado, quedando claro que el acto delictivo es principalmente una infracción al derecho penal. También se admite que en razón de las características de la mayoría de estas subculturas, no se puede imponer a todos la moral dominante y se ha reconocido el derecho a ser diferente que ha reemplazado al orden moral.

Otra realidad innegable es que en la actual sociedad pluralista, la autoridad del derecho se ha debilitado.

---

<sup>43</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, cuarta reimpresión de la segunda edición, México, Cárdenas, editor y distribuidor, 1998, p. 22.

Dice Picca que, si bien, 'es un hecho que el acto del criminal provoca reacciones –a veces violentas- de reprobación; no es menos cierto que la criminalidad, en su conjunto, se ha trivializado mucho. Forma parte de nuestra vida, pues en nuestros días la delincuencia se ha propagado a todos los medios sociales, aunque en formas distintas, según los medios'.

En la historia reciente de las penas, en los países más evolucionados la pena ha ido cambiando para ser menos violenta, menos grave y trascendental.

Pero el cambio no opera de manera permanente, y aunque es de mencionarse que en los países occidentales hay una tendencia hacia su humanización, la cual se desarrolla con avances y retrocesos, en todos los sistemas penales existen etapas de carácter involutivo como la corriente retributiva actual.

Ya se ha señalado la forma en que la pena ha ido suavizándose y cómo de la reacción individual brutal se pasa a la reacción colectiva igualmente bárbara.

La sociedad busca soluciones pragmáticas con la posibilidad de negociar las consecuencias aplicables por un hecho delictivo; mediante la composición entre agredido y agresor.

En los cuerpos legislativos actuales, hay reminiscencias de etapas primitivas que una visión moderna consideraría como superadas, pero que permanecen aún vivas y legalizadas en su práctica, como la regulación de la pena de muerte que subsiste desafortunadamente aún en muchos países, por más que se intenta disfrazar su crueldad natural con medios científicos de ejecución, como la inyección letal.

Permanece la sanción penal, en un criterio actual, como un instrumento de excepción, sólo utilizable para los casos en que otros instrumentos sociales y jurídicos,

UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA



no han producido los resultados esperados y se ha llegado hasta la comisión del hecho considerado por la ley penal como delito."<sup>44</sup>

Esto nos lleva a concluir que en la sociedad en la que se desenvuelven los hombres siempre han existido los delitos, pero estos han sido reprimidos con distintos grados de severidad, según la época en que se vive, llegando hasta la actualidad en que se han humanizado las penas y se tratan de justificar de diversas maneras.

Pero la aplicación de una o varias teorías de la pena se concretiza en una persona, en un individuo, precisamente en quien se determinó judicialmente que realizó la conducta tipificada como delito, en este sentido, es conveniente que analicemos lo que se conoce como individualización de la pena.

El Doctor Luis Rodríguez Manzanera, nos ayuda con un amplio comentario al respecto, que por su importancia consideramos oportuno transcribirlo en su totalidad:

#### "Individualización Legislativa

Es la etapa en la que la amenaza es enunciada; el legislador no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de una punibilidad; si considera que la conducta es grave, que el daño o el peligro que causan a la sociedad es superlativo, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud.

Para Chichizola, 'es la adecuación de la pena a cada figura delictiva básica (individuo) guiándose por el valor del derecho ofendido y el modo particular de ofenderlo que especifica la figura (tipo).'

---

<sup>44</sup> MENDOZA BREMAUNTZ, EMMA, Derecho Penitenciario, primera edición, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1999, pp. 42 y 43.

'Es la mitigación o agravamiento que hace el legislador de la pena con arreglo a las circunstancias particulares que especifica en circunstancias accesorias de las básicas'

La ley da a cada delito su propia punibilidad, o sea enuncia una amenaza de pena individual, pero debe tener cuidado en hacerlo de manera elástica, para dar lugar a la individualización judicial.

La solución más común es enunciar la punibilidad con un mínimo y un máximo, en esa forma se protege el principio de legalidad y se da al juez posibilidad de acción entre esos límites mínimo y máximo.

Esto es fácil en sanciones divisibles como la multa o la prisión, pero imposible en aquellas indivisibles como la pena de muerte; la solución propuesta es la alternativa, en la que el legislador da a escoger al juez entre dos o más puniciones.

Un problema interesante es el de la sanción indeterminada, en oposición a la estrictamente determinada. Mientras en esta última el legislador quita al juez todo arbitrio y le obliga a fijar una punición concreta (v. gr. destitución del cargo o separación del empleo), en la punibilidad legislativamente indeterminada se enuncia la pena, pero no su momento o duración (v. gr. embargo de bienes, internamiento hasta la curación o 'resocialización' del sujeto).

La idea de la indeterminación de la punibilidad y el arbitrio total del juez ha tenido múltiples partidarios; sin embargo, debe tomarse con reservas, muchas de las cuales han sido enunciadas por los juristas, en nombre de la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

La indeterminación legislativa, en nuestra opinión, debe dejarse, si acaso, a las medidas de seguridad y evitarse en la penas, dando a éstas los mínimos y máximos

más amplios posibles. Aun en las medidas de seguridad, es ya opinión generalizada que no deben exceder el máximo que correspondiera a la punibilidad en el mismo caso.

Al enunciar una punibilidad, el legislador debe tener en cuenta los medios existentes en la realidad y las posibilidades efectivas de tratamiento; esto implica conocimiento de la realidad penológica de un país, pues hacer leyes que ordenen tratamientos utópicos, que no pueden efectuarse por ausencia de instalaciones adecuadas o falta de técnicos profesionales en Criminología o Penología, equivale a la violación automática de esa ley.

De aquí la necesidad de que el legislador, que no es un técnico en penología, se vea auxiliado por asesores profesionistas que hagan estudios previos de la realidad, y que opinen sobre:

- a) La efectiva necesidad de criminalizar una conducta.
- b) La pena adecuada para un tratamiento conveniente.
- c) La conveniencia de la aplicación del tratamiento en determinados delitos.
- d) Las posibilidades reales de ejecución de la pena, en cuanto a instalaciones y personal.
- e) La variedad de punibilidades posibles, para lograr una gama que dé varias alternativas al juez que fija la punición.
- f) Los sustitutivos de penas desaconsejables (como la muerte, las corporales o la prisión).

Individualización Judicial.

Es la fase de determinación de la punición, es el momento en que el juez escoge entre el arsenal de punibilidades que la ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada tomando en cuenta tanto al delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente.

Tenemos pues tres criterios de individualización:

a) Criterio objetivo. En el que se atiende sobre todo al delito realizado, su forma de comisión, su gravedad, el peligro o daño causado, el bien jurídico tutelado y demás circunstancias del hecho. Aquí el juez tiene escaso arbitrio.

b) Criterio subjetivo. En el que lo importante es el delincuente, su personalidad y peligrosidad. El desarrollo de las ciencias del conocimiento del hombre (Biología, Psicología, Sociología), principalmente la Criminología, permitieron grandes avances y nuevos enfoques. El juez adquiere un gran arbitrio con este criterio.

c) Criterio mixto. Que intenta refundir los otros dos tomando en cuenta tanto el hecho como su autor, tanto el delito como al delincuente. Es el sistema más común en el momento actual y ya el mismo Ferri señaló el peligro de establecer un arbitrio ilimitado al juzgador.

La verdadera individualización de la pena comienza, según Chichizola 'con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado. La individualización legal que le precedió era sólo aproximada, ya que a la ley, por ser general y abstracta, no le es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

Una correcta individualización judicial supone que el juez:

a) Posee una especial preparación criminológica; lo que es una añeja ilusión de penólogos, criminólogos y juristas. La necesidad de preparación criminológica además de la jurídica es cada vez más notoria, y los mismos jueces asisten a cursos de criminología para ampliar su universo cultural y cumplir adecuadamente con su función.

Un juez ignorante de las ciencias criminológicas y penológicas (así como de medicina forense) no puede ser juez, no puede ni siquiera entender o interpretar los peritajes e información sobre la personalidad del presunto delincuente. El juez que solamente sabe derecho juzga con un código a un expediente, no a un hombre, es decir, no imparte justicia.

b) Dispone, antes del juicio, de informe válidos sobre la personalidad biopsicológica y social del delincuente; el juez no puede ser a la vez criminólogo, médico y policía, no está en sus manos aplicar personalmente las pruebas, exámenes e investigaciones pertinentes, por lo que debe formar parte de un verdadero equipo interdisciplinario, y aunque a él corresponde la decisión final, no debe olvidar que el proceso penal no es un fenómeno puramente jurídico, sino un acontecimiento en que: La determinación de la pena, aun con el asesoramiento de especialistas cuando fuere necesario, es función eminentemente jurídica, inalienables del magistrado cuya intervención asegura la ejecución de la justicia, y es garantía de los derechos del delincuente.

De aquí la insistencia de los especialistas en el examen inmediato (desde el momento de la detención) del presunto delincuente, que aunque ordenado por tantos códigos en muchos casos ha sido letra muerta.

c) Puede encontrarse en el Código Penal, o en textos análogos una gama variada de medidas entre las cuales tenga la posibilidad de escoger la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto; si la ley no da esta posibilidad el juez se encuentra atado de manos y está impedido para individualizar.

d) Existen en la realidad las instalaciones y el personal adecuado para la correcta ejecución de la pena, de lo contrario dictará sentencias irrealizables.

e) Conoce, finalmente, las ventajas e inconvenientes de dichas medidas respecto a las diversas sanciones, así como sus modalidades de aplicación, los resultados obtenidos en los países que han tenido la ocasión de experimentarlas y la pertinencia de su puesta en práctica en un contexto social determinado.

El juez no puede caer en el vicio de aplicar penas que sólo tienen eficacia en otros países, ni cometer el error de imponer medidas que ya han demostrado su ineficiencia.

#### Individualización Ejecutiva

La individualización ejecutiva es la fase de aplicación real de la pena.

Para muchos autores este es el momento más importante de la individualización (pues cumple la función de prevención especial), y es quizá el de mejor porvenir.

La individualización judicial 'constituye sólo un diagnóstico; y en materia del tratamiento penal, como en terapéutica, el diagnóstico no es suficiente; es preciso aplicar el remedio, variable según la persona a quien se dirija.'

Así como los jueces deben tener un gran arbitrio para determinar la punición, los encargados de la aplicación deben gozar de gran libertad para aplicar las modalidades de ejecución, de acuerdo a las peculiaridades del reo.

'La individualización empieza en la clasificación', nos dice un insigne penitenciarista, y estamos de acuerdo, principalmente en las penas privativas de

libertad, en que no se puede individualizar si están mezclados niños y adultos, mujeres y hombres, primarios y reincidentes, procesados y sentenciados.

Para clasificar necesitamos dos elementos: instalaciones adecuadas y personal idóneo; las primeras para que físicamente funcione la separación, el segundo para que haga una clasificación técnica, pues los criterios empíricos llevan al fracaso.

La individualización ejecutiva es necesaria también en las penas no privativas de libertad, principalmente en las pecuniarias, en que las modalidades de cumplimiento deben variar de acuerdo a la condición económica del sujeto.

Actualmente las autoridades administrativas tienen una gran cantidad de elementos para lograr la individualización. El más importante es el Consejo Criminológico, grupo interdisciplinario de diagnóstico, tratamiento y pronóstico, que hace los estudios, los valores, y hace las variaciones de tratamiento conducentes; son varias las instituciones que en el mundo cuentan con este servicio.

Además, las figuras como la retención (de la cual hay serias dudas), la remisión parcial de la pena, la libertad preliberacional, la libertad preparatoria, etc., se van imponiendo en diversos países permitiendo una amplia y efectiva individualización de la pena, quitando a las autoridades encargadas de la ejecución de la pena su triste papel de simples verdugos."<sup>45</sup>

Esto es, de conformidad con los atinados comentarios del autor en estudio, la individualización de la pena, de alguna manera va a determinar también cuál teoría será la aplicable al caso concreto.

Pero ahora estudiemos a uno de los autores contemporáneos más significativos:

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, Penología, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000, pp. 100 a 106.

Como dice Claus Roxin: "Lo que sí menciona el StGB de la República Federal Alemana es el concepto de 'defensa del ordenamiento jurídico', que es un tercer punto de vista preventivo general que sirve solamente para impedir que se puedan imponer penas inferiores a la que pueda corresponder a la culpabilidad, pero que no puede servir para justificar un efecto intimidatorio aislado: Este último efecto no tiene ningún apoyo en la ley y debe, por tanto, rechazarse. Pero no sólo por esto, sino por razones político-criminales. Pues si en el caso anteriormente citado es suficiente con una pena privativa de libertad de quince años para compensar la 'culpabilidad' del enfermo mental (es decir, la confianza de la población en el Derecho y su confianza en la eficacia protectora del Derecho Penal), entonces no es lógico que se exponga al delincuente a los efectos perniciosos que para su persona tiene una pena de reclusión perpetua y que, sin necesidad, sea sacrificado en aras de una 'intimidación' que, desde el punto de vista empírico, es tan irreal como el efecto intimidatorio de la pena de muerte. Mas bien hay que exigir lo contrario, es decir, que el juez no pueda por razones puramente intimidatorias imponer una pena en el grado máximo del marco de la culpabilidad cuando consideraciones de prevención especial hacen aconsejable imponer la pena en el grado mínimo de ese marco."<sup>46</sup>

Como vemos, el maestro alemán hace una crítica severa de las penas individualizadas de manera amplia.

Así tenemos que el juez fijará la pena tomando en consideración criterios preventivos especiales, por supuesto dentro de los límites del arbitrio judicial que le permite la culpabilidad, y sin que pueda imponer una pena que esté debajo del límite inferior fijado a su vez por el legislador.

Asistimos a la práctica legislativa de hacer de la culpabilidad el fundamento principal para determinar la pena, que se toma como la idea decisiva de una forma de prevención general. Con esto, los órganos legislativos se han decidido en aceptar la

<sup>46</sup> ROXIN, CLAUDIUS, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, primera edición, España, Instituto Editorial Reus, S.A., 1981, pp. 101 y 102.



tesis que se refiere a que la pena adecuada a la culpabilidad es la más idónea para mantener la confianza de la ciudadanía en el Derecho, y este punto de vista es en cierto modo otra visión para la determinación de la pena.

Por otro lado, consideramos que sería contrario a esta idea el hecho que el juzgador no estuviera vinculado de un modo general a la pena de conformidad con la culpabilidad, pudiendo de forma arbitraria, por razones de prevención especial, imponer una pena inferior a la correspondiente a ese marco que, según su criterio, fuera todavía suficiente para la protección de bienes jurídicos.

Sin embargo, las ideas modernas indican que no se puede mantener que en el Código Penal se prohíba de un modo general, e incluso en algún caso excepcional, imponer una pena que esté bajo del margen de libertad que permite la culpabilidad.

Esto es, en algunos casos se privilegia las circunstancias especiales de cada delincuente o la defensa del ordenamiento jurídico para omitir fijar una pena de duración inferior al mínimo legalmente establecido o conceder sustitutivos o beneficios en lugar de la pena.

De lo anterior, se desprende que en algunas legislaciones se permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando esta pena pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la readaptación del sentenciado, por ejemplo cuando son primo-delinquentes de un delito menor.

### **3.2 Nuevas corrientes de la teoría de la pena y su posible aplicación en México**

Una de las teorías de la pena más actuales, es la que se refiere a que no solamente debemos tomar en cuenta al infractor de la norma, sino también se debe considerar al sujeto pasivo del delito, esto es, a la víctima.

Uno de los autores más importantes en este tema es el profesor alemán, Winfried Hassemer, quien al respecto menciona lo siguiente:

"La estricta orientación al delincuente del concepto de resocialización está ya superada; la víctima aparece no ya como la simple figura de papel que encarna desde el punto de vista sistemático la lesión del bien jurídico, sino como una persona viva (alguien de carne u hueso) con cuyos legítimos intereses hay que contar, también desde el punto de vista sistemático, la teoría de los fines de la pena. Igualmente está superada la orientación estricta hacia el futuro tanto en el concepto de intimidación como en el de resocialización; una visión retrospectiva hacia los intereses de la víctima presupone necesariamente considerar los hechos sucedidos en el pasado, y tenerlos en cuenta para establecer el fin de la pena, no como la lesión abstracta de la norma, sino como un suceso concreto.

Finalmente, también está superada la cruda ideología de la adaptación, tal y como la configura tanto la resocialización como la prevención general, según la cual no sólo al condenado sino también a todos los delincuentes potenciales se les debe inculcar las normas del Derecho Penal, para que tanto en el presente como en el futuro se abstengan de cometer un delito. Con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima no solo significa la reposición material del daño causado; con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente).

Todo esto, como sentido de la pena, es algo muy diferente a la resocialización y la intimidación. Y es aplicable no solo al caso de la criminalidad de Estado - aquí es sólo donde se manifiesta con más fuerza - sino que sirve para todo el ámbito de la

pena estatal. Ello demuestra en cuanto se supera el ejemplo en concreto y se profundiza en los aspectos generales que dicho ejemplo sugiere.

El hecho de que la víctima debe ser considerada un punto de referencia en la teoría del delito es acertado pero no completo. En lo que respecta al derecho penal no se trata solo de esa persona en particular que ha resultado lesionada; la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. 'Víctima' de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico pero sí en sentido normativo, con lo cual, al final, de lo que se trata es del:

#### VIII. Aseguramiento de las normas fundamentales

El Derecho Penal no solo se ocupa de la relación entre el delincuente y la víctima. Lo que pudiera tener validez para la amistad o el amor (aunque al respecto tengo serias dudas), no sirve desde luego para el Derecho Penal: en la 'relación' penal el delincuente y la víctima no están solos, sino que todos nosotros aparecemos como afectados, incluso cuando el hecho no sea percibido por la generalidad. El Código Penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa.

Pues bien, el delito ataca normas de comportamiento, que pretenden proteger esos bienes jurídicos, y que, en el caso concreto, las deja sin efecto. Este no es un problema exclusivo de la víctima, sino de todos. Las normas de comportamiento únicamente pueden sobrevivir no solo cuando su incumplimiento se corrige pública y enérgicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el quebrantamiento de la norma, sino cuando se juzga este quebrantamiento, cuando preservamos la norma de cualquier tipo de negación de la misma. El modo en que esto se desarrolla, es algo que depende de numerosos factores, todos ellos contingentes y

cambiantes a largo plazo; una respuesta clara a la lesión de un bien jurídico no tiene por qué ser siempre una pena privativa de libertad, ni siquiera cualquier otra sanción penal; para esto puede bastar también, por ejemplo, cualquier amonestación o desaprobación. El que ello suceda es, sin embargo, indispensable para que puedan seguir siendo vinculantes los límites que el Derecho Penal impone a la libertad.

Visto así, la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescriptible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art por l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro. Y ello explica también los papeles estelares del Derecho Penal en la percepción pública; especialmente en tiempos como los nuestros, caracterizados por la erosión de las normas y el cambio de valores, debe haber espacios, en los que se pueda discutir sobre la validez de las normas de forma clara, responsable y fructífera. Uno de esos espacios es el sistema penal. El Derecho Penal establece el modelo de las normas de comportamientos fundamentales e irrenunciables y las impone.

Este punto de vista (que recibe el nombre de "prevención general positiva" en la moderna doctrina penal) tiene muchas consecuencias. En nuestro contexto son especialmente importantes las siguientes:

- Los fines de la pena en cuanto a la resocialización del delincuente y la intimidación de la generalidad tienen indiscutiblemente, en este contexto, su lugar (aunque sea modesto), pues ambos son medios para el aseguramiento de nuestras normas fundamentales.

- La justicia penal solo tiene sentido como representación pública: el hecho de que sus actuaciones lleguen de forma clara y fiable a la población es sumamente importante, porque de otra manera se puede alcanzar una estabilización de la norma desde una perspectiva teórica pero desde luego no en la realidad cotidiana.

- La justicia penal es la justicia del caso concreto. La culpabilidad se atribuye de forma individualizada y va indisolublemente unida a la persona del delincuente y a sus peculiaridades; tanto en la medición como en la ejecución, la pena debe ajustarse a ellas.

- La justicia penal debe ser, sin embargo, previsible, ya que – precisamente por su tratamiento regulado del caso concreto – constituye el lugar de discusión pública sobre las normas. De ello se deriva por ejemplo que la justicia penal no se puede sustraer a la tarea de tomar postura desde una perspectiva normativa, incluso cuando se produce un cambio de sistema. Los tribunales y otras instancias informales de carácter público tienen su valor, pero también lo tiene la justicia penal. Esto significa: aseguramiento formal de la búsqueda de la verdad, transparencia de los casos tratados, ceguera en la decisión.<sup>47</sup>

Este autor refiere que en las modernas teorías de la pena, estamos nuevamente ante un sistema mixto, toda vez que se toman en cuenta los dos principales aspectos, resocialización individual del delincuente e intimidación preventiva de la generalidad.

Una opinión crítica al respecto que nos parece de la mayor importancia, es la del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, quien nos señala: "1. Merece una consideración particular una frase frecuente en la doctrina: *la esencia de la pena es la retribución*. Ante el fracaso de la prevención especial positiva y las demandas emocionales y demagógicamente alentadas, resurge el llamado *retribucionismo o neoretribucionismo*. El uso de la expresión se ha vuelto tan dispar, que no se trata de rebatir una teoría funcional de la pena, sino ocuparse de un elemento autoritario de clausura discursiva. El éxito de la frase proviene justamente de su múltiple sentido, lo que siempre constituye un práctico expediente discursivo para cualquier problema sin solución, porque permite que la objeción a uno de los sentidos pueda responderse con otro, en un permanente juego de equívocos.

<sup>47</sup> HASSEMER, WINFRIED, Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal), primera edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 197 a 201.

2. En principio existe un sentido kantiano de la retribución que, como se verá, se trata de una teoría extremadamente radicalizada de la defensa social y elaborada en forma deductiva, que no admite ninguna contaminación con datos empíricos. Cualquiera sea el juicio acerca de la misma, es innegable que se trata del mayor esfuerzo teórico del racionalismo acerca de la pena y su medida y que por ello se enmarca en el general contexto de la brillante construcción de Kant, sin que sea lícito extraerlo de esta y mezclarlo con datos empíricos falsos o esgrimirlo cuando las restantes teorías no soportan una previa decisión arbitraria. Sólo en este contexto – y hasta cierto punto en el hegeliano – es posible afirmar que se explica, porque es imposible de otro modo reintegrar el derecho violado por el agente o restablecer el orden jurídico perturbado por el crimen.

3. Si en el sentido corriente en que suele decirse que *pena es retribución*, se quiere expresar con ello *un juicio fáctico*, la pena no es en la realidad retribución, al menos del delito: el delito lo protagoniza un número muy grande de personas, pero el poder punitivo sólo selecciona a los torpes, de modo que si algo retribuye, es la torpeza y no el delito. Si, por el contrario, quiere expresarse un *juicio de normatividad* (la pena *debe ser retribución*), se plantean varios problemas. A) En primer lugar, la estructura del poder punitivo no lo permite, de modo que se estaría pretendiendo que algo sea lo que nunca puede llegar a ser. B) Además, queda en pie la pregunta de fondo, pues si no se comparte todo el planteamiento deductivo kantiano, no se explica la razón que fundamenta la necesidad de esa retribución. C) Por último, tampoco se explica que el mal lo sufra una persona y la retribución la cobre el Estado. Para resolver estas cuestiones no resta otra posibilidad que acudir a alguna de las teorías positivas de la pena, con lo cual este pretendido retribucionismo pierde autonomía.

4. Mucho menos explicable es la pretensión de que la pena tiene función retributiva fuera del marco de una reparación, porque la retribución no es un fin en sí mismo – ni siquiera para Kant – sino un medio que cobra sentido cuando se lo explica asociado a una finalidad diferente, como puede ser la reparación o la venganza. Pero

ninguna de ambas corresponde a un ente diferente del propio ofendido, como sucede con la pena.

5. Con frecuencia la idea retributiva se emplea en un sentido formalmente oscuro, pero políticamente menos irracional que otros: *la retribución es el límite de la pena o su medida*. En esta variante, la retribución no es una teoría de la pena, sino un criterio de límite o de cuantificación, que suele morigerar las consecuencias ilimitadas de cualquiera de las teorías de la pena. En general, suele ser enunciado como criterio cuantificador por los partidarios de la prevención general y como límite máximo por los de la prevención especial. Pese a ser políticamente menos irracional, este retribucionismo limitativo sufre otra grave tribulación cuando se pregunta por el ente que se retribuye, o sea, por su objeto o contenido, que puede ser el acto, el resultado, la voluntad, la lesión, el *animus*, la personalidad, el carácter, la conducción de vida, etc.

6. Mas allá de toda esta confusión argumental, la constante referencia a la retribución es indicativa de que en ella se busca algo semejante a un principio regulativo, y pareciera ser, en definitiva, que esto es lo rescatable del concepto: si con la criminalización primaria el estado confisca un conflicto, su intervención – por excluir a la víctima y por ser de altísima selectividad y de gran violencia – no puede presentarse como racional, pero su irracionalidad reconoce grados y llegaría al límite intolerable cuando no equivalga (o no guarde cierta relación) con la magnitud de la lesión que el conflicto provoque, pues en ese caso el conflicto no sería más que el pretexto para que el poder opere en la medida de su voluntad omnimoda.

7. En otras palabras: el resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como principio regulativo, es preferible llamarlo principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal, primera edición, México, Editorial Porrúa, 2001, pp. 68 a 70.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Así las cosas, el Derecho Penal en un Estado moderno y democrático como el que aspiramos ser, debe ser enfocado, principalmente a asegurar la protección efectiva de todos los integrantes de la sociedad, por lo que su función principal debe ser prevenir la comisión de delitos, tomando al delito como aquel comportamiento que se estime dañoso para los bienes jurídicos, teniendo a estos bienes no en un sentido naturalista ni ético individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y según la conformidad general de que esos comportamientos son graves. Este Derecho Penal debe estar orientado a la función preventiva de la pena, con respeto de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Por estas razones, nuestra Norma Fundamental debe contemplar un Derecho Penal que desempeñe, con respeto de las garantías individuales de los gobernados, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial. Este Derecho Penal debe apoyarse en el consenso de todos los actores sociales, por lo que la prevención general no puede perseguirse solamente por medio de la intimidación, entendida como la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que también debe atender a la conciencia jurídica general mediante la afirmación de los valores vigentes en la sociedad. La fuerza de convicción del Derecho Penal debe sustentarse en que sólo se usa la intimidación de la pena en la medida que ésta afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. Esto es, son dos los requisitos fundamentales a satisfacer tomando en cuenta la prevención general en el Derecho Penal: El aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), y el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).

En otro aspecto, una nueva teoría del profesor Jakobs refiere:



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

"La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de una sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas."<sup>49</sup>

En otra obra del maestro Jakobs se puede leer la esencia de su teoría:

"... la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. Más adelante se discutirá hasta qué medida siquiera es acertado hablar de un 'fin' de la pena. En todo caso, tal fin, si es que se quiere hacer uso de ese término, recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interiorización válido públicamente. El *quia peccatum est* tampoco describe de modo adecuado la razón del proceso de la punición; pues la razón no es sólo la maldad del hecho, un *peccatum*, sino el mantenimiento de una determinada configuración social. Sin tener en cuenta esa configuración, es decir, de modo absoluto, no puede fundamentarse la pena pública."<sup>50</sup>

Posteriormente, el profesor alemán nos ofrece sus conclusiones:

1.- Las teorías de la pena orientadas a la retribución y a la prevención no pueden unirse en una teoría: la retribución de culpabilidad deslegitima la prevención.

<sup>49</sup> JAKOBS, GUNTHER, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>50</sup> JAKOBS, GUNTHER, Sobre la teoría de la pena, primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 15 y 16.

2.- Las teorías de la prevención en su comprensión habitual toman como punto de referencia la intensidad de los estímulos de motivación individuales, y no, por lo tanto, el peso de la perturbación social, y por ello son incompatibles con el principio del hecho.

3.- Los *topoi* clásicos *punitur quia peccatum est* y *punitur ne peccetur* no abarcan de modo completo el panorama de las posibilidades de fundamentación de la pena.

4.- El delito es el hecho de una persona exclusivamente formal, pero, en todo caso, de una persona, y, por ello, debe ser entendido como algo con significado, como contraproyecto frente a la sociedad.

5.- La pena marginaliza el significado del hecho. En cuanto marginalización de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada: tiene lugar como violencia.

6.- La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social.<sup>51</sup>

Otra visión del estado de la cuestión la encontramos en otros autores europeos, que nos aclaran algunas dudas al respecto, los profesores Albin Eser y Bjorn Burkhardt explican:

"Por lo tanto, la 'defensa del ordenamiento jurídico' constituye un correctivo a la primacía de la prevención especial.

2. Intentos de interpretación: ¿Qué se debe entender conceptualmente por 'defensa del ordenamiento jurídico'? Dado que esta formulación fue, en su momento, un concepto legal totalmente nuevo, ya entonces expuesto a la crítica por su falta de

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34.

contornos existían dudas acerca de si detrás de esta nueva terminología se encontraba un antiguo contenido: en este sentido, Schöeder que, en un primero lugar, quiso entender por 'defensa del ordenamiento jurídico' una nueva denominación de los fines, ya superados, de la pena retributiva y de la prevención general.

- o si, por el contrario, la fórmula contenía una nueva finalidad, aunque sólo fuera en el sentido de resaltar determinadas funciones parciales de los fines de la pena ya superados: así el BGH en coincidencia con la opinión hoy dominante. Si es correcto – y a su favor habla, al menos en principio, la contraposición de los diversos fines de la pena ¿cómo se pueden entonces circunscribir precisamente las circunstancias tan delimitadas de la 'defensa del ordenamiento jurídico'?

a) El BGH intenta realizarlo, en un principio, por medio de una delimitación negativa:

- excluyendo la idea de retribución;

- por consiguiente, suprimiendo también el criterio de la gravedad de la culpabilidad, así como, consecuentemente, dando un tratamiento idéntico para todos los tipos delictivos; resulta instructivo, en este sentido, sobre uno de los últimos casos de delitos capitales.

- no considerando los intereses (privados) del lesionado en la reparación.

b) ¿Qué resta de positivo entonces para la determinación de la función de la 'defensa del ordenamiento jurídico'?

- la prevalencia del Derecho demostrando su inquebrantabilidad;

- la intimidación de autores potenciales futuros: la llamada prevención general negativa;

- la preservación de la fidelidad al Derecho de la población: la llamada prevención general positiva.

Pero: ¿deben tener todos estos aspectos la misma virtualidad? Dado que se trata de manifestaciones de la prevención general a las que la concepción político – criminal global de la Ley de Reforma Penal sólo asigna una importancia secundaria, se piensa que la 'defensa del ordenamiento jurídico' es sólo una *función parcial de la prevención general*. En coincidencia con la opinión dominante, ello se ve especialmente en el último aspecto señalado: en la 'preservación de la fidelidad jurídica de la población'.

c) Por consiguiente, el 'criterio de la fidelidad jurídica' se convierte, en definitiva, en el concepto clave decisivo: de acuerdo con él, la suspensión de la pena dependerá de si la renuncia a la ejecución conmoviera la fidelidad jurídica de la población."<sup>52</sup>

Después de hacer esta revisión panorámica de las teorías de la pena más recientes, sobre todo en el ámbito europeo, cabe hacerse la pregunta respecto de si alguna de estas teorías sería aplicable en nuestro país o si sólo podemos adoptar una posición de espectadores de los logros en otros países a los que llamamos de avanzada y renunciar a que, una vez valoradas estas teorías, puedan ser aplicables en México.

Por supuesto que dilucidar esta cuestión ya queda a criterio de cada estudioso del asunto, por nuestra parte consideramos que la aplicación de alguna o algunas de estas teorías en estas tierras sí es y debe ser posible.

Durante muchos años hemos asistido al hecho, contundente y notable que los principios que se establecen en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados

---

<sup>52</sup> ESER, ALBIN y BURKHARDT, BJORN, Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, primera edición, España, Colex, 2000, pp. 42 y 43.

Unidos Mexicanos no se cumplen en la realidad. Se ha constatado que no existe en nuestro país la readaptación social del delincuente, ni por medio del trabajo, la educación ni la capacitación para el trabajo. Se han señalado diversas justificaciones al respecto, falta de recursos económicos para implementar verdaderos programas de trabajo, educación y capacitación; falta de personal debidamente capacitado para implementar los programas; sobrepoblación en los centros de reclusión, entre los más recurrentes. Todo eso es cierto, sin embargo, no podemos ser simples espectadores, consideramos que es nuestro deber contribuir al debate de ideas en relación a considerar nuevos temas que justifiquen al sistema penal mexicano.

Principalmente llama nuestra atención la concepción que justifica la pena como una reafirmación del sistema normativo penal, como la preservación de la fidelidad al Derecho de la población: la llamada prevención general positiva, porque nos parece de una solidez intelectual más honesta. No es posible insistir en la readaptación social, ni en la prevención general negativa, las penas no inhiben la comisión de los delitos.

Es factible la aplicación en México de la teoría de la prevención general positiva, que por un lado reafirma la fidelidad al derecho por parte de la población y por el otro se aplica la pena al delincuente en razón de confirmar la vigencia de la norma jurídico penal. Esto nos llevaría a abandonar la actual disposición constitucional que prevé como garantía individual que la pena que se aplique al delincuente tenga como finalidad su readaptación social sobre las bases de la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo, que a todas luces ha resultado ilusoria.

### **3.3 Cómo elaborar una nueva Política Criminal en México que se traduzca en el mejoramiento del combate a la criminalidad**

Abordar este tema es de la mayor importancia en la actualidad en que los hechos delictivos son cada vez más frecuentes y más violentos, lesionando con ello los valores fundamentales de la convivencia humana. Este fenómeno también es una negación de la legitimidad del Estado, ya que es notable para la población que aquel

está fallando en su función principal, proporcionar seguridad física y jurídica a los habitantes.

Consideramos, como en el resto de los capítulos, empezar con la revisión de las destacadas opiniones de los autores al respecto.

El profesor alemán Claus Roxin es claro en su exposición: "La criminalidad es un problema de todas las sociedades. Ello explica la internacionalización de la ciencia penal. Sin embargo, pese a la larga experiencia con ese fenómeno, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar a la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación; tampoco existe acuerdo sobre el camino razonable para reducirla. Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión. De momento se extiende esta segunda tendencia – que parte de Norteamérica -, la cual se erige en todo el mundo como un medio para dar popularidad a los políticos, pues partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad."<sup>53</sup>

Con una visión diferente del problema planteado, el maestro italiano Luigi Ferrajoli, refiere que existe actualmente una crisis del actual sistema de penas privativas de libertad y pecuniarias, lo que resta legitimidad al sistema penal aplicable.

"Crisis del actual sistema de penas y perspectiva de reforma. En los últimos decenios el sistema de penas trazado en la época de las codificaciones ha entrado en una profunda crisis. A esta crisis han contribuido múltiples factores: la creciente ineficiencia de las técnicas procesales, que en todos los países evolucionados ha provocado un aumento progresivo de la prisión provisional respecto del encarcelamiento sufrido en expiación de la pena; la acción de los medios de

<sup>53</sup> ROXIN, CLAUS, Problemas actuales de la Política Criminal, en Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 88.

comunicación, que han conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia pública que a veces tiene para el reo un carácter afflictivo y punitivo bastante más temible que las penas; la inflación del Derecho Penal, que parece haber perdido toda separación del derecho administrativo, de modo que los procesos y las penas se cuentan ya, en un país como Italia, por millones cada año; el cambio de las formas de criminalidad, que se manifiesta en el desarrollo del crimen organizado y, por otra parte, de una micro delincuencia difusa, ambos ligados al mercado de la droga; la disminución, no obstante, de los delitos de sangre y el incremento sobre todo de los delitos contra el patrimonio; el progresivo desarrollo de la civilidad, en fin, que hace intolerables o menos tolerables que en el pasado, para la conciencia jurídica dominante, no solo las penas feroces sino también las penas privativas de libertad demasiado largas, comenzando por la cadena perpetua.

Como veremos en el próximo capítulo, estos cambios hacen en parte anacrónico el sistema de delitos previsto por ejemplo en el Código Penal italiano. Pero hacen todavía más inadecuado el sistema de penas. Precisamente, ni las penas privativas de libertad, ni las penas pecuniarias, en las actuales circunstancias, parecen estar en condiciones de satisfacer los fines que justifican el Derecho Penal; unas por demasiadas afflictivas, las otras por demasiado poco, y tanto unas como otras por ineficaces o, peor aún, contraproducentes. En cuanto a las penas privativas de derechos, su disciplina se va revelando cada vez más inocua e irracional. Y todavía es más inaceptable, por su inutilidad, además de por su oposición a casi todas las garantías penales y procesales, el conjunto de medidas no penales – las medidas de seguridad, las medidas de prevención y las diversas medidas de policía – con que como aluvión se han enriquecido los sistemas penales modernos y que serán objeto de examen. Un síntoma de la crisis de las penas privativas de libertad es, sin duda, el desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas, que representan quizá las principales innovaciones de este siglo en materia de técnicas sancionadoras. Pero este desarrollo es también un signo de la resistencia tenaz del paradigma carcelario. Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel con penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como

su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva."<sup>54</sup>

Nuevas tendencias se vislumbran, desde lo que ahora se conoce como criminología crítica, como la posición del maestro italiano Alessandro Baratta, quien nos comenta: "la atención de la nueva criminología, de la criminología crítica, se ha dirigido sobre todo al proceso de criminalización, individualizando en él uno de los mayores nudos teóricos y prácticos de las relaciones sociales de desigualdad propias de la sociedad capitalista y persiguiendo, como uno de sus objetivos principales, extender de un modo riguroso la crítica del Derecho desigual al campo del Derecho Penal. Elaborar una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el sector de la desviación: he aquí las principales tareas que incumben a los representantes de la criminología crítica que parten de un enfoque materialista y que están animadas por la convicción de que sólo un análisis radical de los mecanismos y de las funciones reales del sistema penal en la sociedad capitalista tardía puede permitir una estrategia autónoma y alternativa en el sector del control social de la desviación, esto es, una política criminal de las clases actualmente subalternas. Sólo partiendo del punto de vista del interés de éstas últimas, estimamos posible perseguir las finalidades aquí indicadas.

Mientras la clase dominante está interesada en contener la desviación de manera que ésta no perjudique la funcionalidad del sistema económico-social y sus propios intereses y, en consecuencia, en el mantenimiento de la propia hegemonía en el proceso selectivo de definición y persecución de la criminalidad, las clases subalternas, en cambio, están interesadas en una lucha radical contra los comportamientos socialmente negativos, es decir, en una superación de las condiciones propias del sistema socioeconómico capitalista, a las que la propia sociología liberal ha referido no infrecuentemente los fenómenos de la 'criminalidad'

---

<sup>54</sup> FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, quinta edición, Madrid, España, Editorial Trotta, S.A., 2001, pp. 410 y 411.



Las clases subalternas están, al mismo tiempo, interesadas en un decidido desplazamiento de la actual Política Criminal relativa a importantes zonas socialmente nocivas – todavía inmunes al proceso de criminalización y de efectiva penalización (piénsese en la criminalidad económica, en los atentados contra el medio ambiente, en la criminalidad política de los detentadores del poder, en la mafia, etc.), pero socialmente bastante más dañosas en muchos casos que la desviación criminalizada y perseguida. Las clases subalternas son, en verdad, las seleccionadas negativamente por los mecanismos de criminalización. Las estadísticas indican que en los países de capitalismo avanzado la gran mayoría de la población carcelaria es de extracción proletaria, en particular la que pertenece a las capas sub proletarias y, por ende, a las zonas ya marginadas socialmente como ejército industrial de reserva por el sistema de producción capitalista. La misma estadística muestra, por otra parte, que más del 80% de los delitos perseguidos en esos países son delitos contra la propiedad. Estos delitos son reacciones individuales y no políticas ante las contradicciones típicas del sistema de distribución de la riqueza y de gratificaciones sociales, propio de la sociedad capitalista. Es natural que a estas formas de desviación estén particularmente expuestas las clases más desfavorecidas por este sistema de distribución.<sup>55</sup>

Como podemos observar, el autor en estudio enfoca sus conceptos a demostrar que el sistema penal represivo esta enfocado principalmente a perseguir la criminalidad de las clases menos favorecidas y por otro lado, se criminaliza en forma más leve la criminalidad de los grupos poderosos que dominan en la sociedad. Esta autorizada opinión es digna de tomarse en consideración a la hora de elaborar una Política Criminal alternativa para mejorar el combate a la delincuencia, buscando con ello proveer la seguridad perdida de la población.

Otra opinión, ahora europea nos comenta:

<sup>55</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, séptima edición, México, Siglo XXI Editores, S.A de C.V., 2001, pp. 209 y 210.

"En los últimos años ha tratado de abrirse por la concepción del llamado 'Derecho penal mínimo'. Sin embargo, la doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad tan sustancial como algunos han querido advertir.

Existe, pues, una amplia coincidencia en el sentido de entender que sólo son legítimas las penas necesarias: el arraigo del principio de 'intervención mínima' muestra, precisamente, que no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al 'mínimo necesario'. Sin embargo, parece obvio que debe hallarse el objeto de referencia de ese mínimo necesario. El límite de la reducción ha de hallarse en el mínimo necesario. Pero en el 'mínimo necesario' ¿para qué? Las tesis de autores como Ferrajoli, que sostienen la doctrina del 'Derecho penal mínimo' es que ha de ser primariamente el mínimo necesario para evitar la 'violencia social informal', concepto este en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos. La función preventiva, por tanto, es doble: prevención de los delitos y de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. En definitiva, pues, lo que legitima al Derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad. Como dice Ferrajoli: 'Un sistema penal – puede decirse – está justificado únicamente si la suma de las violencias – delitos, venganzas y puniciones arbitrarias – que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ello conminadas'. La propuesta de un Derecho penal mínimo, que se define en el triple sentido de 'la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva' marca, según creo, el camino a seguir. Sin embargo, parece obvio que lo anterior debe ser objeto de múltiples concreciones. En primer lugar, porque la construcción de un Derecho penal garantista en lo formal y en lo material exige una profunda labor de depuración de los objetos de protección penal. Lo 'mínimo' ha de manifestarse también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal, por ejemplo. Además, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no nos movemos con magnitudes exactas, que no puede

fijarse el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para 'prevenir'. En este, como en tantos otros temas penales, nos hallamos en continua evolución, marcada, según se verá luego de modo más detallado, por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista (uno de los varios a los que debe atender el Derecho penal) y otros como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales. Lo que en cada momento histórico se estima como 'mínimo necesario' de la intervención penal constituye, pues, el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica constante en ese determinado momento. Una tensión cuyo motor es la continua revitalización del interés intimidatorio mediante la intensificada atención a los intereses garantísticos. El Derecho penal evoluciona por la vía de la restricción progresiva y, si se me permite la expresión, cada vez más 'mínimo'.<sup>56</sup>

Las opiniones vertidas por el maestro español nos hablan de que la tendencia actual en la sociedad europea es a la de un Derecho Penal mínimo, como expresión de racionalidad de las penas en aras de prevenir, en lugar de reprimir. Es correcto, consideramos que una Política Criminal adecuada debe hacer mayor énfasis en el sistema de prevención del delito, no en su castigo, pero no por la vía de proponer punibilidades cada vez mayores, que está más que comprobado que no cumplen dicha función, sino con un estudio integral de la situación a fin de aportar soluciones que se encaminen a prevenir y cuando no es posible, sancionar racionalmente y, a mi juicio, individualizadamente, a fin de detectar los casos en que es posible la prevención y los casos en que ésta sería una falacia.

Es necesario avanzar más en el estudio del sentido de la pena, buscando una visión amplia del Derecho Penal.

Esta visión parte de dos cuestiones, por un lado el hecho de que el Derecho Penal como fuente de expectativas pudiera generar más problemas en lugar de

<sup>56</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, primera edición, Barcelona, España, José María Bosch Editor, S.A., 1992, pp. 38 y 39.

resolverlos y, por otro lado, el hecho de que la misión del Derecho Penal pueda señalarse como el aseguramiento de las normas fundamentales, debe concentrarse en los más importantes intereses de las personas.

Un aspecto negativo del Derecho Penal actual, es que se está convirtiendo en la solución a cada vez más problemas, todo se quiere determinar al sistema penal, por ejemplo la protección del medio ambiente y los delitos contra la salud.

Estamos asistiendo a una creciente normativización criminal de la vida diaria, como lo es la sustitución de normas civiles, administrativas o de otras materias que se considera tienen poca fuerza, por normas penales que se consideran más eficaces para lograr la fidelidad al Derecho. Aquí surge la pregunta, qué repercusión tiene este fenómeno en el sentido de la pena.

Definitivamente si existe una repercusión importante, al dejar de proteger bienes jurídicos realmente relevantes para la convivencia social para entrar a proteger bienes que son de carácter colectivo, por ejemplo el tráfico de monedas extranjeras, que no tiene mucha relación particular o la incriminación de personas morales o jurídicas colectivas de derecho privado, como tal vez veamos en el futuro inmediato en nuestro país.

El Derecho penal está extendiendo su influencia a todos los ámbitos posibles, tomando bajo su protección bienes jurídicos de todo tipo con lo que consideramos que se acerca al Derecho Administrativo, y esto por supuesto que tiene injerencia en la teoría de la pena. Se está dejando de velar por bienes jurídicos objetivos y palpables; ahora se trata de predecir un riesgo, de dominio del peligro, de la intervención incluso antes de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que en forma tradicional ha separado al Derecho Penal del Derecho Administrativo se ha tornado obsoleta.

Efectivamente el Derecho Penal se tiene que modernizar, la sociedad cambia todos los días, pero no se debe tomar al Derecho Penal como el paliativo de todos los males porque es el más violento. Debemos ser vigilantes y aportar ideas en el sentido de que los medios con los que el Derecho Penal cuenta no son idóneos para la prevención de determinados aspectos nocivos para la sociedad, asimismo que se debe mantener respetuoso de los principios irrenunciables de un Estado de Derecho, como son la presunción de inocencia o la proporcionalidad de la sanción.

Para que la pena conserve vivo su sentido, debemos asegurarnos del aseguramiento del respeto a las normas fundamentales de un debido proceso legal, guardando especial cuidado en el resguardo de determinados principios que se manifiestan tanto en la amenaza de la sanción, como en el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

Aquí es donde entra la Política Criminal que es el instrumento que sirve como puente de unión entre el Derecho Penal y la Criminología. Si la Política Criminal busca y pone en práctica los medios y formas más adecuados para hacer eficaz el logro de los fines del Derecho Penal, indicando las metas a las que éste debe aspirar, y los límites que no puede traspasar en su aplicación y formulación, lo cierto es que buena parte del contenido de la Política Criminal es la estrategia a seguir en materia penal. Para plantearla correctamente, evidentemente se necesita un conocimiento adecuado de la realidad social y humana en que el sistema penal va a incidir. Este dato se lo proporcionará a la Política Criminal otra ciencia: la Criminología. La Política Criminal podrá marcar de esa forma una interpretación o una reforma del sistema jurídico positivo, teniendo en cuenta no sólo la función del Derecho Penal, sino también los datos aportados por la Criminología. La Ciencia del Derecho Penal, transforma el conocimiento extra-jurídico en exigencia político-criminal, y ésta debe expresarse como norma jurídico-positiva.

Para culminar con este capítulo, consideramos importante revisar el concepto de Seguridad Pública según Antonio Sánchez Galindo:

“Como anteriormente se mencionó, la noción de seguridad pública es multívoca ya que, para algunos tiene la misma amplitud semántica que el concepto de legalidad. Así, la caracterizan como: la inviolabilidad del orden jurídico objetivo, de los derechos subjetivos del particular, así como de las instituciones y organismos del Estado y de los demás portadores de soberanía. Entendida de una manera tan amplia, prácticamente se identifica con la protección del orden jurídico público. Esta visión está emparentada con la idea del poder de policía en sentido tan amplio que implica prácticamente toda acción del Estado.

Para nosotros es importante subrayar que la idea de seguridad pública está ligada a la idea de paz pública, de tal manera que puede ser conceptualizada, desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de policía administrativa. Esta concepción amplia de la seguridad pública, que incorpora las actividades de procuración e impartición de justicia, es sostenida también por Eugenio Raúl Zaffaroni.

El sistema penal es uno de los denominados mecanismos duros de control social, cuyo origen lo encontramos en el derecho de castigar del Estado (*jus puniendi*). A partir de su formulación iluminista, por su gravedad, se caracterizó al derecho penal con reglas específicas de aplicación: no hay pena sin delito, y reglas específicas de ejecución: no hay pena sin ley. De ahí que el funcionamiento del sistema de justicia penal abarque desde la procuración de justicia continúe con la impartición de la misma y culmine con la ejecución de la pena. Siendo que a la pena le ha sido asignada la función de prevención general (dada su ejemplaridad, inhibe la realización de conductas delictivas), y de prevención especial (segrega y readapta al que cometió delitos), desde una perspectiva amplia, una política de seguridad pública implicará todos los aspectos del sistema de control penal.

En resumen, una política de seguridad pública coherente y racional, implica el manejo de diversos elementos que interactúan y que pueden ser clasificados desde dos puntos de vista. La perspectiva más estrecha comprende elementos que tienen que ver con la procuración de justicia y con la política de seguridad pública.<sup>57</sup>

### **3.4 Propuesta de reformas constitucionales y legales en las que se apliquen teorías de la pena diferentes a las que se aplican actualmente**

De la investigación realizada, se desprende que en nuestro sistema jurídico penal se aplica una teoría mixta, en cuanto a que la prevención general negativa fundamenta la imposición de la pena, pero también se fundamenta en la prevención especial respecto del sujeto activo del delito, ordenando a nivel constitucional que la finalidad de la pena es la readaptación social del delincuente con base en el trabajo, la educación y la capacitación para el trabajo.

Pero estos buenos deseos se ven frenados por lo que dispone el artículo 5° de la propia Constitución Federal, en el sentido de que nadie puede ser obligado a trabajar, sino que esta actividad sólo es posible por voluntad propia.

Ahora bien, es menester hacer una revisión a la opinión del Profesor Manuel Jaén Vallejo, quien nos refiere: "Desde luego, la eficacia de todas las instituciones relativas al sistema de consecuencias jurídicas del delito, que tienen en común, respetando siempre la dignidad de la persona, intentar hacer realidad la recuperación social de todo condenado y, en el caso español, hacer realidad lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución, no depende sólo del propio condenado.

Como lo recuerda Bacigalupo, ya el Proyecto Alternativo alemán tenía previstas medidas a cargo del Estado cuando disponía en el artículo 43 que el tribunal cursará órdenes a las autoridades, especialmente a las oficinas de trabajo, vivienda y salud,

---

<sup>57</sup> SÁNCHEZ GALINDO, ANTONIO, en Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit, primera edición, México, INACIPE y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000, pp. 568 y 569.

adecuadas para la reinserción del condenado en la comunidad jurídica. Además se contemplaba, en el mismo sentido de participación activa del Estado, la posibilidad de que los tribunales designaran un asistente social durante el plazo de prueba, que colaborara con el condenado mediante 'consejo y ayuda', vigilándolo de acuerdo con el tribunal en el cumplimiento de prestaciones y las reglas de conducta que le hubieran sido impuestas durante dicho periodo. El asistente social tenía en primer término que prestar su ayuda en relación a la obtención de trabajo y vivienda adecuados.<sup>58</sup>

Ahora analicemos la postura más reciente que ha esbozado el penalista alemán Roxin:

"... un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social.

El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de 'funcionabilidad de la Justicia penal', así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho – protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad – son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana.

En general, me parece que la evolución en Alemania no respeta de forma suficiente la protección de los derechos de la personalidad del autor. La eficacia de la

---

<sup>58</sup> JAEN VALLEJO, MANUEL, Sistema de consecuencias jurídicas del delito: Nuevas perspectivas, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 44 y 45.



lucha contra la criminalidad no se vería mermada si el Derecho protegiese mejor la esfera íntima y el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, renunciando a la interceptación de las comunicaciones en espacios privados y a la provocación de delitos mediante la figura del agente provocador. Existen tantos medios de prueba nuevos, antes desconocidos, como los modernos métodos de pesquisa informatizados y las investigaciones en el área de genética molecular, que un Estado de Derecho se puede permitir también en las circunstancias actuales garantizar la esfera íntima personal y el principio *'nemo tenetur se ipsum accusare'*.

Pero por su parte, las tendencias opuestas del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social. Porque la norma fundamental alemana, nuestra Constitución, reclama un Estado social. En este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho Penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general.

Ni decir tiene que la resocialización no es posible en tanto no se haya ensayado todo lo que puede contribuir a un aprendizaje exitoso y a la evitación de efectos desocializadores. Y de alcanzarlo estamos todavía distantes. Por ejemplo, antes incluso de su implantación, ha desaparecido de nuevo del catálogo de medidas del Código penal alemán la previsión de establecimientos de terapia social porque al legislador le parecían demasiado costosos. Hoy existen sólo algunos centros experimentales en el ámbito de ejecución de la pena.

También en nuestro Tribunal Constitucional Federal, cuyas decisiones tienen fuerza de ley, se ha hecho eco del principio de resocialización y ha decidido, por ejemplo, que el autor ya condenado no puede ser discriminado en los medios de comunicación social tras el cumplimiento de su pena, que incluso el autor condenado a

cadena perpetua tiene que conservar la posibilidad de su reincorporación a la sociedad y que el trabajo en prisión tiene que estar remunerado para que el autor comprenda claramente el sentido y el valor del trabajo reglamentado

La mejor Política Criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho. El tiempo de que dispongo me impide precisar en detalle cómo puede hacerse esto. Pero al menos se ha subrayado que a mi modo de ver la única conquista político criminal importante del Derecho penal alemán en los últimos veinte años, la inclusión de la idea de la reparación en el sistema sancionatorio, se basa en la combinación de estas tres metas centrales. El Código penal alemán prevé actualmente en el párrafo 46a que en caso de conciliación entre el autor y la víctima o de una propuesta seria de reparación la pena se atenúe e incluso puede prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año. Esta regla se basa en parte en las propuestas del Proyecto Alternativo sobre reparación, en cuya elaboración he trabajado. En diciembre del año pasado el legislador alemán ha aprobado preceptos procesales penales que facilitan la reparación y que deben integrarse en la fase instructora del proceso penal.

El atractivo del fomento del instituto de la reparación en Derecho Penal radica, en primer lugar, en la efectividad de la prevención general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. De este modo el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población. Pero también, en la misma medida, la introducción de la reparación y la conciliación entre autor y víctima en el sistema sancionatorio es adecuada a las exigencias de prevención especial. Porque el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello, es satisfactoria desde el punto de vista

de la socialización. Finalmente, entre todas las instituciones con relevancia sancionatoria, la reparación y la conciliación entre el autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor.

La relevancia sancionatoria de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es por tanto un ejemplo modélico de la Política Criminal que defiende y el motivo por el que hace ya quince años que me he comprometido con ella. Soluciones como ésta abren el camino a una Política Criminal humana de futuro.<sup>59</sup>

Consideramos que el problema que debemos superar es la falta de consistencia de las teorías absolutas y el utilitarismo de las teorías preventivas. Por razón de método se distinguen dos niveles en la pena: el referido a qué es la pena y el que se refiere a la imposición de la misma.

Las teorías de la pena no han podido responder a la pregunta de qué es la pena. La teoría retributiva es la que más se ha acercado, pero ligándola a cuestiones metafísicas. Por su parte, las teorías preventivas no responden la pregunta por qué se enfocan a los fines de la pena. De lo anterior, se desprende que sólo se trata de encubrir la realidad de la pena.

No debemos pasar por alto que efectivamente la pena es un mal, que también es una expresión de la coerción estatal. Pero éste sólo es el punto de partida, ya que con ello no queda agotado su contenido ni se da respuesta al real significado de la pena. De la opinión de los autores que hemos estudiado, podemos extraer que la pena está íntimamente ligada al Estado, ya que la pena aparece como un instrumento de aseguramiento del mismo, esto es, con ella el Estado reafirma su existencia; se autoconstata de forma general y simbólica frente a las relaciones sociales.

---

<sup>59</sup> ROXIN, CLAUDIUS, La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, primera edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 a 36.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En el Estado de Derecho que aspiramos en nuestro país, la función de la pena sólo puede ser la de proteger su sistema social. Específicamente debe garantizar la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado. Esto se traduce en que la validez de la pena es consecuencia de la protección de bienes jurídicos.

Consideramos que se debe pugnar por un Estado de Derecho en el que se garantice la participación de los gobernados en la revisión de los bienes jurídicos, con una visión crítica, a fin de que se puedan discutir los alcances del Derecho Penal y de la pena. Por lo que si la pena está validada por la protección de bienes jurídicos, esto no debe convertirse en un principio absoluto, sino en la posibilidad de que podamos realizar una constante revisión del sistema penal.

Ahora bien, por lo que respecta a los actos de imposición de la pena, consideramos que la pena está para imponerse, y ello significa un proceso de individualización en una persona en lo particular. Pero esta imposición de la pena se debe realizar con una finalidad. En un Estado de Derecho democrático, en el que se respeten las garantías individuales, con énfasis en la contenida en el artículo 1° de la Constitución Federal, se refiere el principio o garantía de igualdad.

Consideramos que este es el sentido del cambio que debe operar en el sistema jurídico mexicano, por supuesto que este cambio debe hacerse en el máximo nivel jerárquico de la norma, esto es, a nivel constitucional, ello con la idea de que el fin de la pena debe ser un mandato constitucional a los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plena consecución de la libertad e igualdad de los individuos y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Con ello la pena debe ser considerada una alternativa más de participación en la solución de los conflictos sociales que por Política Criminal se definen como delitos y se impone una pena por su comisión.

Por lo anterior, es posible y necesario revisar todo el sistema de la imposición de la pena, principalmente de la privativa de libertad, que es la más representativa de

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

aquella. Esta es la principal razón de la fuerza que han tomado los movimientos abolicionistas, que pretenden encontrar un equilibrio entre la privativa de libertad y alternativas a ésta.

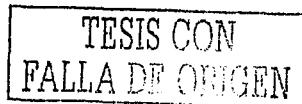
Las características que adopte tienen que aparecer definidas de una manera única que englobe todas sus características generales. Así, el momento que por excelencia define la función de la pena es el de la ejecución, que es la etapa en donde debería de cumplirse todas las características que el Estado, en representación de la voluntad popular, debe traducir su concepción de la pena y donde, en su autoconstatación.

En vista de lo antes expuesto, se propone una reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que actualmente dice:

"Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

Para quedar como sigue:

*Los gobiernos de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal organizarán el sistema penal en su respectivo ámbito de competencia territorial, en base a la protección del sistema social, garantizando la protección de los bienes jurídicos y procurando la estabilización de los derechos del delincuente y de la víctima u ofendido por el delito.*



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El Derecho Penal es el medio de control social que se expresa mediante un sistema normativo, expedido por el órgano legislativo del Estado, que básicamente contiene la descripción de conductas que son amenazadas por una pena o, en su caso, por una medida de seguridad, cuya función es reprimir las conductas antisociales que se consideran más nocivas para el desarrollo armónico de la sociedad.

**SEGUNDA:** El fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el Derecho Penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del Derecho Penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar el patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

**TERCERA:** Consideramos que las teorías de la pena resultan sumamente útiles para valorar al sistema penal en su conjunto, esto es, la pena y su justificación ponen las bases de la propia justificación filosófica y práctica de todo el Derecho Penal positivo en un lugar y momento determinados.

**CUARTA:** Las teorías absolutas no reconocen utilidad alguna a la pena, únicamente lo que se refiere a la realización de la justicia, siendo este su fundamento jurídico y de sentido, es la retribución del mal causado con otro mal como consecuencia. La imposición de la pena está desvinculada de su efecto social (lat. *Absolutus*: desvinculado). Por su parte, las teorías relativas atienden a la utilidad de la pena, se justifica racionalmente porque es útil para prevenir el delito.

**QUINTA:** Las teorías mixtas de la pena tratan de justificarla tomando parte de las teorías absolutas y relativas, ya que la consideran como una sanción por el mal causado pero también tiene la utilidad de prevenir el delito, tanto en forma especial

respecto del delincuente y en forma general, como amenaza a los posibles infractores potenciales.

**SEXTA:** En nuestro sistema constitucional y legal, no obstante el sentenciado es suspendido en algunos de sus derechos, prevalece el respeto de sus garantías individuales, teniendo a la más importante como el derecho de que al estar internado el Estado tiene la obligación de procurar la oportunidad de la readaptación social con base en la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo.

**SÉPTIMA:** La Política Criminal es la aplicación de todos aquellos conocimientos proporcionados por la investigación científica del crimen, del criminal y de la criminalidad, así como de la reacción social hacia ellos, en el intento de evitarlos en forma preventiva, y cuando esto no sea posible, reprimiéndolos. Es el conjunto de medidas prácticas que el Estado debe tomar para prevenir la criminalidad. La Política Criminológica, por su parte, sería la aplicación de los conocimientos criminológicos en la prevención general y especial de las conductas antisociales.

**OCTAVA:** Consideramos que el marco constitucional vigente atiende a la teoría mixta de la pena, en el sentido de que en ocasiones la menciona como una sanción, pero ordena que en la ejecución de la pena se debe procurar la readaptación social del delincuente, en base al trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

**NOVENA:** En el establecimiento de las penas, así como en su aplicación, no todo es jurídico, sino que prevalece la lucha entre los diversos grupos sociales, quienes detentan el poder y quienes quieren detentarlo, ello como medio de control de los propios grupos. Esto nos lleva a concluir que en la sociedad en la que se desenvuelven los hombres siempre han existido los delitos, pero estos han sido reprimidos con distintos grados de severidad, según la época en que se vive, llegando hasta la actualidad en que se han humanizado las penas y se tratan de justificar de diversas maneras.

DÉCIMA: De conformidad con las modernas teorías de la pena, específicamente por la que se conoce como de la prevención general positiva, tenemos que la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. Esta sanción es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio inútil, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro. Y ello explica también el papel del Derecho Penal en la percepción pública; especialmente en tiempos como los nuestros, caracterizados por la erosión de las normas y el cambio de valores, debe haber espacios, en los que se pueda discutir sobre la validez de las normas de forma clara, responsable y fructífera. Uno de esos espacios es el sistema penal. El Derecho Penal establece el modelo de las normas de comportamientos fundamentales e irrenunciables, y las impone. En ese tenor, la pena debe motivar a la colectividad a mantener la fidelidad a las normas jurídico penales aprobadas para que la vida en sociedad siga siendo válida y posible.

DÉCIMO PRIMERA: Por lo anterior, cabe concluir que el Derecho Penal en un Estado moderno y democrático como el que aspiramos ser, debe ser enfocado principalmente a asegurar la protección efectiva de todos los integrantes de la sociedad, por lo que su función principal debe ser prevenir la comisión de delitos, tomando al delito como aquel comportamiento que se estime dañoso para los bienes jurídicos, teniendo a estos bienes no en un sentido naturalista ni ético individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y según la conformidad general de que esos comportamientos son graves. Este Derecho Penal debe estar orientado a la función preventiva de la pena, con respeto de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Por estas razones, nuestra Norma Fundamental debe contemplar un Derecho Penal que desempeñe, con respeto de las garantías individuales de los gobernados, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial. Este Derecho Penal debe apoyarse en el consenso de todos los actores sociales, por lo que la prevención general no puede perseguirse solamente por medio de la intimidación, entendida como la amenaza de la pena para los posibles delincuentes,



sino que también debe atender a la conciencia jurídica general mediante la afirmación de los valores vigentes en la sociedad. La fuerza de convicción del Derecho Penal debe sustentarse en que sólo se usa la intimidación de la pena en la medida que ésta afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. Esto es, son dos los requisitos fundamentales a satisfacer tomando en cuenta la prevención general en el Derecho Penal: El aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), y el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).

DÉCIMO SEGUNDA: Un aspecto negativo del Derecho Penal actual, es que se está convirtiendo en la solución a cada vez más problemas, todo se quiere determinar al sistema penal, por ejemplo la protección del medio ambiente y los delitos contra la salud.



## PROPUESTAS

I.- Ante el fracaso de la disposición constitucional (artículo 18, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) que refiere que el sistema penal debe ser organizado bajo las premisas de la readaptación social del delincuente en base a la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo, en primer lugar se propone un aspecto formal, el que se incluya expresamente al Distrito Federal.

II.- Que se reforme el artículo 18 de la Constitución Federal en su párrafo segundo, en la parte que establece: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, es sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente..."

Para quedar como sigue: "Los gobiernos de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal organizarán el sistema penal, es sus respectivos ámbitos de competencia, en base a la protección del sistema social, garantizando la protección de los bienes jurídicos y procurando el equilibrio de los derechos del delincuente y de la víctima u ofendido por el delito."

Nos parece adecuado establecer la finalidad de la pena en proteger al sistema social, ya que en éste se desarrolla tanto la actividad del Estado como la de los gobernados, por lo que la pena será la reafirmación del Derecho violentado por el delincuente; asimismo, la legitimación de la autoridad estatal para restringir los bienes jurídicos del autor del delito se justifica por la protección de los bienes jurídicos que resulten reconocidos por el Estado, procurando el equilibrio de los derechos del sujeto activo como del sujeto pasivo del delito.

III.- También conviene revisar las opiniones que nos hablan sobre la tendencia actual en la sociedad europea, respecto de un Derecho Penal mínimo, como expresión

de racionalidad de las penas en aras de prevenir, en lugar de reprimir. Consideramos que una Política Criminal adecuada debe hacer mayor énfasis en el sistema de prevención del delito, no en su castigo, pero no por la vía de proponer punibilidades cada vez mayores, que está más que comprobado que no cumplen dicha función, sino con un estudio integral de la situación a fin de aportar soluciones que se encaminen a prevenir y cuando no es posible, sancionar racionalmente y, a mi juicio, individualizadamente, a fin de detectar los casos en que es posible la prevención y los casos en que ésta sería una falacia.

IV.- Para que la pena conserve vivo su sentido, debemos asegurarnos del aseguramiento del respeto a las normas fundamentales de un debido proceso legal, guardando especial cuidado en el resguardo de determinados principios que se manifiestan tanto en la amenaza de la sanción, como en el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

## FUENTES DE INVESTIGACIÓN

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, ENRIQUE, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, primera edición, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1989.

- Manual de Derecho Penal, segunda reimpression de la primera edición, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1994.

- Principios de Derecho Penal, cuarta edición, España, Ediciones Akal, S.L., 1997.

BARATTA, ALESSANDRO, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, séptima edición, México, Siglo XXI Editores, S.A de C.V., 2001.

BARRITA LÓPEZ, FERNANDO A., Prisión Preventiva y Ciencias Penales, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1999.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las garantías individuales, trigésima segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, Lecciones de Derecho Penal, volumen I, primera edición, España, Editorial Trotta, S.A., 1997.

CASTRO Y CASTRO, JUVENTINO V., Garantías y amparo, novena edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1996.

ESER, ALBIN y BURKHARDT, BJORN, Derecho Penal, cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, primera edición,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

España, Colex, 2000.

FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, quinta edición, Madrid, España, Editorial Trotta, S.A., 2001.

GARLAND, DAVID, Castigo y sociedad moderna, primera edición, México, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V., 1999.

HASSEMER, WINFRIED, Crítica del Derecho Penal de hoy, primera reimpresión de la primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.

- Persona, mundo y responsabilidad (Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal), primera edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.

JAEÑ VALLEJO, MANUEL, Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito: Nuevas Perspectivas, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

JAKOBS, GUNTHER, Derecho Penal, segunda edición, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.

- Sobre la teoría de la pena, primera edición, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, reimpresión de la primera edición, España, Civitas Ediciones, S.L., 2000.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, Tratado de Derecho Penal, cuarta edición, España, Editorial Comares, 1994.

LESCH, HEIKO H., La función de la pena, primera edición, Colombia, Universidad

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Externado de Colombia, 2000.

MALO CAMACHO, GUSTAVO, Derecho Penal mexicano, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000.

MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, Derecho Penal, segunda reimpresión de la cuarta edición, México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 2001.

MAURACH, REINHART y ZIPF/ HEINZ, Derecho Penal, tomo I, séptima edición, Argentina, Editorial Astrea, 1994.

MENDOZA BREMAUNTZ, EMMA, Derecho Penitenciario, primera edición, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1999.

MEZGER, EDMUNDO, Derecho Penal, segunda edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, quinta edición, Barcelona, España, Reppertor, S.L., 2000.

- Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho, segunda edición, Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1982.

MOMMSEN, TEODORO, Derecho Penal Romano, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, Derecho Penal, cuarta edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000.

PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Diccionario de Derecho Penal, segunda



edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1999.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Derecho Penal, tomo I, tercera edición, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1996.

- Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal, primera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2001.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMÍN y PRATS CANUT, J. MIGUEL, Manual de Derecho Penal, primera edición, España, Editorial Aranzadi, S.A., 1999.

ROCCO, ARTURO, Objeto del delito y de la tutela jurídica penal, contribución a las teorías generales del delito y de la pena, primera edición, Argentina, B de F, 2001.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, Criminología, décima quinta edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000.

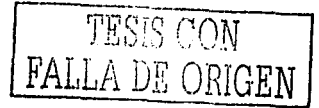
- Penología, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2000.

ROXIN, CLAUS, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, primera edición, España, Instituto Editorial Reus, S.A., 1981.

- Derecho Penal, tomo I, segunda edición, España, Civitas, 1999.

- La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, primera edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000.

- Problemas actuales de la Política Criminal, en Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal, primera edición, México, Universidad Nacional



Autónoma de México, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, primera edición, Barcelona, España, José María Bosch Editor, S.A., 1992.

VARIOS AUTORES, Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap, primera edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal, primera edición, México, Editorial Porrúa, 2001.

- Manual de Derecho Penal, cuarta reimpresión de la segunda edición, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1998.

### LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

Código Penal Federal. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.



Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito  
Federal. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN