



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

“ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PENA ADOPTADA  
EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL”.

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A N:  
MACÍAS PAZ, ARELI  
VÁZQUEZ SÁNCHEZ VERÓNICA

ASESOR: LIC. DAVID JIMÉNEZ CARRILLO



FES Aragón

MÉXICO

2005

m344363

## **AGRADEZCO:**

A DIOS, PORQUE A TI SEÑOR TE DEBO TODO, GRACIAS PORQUE ME HAS CONCEDIDO LA GRACIA DE CONOCERTE, PORQUE AL DÍA DE HOY ME HAS DADO LA OPORTUNIDAD DE DESPERTAR, LA FORTALEZA PARA SEGUIR ADELANTE, LA SATISFACCIÓN DE LLEGAR A ESTE MOMENTO TAN IMPORTANTE, Y PORQUE ME HAS DADO UNOS PADRES EXCELENTES.

A MIS PADRES, JUDITH PAZ ROJAS E HILARIO MACÍAS SANDOVAL, DIFÍCIL ES AGRADECER TODAS Y CADA UNA DE LAS COSAS QUE HAN HECHO POR MI, PORQUE SON INNUMERABLES, PERO ES MÁS DIFÍCIL AÚN PORQUE SON INVALUABLES, SON TAN GRANDES SUS ESFUERZOS, QUE MI ADMIRACIÓN NO CESARA, Y MI AGRADECIMIENTO PERDURARA POR SIEMPRE, GRACIAS POR ESTAR CONMIGO, POR SU APOYO Y SU AMOR, QUE ESTO SEA UN POCO DE LO MUCHO QUE MERECEAN, PARA USTEDES CON MUCHO AMOR.

A JUDITH Y ALEJANDRO MACIAS PAZ, QUIERO QUE SEPAN ANTES QUE NADA QUE LOS QUIERO MUCHO, QUE SON UNA PARTE MUY IMPORTANTE DE MI VIDA, GRACIAS, PORQUE TAMBIÉN USTEDES SON PARTE DE ESTE ESFUERZO, PORQUE TAMBIÉN USTEDES ME HAN ENSEÑADO MUCHO, PORQUE LO MUCHO O POCO QUE HAGA Y SEA, ES Y SIEMPRE SERÁ TAMBIÉN POR Y PARA USTEDES HERMANOS.

A MI QUERIDA ABUELITA GUADALUPE ROJAS, NO HAY PLAZO QUE NO SE CUMPLA, Y COMO HACE VARIOS AÑOS TE LO PROMETÍ, ESTA TESIS, ESTE MOMENTO, ES PARA TI, QUE AUNQUE YA NO ESTAS PRESENTE FÍSICAMENTE, EN MI CORAZÓN SIEMPRE ESTARÁS, GRACIAS ABUELITA POR AQUELLOS HERMOSOS MOMENTOS DE LOS QUE LLENASTE MI VIDA... LA EXTRAÑO...

QUE DESCANSE EN PAZ

A MI TÍO FÉLIX PAZ ROJAS, ESTE MOMENTO AL QUE LLEGO, TAMBIÉN ES PARTE DE USTED, PORQUE SIEMPRE HA ESTADO CONMIGO, PORQUE A MIS HERMANOS Y A MÍ NOS HA DADO TODO LO QUE ESTUVO A SU ALCANCE Y MÁS, PORQUE SE QUE ESTO LE ALEGRA TANTO COMO A MI, GRACIAS POR SU APOYO, CARIÑO Y AMOR, LO CUAL SOLO PUEDO AGRADECERLE DE ESTA MANERA. LO QUIERO MUCHO.

A MIS ABUELITOS CARMELITA SANDOVAL Y ALEJANDRO MACÍAS, PORQUE SON EL PILAR DE LA FAMILIA MACÍAS, Y POR ENDE EL MÍO, GRACIAS POR ESA FAMILIA QUE CON ESFUERZO CONSTRUYERON Y QUE YO DISFRUTO CON MUCHO ORGULLO.

A MIS TÍOS, TOMAS, AMALIA, ALICIA, HORTENSIA, SUSANA, ALEJANDRO, CARLOS, GUSTAVO, MARTÍN Y JORGE, TODOS MACÍAS POR SUPUESTO, QUE SIEMPRE HAN LUCHADO POR SUPERARSE, QUE SIEMPRE ME HAN DEMOSTRADO QUE EL QUERER ES PODER, Y POR ELLO NO PUEDO HACER MENOS QUE ESTO, PORQUE SE QUE CON SUS GRANDES LIMITANTES HAN LLEGADO A SER LOS MEJORES EN LO QUE CADA UNO DE USTEDES HACE, GRACIAS POR SU EJEMPLO, POR SU UNIÓN Y SU FUERZA.

A DAMIÁN E IVÁN GALLARDO PAZ, DEBO AGRADECERLES A USTEDES POR SU CONFIANZA Y BUENOS DESEOS, QUE ME HAN ALIENTADO Y FORZADO A LLEGAR A AQUÍ. PORQUE MI NUEVA SOBRINA, FÁTIMA GALLARDO NOS LLEGUE A DAR LA MISMA SATISFACCIÓN.

ANABEL GUZMÁN RIEGO, PUES AQUÍ ESTAMOS AMIGA, CULMINANDO UNA ETAPA, Y LO HERMOSO ADEMÁS DE ELLO, ES QUE TU AMISTAD SIGUE CONMIGO, CAMINANDO A MI LADO, PORQUE NUNCA SE HA QUEDADO CORTA, NI SE HA ALEJADO, PORQUE SIEMPRE ESTA CUANDO Y DONDE DEBE ESTAR, POR ESO ASEVERO "AQUÍ ESTAMOS", PORQUE HAS SIDO PARTE DE ESTE MOMENTO, PORQUE MI ESFUERZO TAMBIÉN ES EL TUYO, PORQUE MI ANHELO TAMBIÉN FUE EL TUYO.

A JOSÉ JESÚS VÁZQUEZ HUERTA, PORQUE A ESTE MOMENTO IMPORTANTE EN MI VIDA LLEGO GRACIAS A TU APOYO, A TU AYUDA, Y DEDICACIÓN EN MI PERSONA, GRACIAS PORQUE FUISTE UNA LUZ EN MI CAMINO, PORQUE NO SOLO ME ENSEÑASTE MUCHO, SINO PORQUE ME HAS ENSEÑADO QUE AUN FALTA MUCHO MAS, MUCHAS GRACIAS POR TODO.

A ESA GRAN PERSONITA QUE ERES TU ALEXIS DE JESÚS VÁZQUEZ, PORQUE MAS QUE UNA DISCAPACIDAD TIENES LA MAS GRANDE CAPACIDAD DE AMAR, PORQUE NADA EN TI ES OSCURO, PORQUE ERES, LUZ, PUREZA, FORTALEZA, ESPERANZA, ANHELO, DICHA, Y ORGULLO, GRACIAS PORQUE ME ENSEÑASTE QUE NO HAY LIMITES, QUE LA DISCAPACIDAD LA HACEMOS NOSOTROS.

A TI VERÓNICA VÁZQUEZ SÁNCHEZ, PORQUE A PESAR DE TODAS LAS ADVERSIDADES QUE SE DIERON, PARA CONCLUIR ESTA ETAPA ESTAMOS AQUÍ, YA QUE POR FÁCIL QUE PARECIERA NOS FUE DIFÍCIL TERMINAR, SIN EMBARGO LO HEMOS CONSEGUIDO, GRACIAS Y FELICIDADES.

A TODOS USTEDES, MIS AMIGOS, QUE A LO LARGO DE MI VIDA ME HAN ACOMPAÑADO, HAN ESTADO PRESENTES GRACIAS PORQUE SU PRESENCIA DIO A MI VIDA MUCHOS MOMENTOS DE FELICIDAD.

**ARELI MACÍAS PAZ.**



**AGRADEZCO:**

A JORGE LUIS VAZQUEZ VENEGAS, POR SU APOYO Y POR HACERME SENTIR SU NIÑA MALCRIADA, QUE PARA SU ORGULLO SIEMPRE SE SALE CON LA SUYA. GRACIAS PAPA.

A NATIVIDAD SANCHEZ, POR ENSEÑARME QUE EL SER MADRE ES UNA LABOR QUE TE PARTE EL CRAZON, TE ALIMENTA EL ALMA Y QUE NO TERMINA NUNCA Y UN TITULO QUE TE ACOMPAÑA HASTA DESPUÉS DEL FIN DE TUS DIAS. GRACIAS MAMA.

A MIS HERMANOS, POR SU APOYO Y COMPRENSIÓN HACIA CONMIGO Y MIS HIJOS.

A MIS HIJOS CHRISTOPHER Y SAMANTHA, POR SER MI CREDO, LA RAZÓN DE MI EXISTIR Y LA ORACIÓN DE TODOS MIS DIAS. LOS AMO CON TODO MI SER.

**VERÓNICA VÁZQUEZ SÁNCHEZ**

**AGRADECEMOS:**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, Y MUY EN ESPECIAL A NUESTRA QUERIDA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGON, NUESTRA ALMA MATER, QUE POR SU GRANDEZA, PROFESORES Y ALUMNOS, SIEMPRE VIVIRA EN NUESTROS CORAZONES.

AL LICENCIADO DAVID JIMÉNEZ CARRILLO POR SU PACIECIA, DEDICACIÓN Y TIEMPO INVERTIDO EN NUESTRO APRENDIZAJE. GRACIAS POR SU APOYO INVALUABLE.

A LOS INTEGRANTES DE NUESTRO JURADO Y EN ESPECIAL AL DR. ELÍAS POLANCO BRAGA Y LICENCADO IGNACIO CASTELLANOS GONZÁLEZ POR OBSEQUIARNOS PARTE DE SU TIEMPO Y ENRIQUECERNOS CON SUS CONOCIMIENTOS.

A TODOS LOS PROFESORES QUE EN EL TRANCURSO DE ESTE CAMINO, NOS SIRVIERON DE GUÍA PARA LLEGAR HASTA ESTE MOMENTO.

**POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU.**

## Í N D I C E

### ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PENA ADOPTADA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

PAG.

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO: "TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA FINALIDAD DE LA PENA"</b>	
1.1. Definición de la pena.....	1
1.2. Clasificación de la pena.....	4
1.3. Teoría sobre la pena. ....	5
1.3.1. Teorías Absolutas.....	6
1.3.1.1. Teoría de la expiación.	
1.3.1.2. Teoría de la retribución.	
1.3.2. Teorías Relativas de la prevención.....	16
1.3.2.1. Prevención general.	
1.3.2.2. Prevención general negativa.	
1.3.2.3. Prevención general positiva.	
1.3.2.4. Prevención especial.	
1.3.3 Teorías Mixtas.....	31
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: "LA DETERMINACIÓN DE LA PENA"</b>	
2.1. Determinación de la pena.....	33
2.1.1. Determinación Legislativa.	
2.1.2. Determinación Judicial.	
3.1.3. Determinación Ejecutiva.	
2.2. Culpabilidad como fundamento de la pena.....	40

### **CAPÍTULO TERCERO: "LA CULPABILIDAD"**

<b>3.1.</b> Concepto y función de la culpabilidad.....	<b>46</b>
<b>3.2.</b> Teorías sobre la culpabilidad.....	<b>50</b>
<b>3.3.</b> Críticas al concepto de culpabilidad.....	<b>57</b>
<b>3.3.1.</b> Substitución del concepto de culpabilidad.	
<b>3.3.2.</b> Culpabilidad analizada desde los fines de la pena.	
<b>3.3.3.</b> Posiciones que reelaboran el concepto de culpabilidad.	

### **CAPÍTULO CUARTO: "LA ORIENTACIÓN DE LA PUNICIÓN"**

<b>4.1.</b> La Pena y sus relaciones con los fines del Estado. ....	<b>71</b>
<b>4.2.</b> La función de la pena en el Derecho penal liberal.....	<b>72</b>
<b>4.3.</b> La función de la pena en el Derecho Intervencionista.....	<b>72</b>
<b>4.4.</b> La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho....	<b>73</b>
<b>4.5.</b> Los fines preventivos de la pena.....	<b>85</b>
<b>4.5.1.</b> La prevención General.	
<b>4.5.2.</b> La prevención especial.	
<b>4.5.3.</b> Antinomias de los fines de la pena.	

### **CAPÍTULO QUINTO: "ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PENA ADOPTADA POR EL CÓDIGO PENAL FEDERAL"**

<b>5.1.</b> Teoría adoptada por el Código Penal Federal.....	<b>94</b>
<b>5.2.</b> Análisis de la teoría de la pena en el Código Penal Federal.....	<b>137</b>

<b>5.3. El aumento de las penas como medio de prevención en el Código penal Federal.-.....</b>	<b>143</b>
<b>5.4. Ineficacia del aumento de las penas en el Código Penal Federal.....</b>	<b>148</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>155</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>159</b>

## **I N T R O D U C C I Ó N**

En fechas recientes, nuestro país se ha visto inmerso en una ola muy grande de delincuencia, es muy común escuchar en los medios de información, ya sea radio, televisión o Internet, como día con día alguien es víctima de un delito, de lo cual resulta importante advertir que la sociedad al sentirse impotente busca de alguna manera encontrar solución a este problema que le esta afectando, derivando esto en un reclamo hacia sus instituciones, creyendo así que la mejor solución al problema de inseguridad que nos aqueja, lo es el aplicar penas mas severas a los que comentan algún delito.

Este es uno de los motivos que nos ha llevado a elaborar el presente trabajo de tesis, pretendemos con éste trabajo de investigación poner en evidencia que tan conveniente o inconveniente resultaría el aumentar las penas, lo cual se desarrollará estudiando las teorías que fundamentan la pena, siendo que desde los primeros tiempos la pena ha sido una figura integrante de la vida del ser humano, haciéndose mención de la determinación de la pena y algunos tópicos sobre culpabilidad, lo cual consideramos conveniente para tener una idea de los criterios que orientan al legislador para fijar la punibilidad, así como los parámetros que toma en cuenta el juzgador para aplicar la pena, resultando trascendente saber si los criterios que norman el actuar tanto del legislador como del juzgador van encaminados a una finalidad de prevención o de mero castigo, esto es, si la pena se aplica para intimidar al autor del delito evitando con ello que el delincuente vuelva a delinquir y que así mismo dicha pena influya en el ánimo de los demás

para lograr que se abstengan de cometer algún delito, o bien, simplemente se castiga por el hecho de reparar el daño cometido.

Y por último se realizará el análisis de la teoría de la pena adoptada por el Código Penal Federal, en base a la información de los capítulos que le anteceden, buscando con esto el confirmar o bien refutar la idea en cuanto a que el aumento de las penas combatirá la delincuencia, o establecer si dicha idea sólo es un optimismo equivocado.

## CAPÍTULO I

### TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA FINALIDAD DE LA PENA.

#### 1.1.- DEFINICIÓN DE LA PENA

La **pena** es la más importante consecuencia del delito, por ello la tarea de establecer su definición resulta compleja, pues de ella se advierten tantas como autores se consulten, quienes resaltan en el contenido de su definición los elementos más trascendentales de la corriente o postura dogmática a la que son proclives, resaltando diversos elementos como serían la finalidad, utilidad, la autoridad que las reglamenta, el procedimiento que se sigue para imponerlas, entre otras, en este orden de ideas procedemos a mencionar algunas.

Comenzaremos por decir que **pena** deriva del latín *poena* y este a su vez del griego *oiva*, "castigo",<sup>1</sup> por ello su significado se identifica plenamente con la idea de castigo y sufrimiento, tal consideración surge como consecuencia de la evolución de la humanidad.

Así, la doctrina penal le ha dado distintos tratamientos al concepto que nos ocupa, pues Heiko H. Lesch escribe: "la pena no compensa el mal de la víctima sino que produce un nuevo mal, la pena es la ordenación querida de un mal, por tanto convierte en pena a un mal querido que esté relacionado con un delito. Mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica, la pena requiere una trasgresión que se pueda imputar a modo de reproche al autor. Es una pena pública, una pena estatal que tiene que ser impuesta mediante un procedimiento determinado formal y con garantías de neutralidad"<sup>2</sup>, resumiendo, se puede decir que la *pena* es un mal que se causa a una persona en un procedimiento

---

<sup>1</sup> Gran Diccionario Jurídico Especializado de los Grandes Juristas. (aforismos y latinejos), Libros técnicos, 1999, México, Pág. 818

<sup>2</sup> H. Lesch, Heiko. La función de la pena, traducción de Javier Sánchez -Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, 1999, Pág. 13-16



público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si está lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

Por otra parte Hans Welzel, considera que: "la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable".<sup>3</sup> Por su parte, Francisco Muñoz Conde señala que la pena "es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo".<sup>4</sup> En tanto que Eugenio Raúl Zaffaroni considera que el carácter diferenciador del derecho punitivo no puede hallarse en otro lado que en el medio con el que provee a la seguridad jurídica, la coerción penal. Define a la pena como "todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho"<sup>5</sup>

Dentro de la doctrina nacional encontramos que para Fernando Castellanos Tena "la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico".<sup>6</sup> Por su parte Luis Rodríguez Manzanera al tratar el concepto escribe: "La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito".<sup>7</sup>

Un concepto más lo expone Cerezo Mir, quien señala que "la pena es una especie del género sanción jurídica; es la más grave de las sanciones del ordenamiento. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la

---

<sup>3</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile, 1993, Pág. 281.

<sup>4</sup> Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal Parte General, 2ª edición, Tirant lo Blanch, España, 1996 Pág. 47

<sup>5</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. En Busca de las Penas Pérdidas, 2ª edición, Themis, Bogotá Colombia, 1990, Pág 166.

<sup>6</sup> Fernando Castellanos Tena. Lineamientos elementales de Derecho Penal, Porrúa, México 1996, Pág. 318

<sup>7</sup> Luis Rodríguez Manzanera. Penología, Porrúa, 2ª edición, México, 2000, Pág. 94

necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro, para él, la pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además a de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal".<sup>8</sup>

Ahora bien, Santiago Mir Puig explica que "la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, en otras palabras, traza los límites de lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende la función que la constitución permita atribuir a la pena; y que tanto el delito como la pena encuentran su fundamento en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho".<sup>9</sup> El problema del cuando castigar implica dificultades de legitimación, por ello Ferrajoli dice que "la respuesta que se da generalmente a ésta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la expresada por la máxima nulla poena sine crimine, la pena, según este principio formulado nitidamente en las celebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una sanción infligida ob malum actionis, o antegressi delicti, o propter delictum, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica".<sup>10</sup>

De esta manera queda de manifiesto la diversidad de los elementos que son considerados para establecer la formulación del concepto de pena, debiendo destacar que de los anteriores se advierte que la misma es considerada como una consecuencia del delito. Para nosotros, la pena es la consecuencia justa y necesaria que recae sobre el que rompe con la norma establecida por el legislador. el problema subsiguiente es distinguir entre la justificación, fundamento, finalidad y la función de la pena, por ello pasamos a exponer lo concerniente al problema de la legitimación o fundamentación de la pena.

---

<sup>8</sup> José Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español, Tecnos, 2ª edición, Madrid 1997, Pág. 26

<sup>9</sup> Mir Puig, Santiago. Función de la Pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona 1984, Pág. 17

<sup>10</sup> Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Galantismo Penal, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1995, Pág. 368

## **1.2.- CLASIFICACIÓN DE LA PENA**

Encontraremos dentro del elenco punitivo de la codificación penal latinoamericana la existencia de una extensa variedad de las penas en sus distintas clasificaciones, entre las que podemos mencionar, atendiendo a su naturaleza intrínseca, a las que distinguen: en atención al fin, así como a la materia.

### **En atención al fin.**

Penas de intimidación. Las que son indicadas para individuos no corrompidos en quienes la moralidad debe ser forzada a través del miedo a la pena.

Penas de corrección. Estas tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados coercibles.

Las penas de eliminación o de seguridad. Son dadas a los criminales incorregibles y peligrosos, a quienes se debe de colocar en una posición donde no pueda causar daño a la sociedad.

### **Atendiendo a la materia.**

En cuanto a esta clasificación de las penas, algunos autores penalistas la dividen en principales y accesorias.

Considerando como pena principal la que señala el Código como correspondiente a cada delito, a la que se pueda adherir otra accesoria.

La pena accesoria es: la que se impone según la ley, como inherente, en ciertos casos a la principal pero con la disposición legal expresa de acompañar a otra que se impone en calidad de principal.

Entre las penas consideradas como principales y que se encuentran previstas en la codificación penal se encuentran las siguientes:

**Pena corporal:** Es la que recae sobre la persona física del condenado. La que afecta a la persona o integridad física del delincuente.

**Privativas de libertad:** Son aquellas que recluyen al condenado en un establecimiento especial, sometiéndole a un régimen determinado.

**Restrictivas de libertad:** son aquellas que sin suprimir del todo la libertad la limitan en parte, al imponer al condenado el cumplimiento de ciertas obligaciones o al prohibirle determinados actos y lugares.

**Privativas o restrictivas de derechos:** Son aquellas que impiden al condenado el ejercicio de algunos derechos públicos o privados.

**Pecuniarias:** Es aquella que se hace efectiva sobre el patrimonio del condenado, representando una disminución del mismo.

### **1.3.- TEORÍAS SOBRE LA PENA**

¿Cuál es la naturaleza de la Pena?, han surgido teorías para contestar, que en realidad las mismas proponen principios o axiomas legitimantes, cuya finalidad es fundamentar la legítima aplicación de una pena. Existen diferentes posiciones teóricas para los fines de la pena, que pudiera agruparse en torno a la idea de retribución, prevención o de la unión de ambas.

Las teorías de la pena se analizan considerando dos extremos, el utilitarismo cuya preocupación primordial es la eficacia y las llamadas absolutas que tienen como objetivo la realización de la justicia.

### 1.3.1.- TEORÍAS ABSOLUTAS

Las teorías absolutas o de la retribución, refiere Roxin Claus "parten de que la pena es un mal, su fundamento es un hecho culpable que tiene como consecuencia un castigo, deben su nombre a que se considera que la pena tiende al logro de fines o valores absolutos tales como la realización de la justicia o el imperio del derecho. Se habla de una teoría absoluta para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social".<sup>11</sup> La teoría de la retribución consiste en la idea que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido un delito en la medida en que lo merece, los autores representativos son Kant y Hegel y se dividen en Teorías de la Expiación y de la Retribución.

#### 1.3.1.1.- Teoría de la expiación.

La Pena como Expiación no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, con la comunidad. Con la expiación moral el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad personal. Expiación en este sentido sólo puede tener éxito donde el culpable preste su libre arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa.

Esta teoría es por demás cuestionable, pues la expiación se produce en lo más recóndito del fondo de la persona autónoma, por tanto, aquélla dependerá de la disposición psíquica de esa persona, quien no puede ser obligado por el Estado mediante una pena, en atención a ello el autor que no muestre el más mínimo

---

<sup>11</sup> Claus Roxin. Derecho Penal Parte General, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito, Traducción, Diego Manuel Luzón Peña y otros, 3ª edición, Madrid España, 1997, Pág. 81-82

sentimiento de culpabilidad estaría fallando de raíz la función de la pena. "No puede dejarse de lado que la sociedad actual no reconoce carácter exculpatorio a la expiación del delincuente sometido a pena, tan es así que al abandonar la cárcel la sociedad no le mira como una persona redimida".<sup>12</sup>

### 1.3.1.2.- Teoría de la Retribución.

La teoría retributiva responde a la convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra en la realización de la justicia impidiendo que la injusticia triunfe. La pena no aparece como instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor justicia.

Bajo esta concepción de la pena, De Rivacoba Manuel nos dice: "que no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera sanción del delito, su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agota en ella misma, son retributivas según la máxima que las resume, significa y caracteriza, *punitur quia peccatum est.*"<sup>13</sup>

La pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida como una necesidad ética, como un imperativo categórico al modo que la entendió Kant; "bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del Derecho, como la concibió Hegel".<sup>14</sup>

En resumen no se busca la readaptación ni la prevención, sino que simple

---

<sup>12</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Pág. 18-20

<sup>13</sup> Manuel, De Rivacoba y Rivacoba. Función y Aplicación de la Pena, 2ª edición, De Palma, Buenos Aires, 1993, Pág. 17

<sup>14</sup> Francisco Muñoz Conde. Ob. Cit. Pág. 48

y sencillamente el castigo por un mal cometido, sin ir mas lejos.

Ahora bien, y toda vez que como anteriormente se señaló los principales representantes de esta postura son Kant y Hegel, por lo que consideramos pertinente exponer los aspectos más relevantes que al respecto señalan los mismos.

### **Teoría de la pena de Kant.**

Parte de la Filosofía del Derecho desarrollada por Kant, se expone en la obra "La metafísica de las costumbres", es el estudio de los principios racionales a priori de la conducta humana, en contraposición a un estudio empírico de la conducta humana. El primer problema que se plantea Kant es la distinción entre moral y derecho. El objeto de la metafísica es el hombre, entendiendo a éste como aquel ser libre, racional, que no está sometido a las leyes de la naturaleza. Según Kant la acción es buena si es realizada conforme al deber, si tuvo otros fines no será buena en el sentido moral. Por tanto, la legislación moral es aquella que eleva a una acción a deber y este deber al mismo tiempo a impulso. Esto es que ordena las acciones solamente por la bondad de ellas y en consecuencia éstas serán obedecidas. En cambio la legislación que admite un impulso distinto de la idea del deber por sí, esto es, que ordena una acción que no solamente toma en cuenta el motivo interno del autor sino también el externo, lo denomina legislación jurídica. Esta conclusión se deriva de la teoría de los imperativos de Kant, quien distingue entre el imperativo hipotético y el categórico. En los primeros la acción no es mandada en absoluto, es un medio para otro propósito, en los segundos son un fin en sí mismos. Por tanto la moral esta compuesta de imperativos categóricos que son obedecidos por su valor intrínseco, por el deber. En cambio el derecho está construido por imperativos a los cuales obedece el hombre pero por motivos distintos al deber, ya que se puede dar el caso de no estar de acuerdo con una ley y comportarse conforme a ella sin tener en cuenta su impulso. La ley penal es un imperativo categórico. Su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad: Sea útil o inútil para asegurar

la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia.<sup>15</sup>

La idea de autonomía de la libertad, que es la capacidad del individuo de darse su propia ley, sin afectar a terceros, debe ser respetada por el Estado. La moral es interna, debido a que el sujeto tiene que actuar de acuerdo al deber, en cambio, el derecho es externo ya que no interesa el motivo por el cual se obedece, por tanto, la voluntad jurídica puede aparecer como heterónoma mientras que la moral es autónoma, ya que es ley de sí misma, está determinada por ella y no por lo externo, el sujeto encuentra en sí mismo la ley del deber que lo externo y el sujeto encuentra en sí mismo la ley del deber que lo lleva a obrar. En este orden de ideas el Estado no puede entrar en el ámbito interno. El derecho es la condición o el instrumento de la coexistencia de las libertades externas de las personas gracias a que es coactivo. La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. De forma que todo lo contrario al derecho es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto si un determinado uso de la libertad misma es obstáculo a la libertad según las leyes universales, es decir, contrario a derecho, entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según las leyes universales, es decir, conforme a derecho; por consiguiente, al derecho está unida la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción.<sup>16</sup>

Puesto que la razón integra el comportamiento moral conforme a las leyes, la unión de la acción moralmente mala y la obtención de la felicidad solo puede ser vista como una contradicción del orden racional y como destrucción de tal orden. Este orden cuya unidad se ve lesionada por el comportamiento contrario a la legalidad tiene que ser restituido a través de la razón. La *pena*, entendida como resultado mediato e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica, no es otra cosa que el restablecimiento de aquel orden, esto es el resultado racionalmente necesario a la trasgresión de la ley.

---

<sup>15</sup> CFR. H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Páginas 28-30

<sup>16</sup> Idem.



Kant fundamentó el principio absoluto de la pena en los siguientes términos: "La pena judicial (...) no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta todas las veces solamente porque *él ha delinquido*; en efecto, el hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre el Derecho de cosas, puesto que contra esto le protege el carácter de persona con el que ha nacido (...).Él debe haber sido encontrado punible con anterioridad que se piense en extraer consecuencias útiles de la pena para él mismo o para sus conciudadanos. El imperativo práctico es, por tanto, el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin".<sup>17</sup>

La pena sólo puede ser impuesta porque se ha delinquido, mediante ésta tiene que ser alcanzada la justicia, su cometido consiste en la satisfacción de la justicia, en el restablecimiento del orden perturbado por el hecho.

El estado aparece como la condición necesaria para asegurar a los individuos sus esferas de libertad, coordinados por el Derecho. Si de los principios generales del derecho surgía para mí el deber, también surge mi limitación que no es otra cosa que la libertad de los otros.

De acuerdo con Kant, el Estado está imposibilitado de aconsejar a sus ciudadanos sobre su manera de actuar en sociedad. También manifestó que la Ley del Talión ofrece la garantía más segura de aplicar una pena, es decir, el mal que se inculpa le inflijas a otro del pueblo es el mismo mal que te causas a ti mismo. Solo el derecho de resarcimiento puede determinar con exactitud la calidad y cantidad de la pena.

---

<sup>17</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Pág 30.

Kant se inclina por cuanto a la magnitud de la pena por el principio de la compensación en el mismo género. Si el criminal ha cometido un homicidio también el debe morir.

La teoría de la retribución moral considera que la pena se fundamenta en el principio de culpabilidad, esto es, la libertad de voluntad o libre albedrío. Como el hombre es libre, al hacer mal uso de su libertad (decidirse por la realización de un delito) se hace culpable y acreedor en justicia del mal de la pena, la pena es porque debe ser, porque debe imperar la justicia.

En resumen, esta teoría no pugna por resarcir el mal hecho o el de readaptar al individuo, si no simple y sencillamente castigar al infractor, no dejar pasar por alto que esta rompiendo con la armonía de un grupo, mismo que a fin de cuentas es quien se convierte en juez y ejecutor.

### **La Teoría de la Pena de Hegel.**

Hegel en 1821 presentó su obra intitulada "Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho", en la cual concluye "que el delito es la negación del Derecho y la pena la negación de esa negación, de acuerdo al principio de contradicción, la pena es la afirmación, es decir, el restablecimiento del Derecho, motivo por el cual la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es una lesión de la lesión."<sup>18</sup>

Así define a la pena como replica, como reacción a lo sucedido, como confirmación simbólica del ordenamiento, por ello Hegel diferencia entre una necesidad interna y una necesidad externa de la pena. En la necesidad interna expone el delito y su superación dentro del derecho abstracto como consecuencia del automovimiento del concepto de derecho, de tal manera que el injusto es una fase de desarrollo o momento del derecho. Con un delito se ve algo alterado y la

---

<sup>18</sup> Ibidem. Pág. 32.

cosa existe en esa alteración, pero esta existencia es lo contrario a ella misma y por lo tanto nula; lo nulo es haber eliminado el derecho. El derecho no puede ser eliminado, por lo que exteriorizar el delito es en sí algo nulo y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo. "El hecho delictivo no es algo principal al que sigue la pena como negación, sino que es algo negativo, de tal manera que la pena es sólo la negación de la negación. El derecho efectivo es, la superación de esa lesión, el derecho muestra con ello su validez y se acredita como algo que necesariamente tiene que existir de forma mediata".<sup>19</sup> Por otra parte Quintero Olivares nos dice que: "la pena es la afirmación del Derecho que fue negado por el delito, negación que sólo se contesta con otra negación, que es la pena. La pena es pura y simple retribución por el mal causado".<sup>20</sup>

La fundamentación propuesta por Hegel resulta más jurídica, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer 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 del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general.

La teoría de Hegel se caracteriza por un contexto de intercambio funcional entre delito y pena, si es que se quiere que la pena retrospectiva sea algo más que una venganza primitiva, que el mero mal que se impone porque se ha producido otro mal, si se quiere que sea en sí y para sí justa, se le debe otorgar una función que restituya el injusto acaecido pues señala al delito como un ataque contra la existencia de la libertad.

Hegel está de acuerdo con Kant, al no reconocer metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena. La pena es la restauración ideal del

---

<sup>19</sup> Ibidem. Páginas 32-33

<sup>20</sup> Gonzalo Quintero Olivares. Curso de Derecho Penal, 2ª edición, Cedes Barcelona, 1997, Pág. 77.

orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular, por tanto la pena no alude a un bien ni a un mal, sino a la dialéctica injusto-justicia.

En la necesidad externa de la pena de lo que se trata es del mantenimiento de la identidad social, si el delito queda sin pena arruina a la sociedad, hay que manifestar expresamente que el delito no tiene vigencia, que la norma general quebrantada puesto que es racional sigue siendo real, que esa norma reclama vigencia real y que uno se sigue manteniendo en derecho cuando continúa tomando esa norma como modelo de orientación para el propio comportamiento.

Heiko H. Lesch cita a Hegel en lo referente a la magnitud de la pena, al señalar, que éste la orienta en el principio de un talión que compense los valores: “la superación del delito es una compensación en la medida en que es lesión de una lesión y el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también la debe tener su negación en cuanto a su existencia, esta identidad no es una igualdad en las características específicas de la lesión sino en las características existentes en sí, en su valor. El valor de la lesión no se encuentra determinado en forma fija sino que es un valor fijo que depende del estado de la sociedad. En tanto que la sociedad esté segura de sí misma el delito no es más que una individualidad frente a la sociedad, algo aislado sin solidez. La solidez de la sociedad confiere al delito una posición debilitada y por ello la pena también será débil si la sociedad esta aún vacilante se debe estatuir mediante la pena un ejemplo, pues la pena misma es un ejemplo contra el ejemplo del delito las penas duras no son en y para sí injustas, están en relación con la sociedad de cada época”.<sup>21</sup>

El mérito de la teoría de la retribución, radica en su capacidad de impresión psicológica social, si la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante penalización drástica en caso de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, un límite al

---

<sup>21</sup> CFR. H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Páginas 36-38

poder punitivo del Estado y tiene en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad.

La teoría de la retribución, ya no se puede sostener científicamente, si la finalidad del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, para el cumplimiento de este cometido no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La voluntad de los ciudadanos le obliga asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad, está limitado a esta tarea de protección. La idea que se puede compensar y suprimir un mal (delito) causando otro mal adicional (sufrimiento de la pena) sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo.

Con la expiación se piensa que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra su integridad humana y social, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, una vivencia expiatoria que constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que puede ser motivado por una pena que no retribuye sino que ayude.

Enrique Bacigalupo señala que “la pena será legítima, según las teorías absolutas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente importa un abuso de la libertad que es reprochable y, por tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral”.<sup>22</sup>

El retribucionismo clásico, fundamenta la prohibición de castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana, desde el punto de vista de los derechos fundamentales

---

<sup>22</sup> Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal, Themis, Bogotá Colombia, 1994, Pág. 12.

del hombre, se opone a que el individuo sea utilizado como instrumento.

Las críticas al retribucionismo cuestionan sus presupuestos, ponen en duda el pretendido efecto positivo de la seguridad jurídica que promete la proporcionalidad. Parten estas críticas de la negación del presupuesto de la pena desde el punto de vista retributivo, que es el libre albedrío, ya que es rechazado por su imposible probanza en la práctica, por lo que no tiene sentido retribuir, mediante el castigo, un comportamiento de la persona que responde a factores que ésta no puede controlar.

La retribución irreprochable en un orden lógico, no lo es necesariamente en un orden jurídico, ningún sentido tiene añadir al mal del delito, el mal de la pena, ni se han encontrado desde el talión fórmulas para cuantificar validamente el grado de retribución; una retribución concretada en la realización de la justicia o en el restablecimiento del orden jurídico, además de ser proyecto demasiado ambicioso, supone moverse entre parámetros tan indeterminados que dejarían al intérprete la facultad de poder manipular las resoluciones.

La idea de retribución "exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia. De ahí que para las teorías absolutas la pena sea un fin en sí misma –un puro acto de justicia- y no un medio para alcanzar otro fin".<sup>23</sup> Las bases teóricas de la retribución no tienen funcionalidad en el sistema penal actual, pues su aportación a la seguridad jurídica en el principio de proporcionalidad, queda reducida su mínima expresión por el carente fundamento en la práctica del libre albedrío.

A favor de las teorías absolutas, se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, para intimidar a la

---

<sup>23</sup> Gerardo Landrove Díaz. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 2ª Edición, Tecnos Madrid España, 1996, Pág. 18

sociedad mediante la aplicación de penas a quienes cometan algún delito, lo contrario de las teorías relativas, en este caso no se sacrifica al individuo en favor de la colectividad.

### **1.3.2 TEORÍAS RELATIVAS O DE LA PREVENCIÓN.**

Las Teorías Relativas o de la Prevención fundamentan la pena en su utilidad, incluso en la necesidad para la subsistencia del grupo en sociedad. La pena no responde a una exigencia de Justicia, sino que se halla legitimada sólo como medio de prevención de delitos. No se castiga para restablecer un orden de valores, sino para evitar la realización de conductas que se estiman indeseables. Si la retribución mira al pasado y se agota en castigo de lo hecho, la prevención mira al futuro y persigue inhibir, mediante la conminación punitiva, la comisión de nuevos delitos. Importa destacar que la diferencia entre retribucionismo y prevencionismo no se refiere al concepto de pena, sino a la función y legitimación de ésta, no mira lo que es la pena sino lo que sirve y justifica su ejercicio. Nadie puede negar a la pena como un mal que se impone a consecuencia de un delito. La pena es un castigo. La teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena, una cosa es la pena y otra distinta cuál sea su función y lo que legitima su ejercicio.

En esto último se contraponen las concepciones retributiva y preventiva, los retribucionistas creen que la pena sirve a la realización de la Justicia, que se legitima suficientemente como exigencia de pagar el mal con otro mal. Los prevencionistas estiman que el castigo de la pena se impone para evitar la delincuencia en la medida de lo posible y sólo está justificado el castigo cuando resulta necesario para combatir el delito, las teorías relativas parten de la idea de que la pena es un mal, pero un mal más necesario (legitimación) que merecido (justicia).

De acuerdo a la teoría de la prevención, la pena no tiende a la retribución

del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos que, se dividen en prevención general y prevención especial; en ambos casos la pena está orientada hacia el futuro con el objeto de prevenir la conducta que atenta la convivencia social; dichas teorías se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Esta corriente considera que los fines de la pena son el efecto intimidatorio (prevención general negativa), la corrección (prevención especial positiva ) así como al hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa), "de esta manera la pena se incluye en el elenco de los instrumentos del Estado para la defensa ante peligros y la realización de cuidados existenciales, existe consenso entre sus partidarios que la pena es retribución entendiendo por tal una reacción, una respuesta por algo que ha sucedido; el fundamento real de la pena (culpabilidad) reposa en el pasado, en tanto que su fundamento final se encuentra referido al futuro, es decir, lo que con ella se intenta alcanzar".<sup>24</sup>

Desde nuestro punto de vista las teorías relativas aceptan que la pena es esencialmente un mal, pero resultaría absurdo e inhumano aplicar una pena sin perseguir otras finalidades. El fundamento de la sanción criminal se centra así, no en el delito, sino en la prevención de futuras infracciones. Las teorías relativas de la pena deben su nombre a que consideran que la pena se legitima porque tiende al logro de un fin relativo, cambiante y circunstancial como lo es el fin útil de la prevención del delito. Mientras que las teorías absolutas o de la retribución parten de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin que haya que tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

### **1.3.2.1.- Prevención General.**

---

<sup>24</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Páginas 38-39.



La prevención general supone la actuación de la pena en la colectividad, no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el actor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las previsiones legales y apartar de su violación, es decir, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la Ley para evitar que cometan un delito, esto es, funciona mediante la coacción psicológica al momento abstracto de un tipo penal cuyo contenido material es la norma de conducta.

Esta teoría se atribuye a Paul Johann Anselm V. Feuerbach, quien apunta que la misión del Estado es impedir la violación del Derecho, lo que no puede conseguir con un omnipresente poder físico, para anticiparse a aquella tiene que acudir a unos resortes coactivos de naturaleza psicológica; el recurso básico sería la conminación penal no la ejecución de ésta. La efectiva aplicación de la pena serviría sólo para confirmar la seriedad de la conminación legal. Feuerbach sostiene que "todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad hasta el punto que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho... el fin de infligir la pena está en la motivación de la eficacia de la amenaza legal, hasta que punto sin ella esta amenaza carecería de contenido... es propiamente una teoría de la amenaza penal, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza",<sup>25</sup> por tanto, el fin último de la aplicación de la pena es la intimidación de los ciudadanos por la Ley, el que la pena, pudiera cumplir otros fines como la corrección del delincuente es algo accidental, casual.

La prevención general puede manifestarse por la vía de intimidación de los posibles delincuentes, o bien, como prevailecimiento o afirmación del Derecho a los ojos de la colectividad. En el primer sentido, la amenaza de la pena persigue imbuir

---

<sup>25</sup> Claus Roxin. Ob. Cit. Pág. 90.

un temor que sirva de freno a la posible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes. En el segundo sentido, como afirmación del Derecho, la prevención general persigue más que la finalidad negativa de inhibición, la internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica por parte de la comunidad.

La finalidad de la pena, según esta teoría, es la prevención del delito, pero para que la amenaza referida funcione es necesaria la efectiva ejecución de la misma.

La prevención general distingue un aspecto negativo y uno positivo. El aspecto negativo se puede describir con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes, la eficacia de la prevención no reside en la intimidación de la Ley sino lo que representa el riesgo de ser atrapados, no es funcional la agravación de las amenazas penales, sino más bien una intensificación de la persecución penal. El aspecto positivo de la prevención general busca la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. La pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.

#### **1.3.2.2. Prevención General Negativa.**

Mediante la prevención general negativa se persigue, coaccionar a la generalidad de los ciudadanos con la amenaza del mal de la pena para que se abstengan de cometer delitos.

Esta teoría se asocia con Anselm Von Feuerbach, quien toma elementos de la Teoría de Hobbes: en los estados naturales sin ley, los hombres tienden a

dañarse unos a otros, por ello la inteligencia del hombre la apremia a fundar un Estado. El fin del Estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos o, en otras palabras, la situación en la que todos pueden ejercer sus derechos en su totalidad y se encuentran seguros frente a las injurias. Por tanto la tarea es: encontrar un medio a través del cual se puedan prevenir todo tipo de injurias. Así dicho autor establece: El Estado tiene que servirse del medio por el cual al ciudadano le resulte *psicológicamente* imposible dañar. El único medio que le queda al Estado es *mediante el sentido influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario*. El hombre ambiciona el placer, rehuye el dolor, ante todo evita el malestar, que contradice su naturaleza. Renuncia a algo de felicidad si es que con ello puede conseguir más felicidad, soporta una pequeña infelicidad si es que con eso puede evitar dolores mayores. Las infracciones se evitan *si cada ciudadano sabe con seguridad que a una infracción le sigue un mal mayor, que el que sigue de la no satisfacción de las necesidades tras la acción*; el Estado tiene que causar un mal para disuadir a otros del delito cuando se representen la posibilidad de dicho mal. Esto es lo que creen todos los que buscan el fin de la pena en la disuasión de otros. Suponiendo que la simple representación de la pena impuesta a otros delincuentes sea en efecto un motivo psicológico bastante para disuadir a terceros de delitos parecidos. Esto significa tratar al hombre como una cosa, y también el delincuente es hombre.<sup>26</sup>

El fundamento de la pena reside en el delito *–punitur, quia peccatum est–*, de lo contrario se mezclaría al individuo entre los objetos del Derecho de cosas. Feuerbach une la finalidad del efecto disuasorio no con la pena sino con la amenaza de la pena. La vinculación del mal con el delito tiene que ser amenazada por una ley. La Ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. El fin de la ley y de la amenaza es

---

<sup>26</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Páginas 40-41.

el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con un mal.<sup>27</sup>

La prevención general de la que Feuerbach habla es una prevención de la amenaza de pena; su teoría no es una teoría de la pena, sino una teoría de la amenaza penal mediante leyes penales (teoría de la coerción psicológica). Mediante la pena se tiene que conseguir que el sujeto logre un contrapeso frente a los impulsos que le invitan a delinquir; estos tienen que ser superados de tal forma que la arbitrariedad sea determinada psicológicamente de acuerdo con la ley. Así pues, al final, el mal en realidad se causa para otorgar efectividad a la amenaza penal, para disuadir a otros de delinquir. El fin del Estado está determinado por la necesidad de que no se produzcan delitos, para ello es necesario, primero, que mediante una ley se amenace tal mal y, segundo, si se da el presupuesto —el delito— se ejecute el mal amenazado. La ley debe lograr que el delincuente se represente la necesidad del mal; el cumplimiento de la ley debe lograr que el autor se represente la existencia real de la ley. La ley contiene la amenaza, el ejercicio de la ley otorga a la amenaza realidad, el fin de la imposición de la pena consiste en hacer efectiva la amenaza. La ejecución de la pena sólo puede tener como meta la futura efectividad real de la amenaza, la intimidación de otros. La ley intimida a todos los ciudadanos, es la ejecución la que tiene que dar a la ley su efectividad, el fin mediato de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley.

La teoría de la coacción psicológica descuida el daño del hecho para el ordenamiento social, si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho, con lo cual puede surgir una gran desproporción entre el daño social y el quantum de la pena.

Contra la teoría de la prevención general negativa hay que objetar que ni todos los delitos responden a un cálculo racional, ni todo cálculo racional se centra

---

<sup>27</sup> Ibidem. Pág. 42.

en la abstracta amenaza penal, sino en el riesgo a ser descubierto, en la posibilidad real de ser penado o de evitar la pena.

La función intimidatoria del Derecho Penal, entendida sobre la base de la teoría de la coacción psicológica plantea, según Silva Sánchez, cuatro problemas significativos: 1) La legitimación axiológica de la intimidación al delincuente; 2) La legitimación empírica; 3) La explicación de los mecanismos de la intimidación; y 4) el concepto de norma que presupone una concepción así. La intimidación no es arbitraria, sino que tiene por objeto proteger los valores fundamentales del ser humano y su relación dialéctica en sociedad, ello permite salvar la objeción referida, en virtud de que la prevención general negativa es legítima mientras se desarrolle dentro de los límites del sistema penal que en el marco de sus principios impiden cualquier exceso. La otra faceta de la fundamentación, se refiere a la legitimación empírica de la misma. Para que el Derecho Penal pueda legitimarse, por el fin de prevención general negativa, será preciso demostrar que puede ejercerla con eficacia. "Los efectos de prevención del delito no dependen de la severidad de las penas, el hecho de incrementar la punibilidad de los tipos penales no asegura la disminución de los delitos, la eficacia radica en el reforzamiento de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción, como una policía eficaz, la infraestructura y tecnología para una investigación de los hechos delictuosos, disminución del error judicial, la posibilidad real de ser descubierto, la existencia de otros controles sociales o el propio grado de internalización moral de los contenidos de las normas son variables que inciden en la prevención y explican, las desigualdades existentes en cuanto al éxito preventivo, respecto a unos y otros delitos".<sup>28</sup>

Para Silva Sánchez, la misión preventivo general del Derecho Penal tiene por objeto mantener en límites tolerables la comisión de delitos y la producción de reacciones sociales informales frente a la delincuencia, lo que legitimaría al Derecho

---

<sup>28</sup> CFR. Silvia Sánchez Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992. páginas 217- 222

Penal sería la protección del autor de un delito frente a las reacciones informales de la sociedad, y sus intervenciones se hallarían legitimadas por proceder a canalizar las necesidades y expectativas de sanción despertadas en la colectividad por la conducta delictiva, impidiendo que las mismas generen reacciones informales.<sup>29</sup>

La misión de la prevención general negativa es modificar, disuadir, destruir, la motivación que tenga un sujeto de cometer un hecho ilícito, cabe destacar que los efectos de la motivación de la pena son relativos, ya que existen dos grandes grupos que no se motivan por la norma penal; el primero, respeta la vida no porque exista una sanción para el homicida, sino porque sus principios morales, éticos o religiosos le impiden privar de la vida a otro; el segundo grupo es aquel que no es susceptible de ser motivado, como sucede con aquellos que no pueden ser readaptados socialmente, no importa cual sea la conminación penal, bajo ninguna circunstancia dejaran de realizar el hecho punible. El grupo de gente que son susceptibles de ser motivados es la mayoría. Por ello, el castigo se aplica al sujeto a quien la norma penal no pudo anular su motivación y la pena sirve para inyectarle como valor la materia de la prohibición.

Tres objeciones se argumentan en contra del pensamiento de la prevención general. La primera de índole moral y axiológica, si el fin de la pena es prevenir mediante la amenaza, al hombre se le convierte en medio al servicio de otros fines, porque no se castiga por lo que hizo sino para que los demás no delincan, de tal suerte que, se atenta contra la dignidad del hombre; la segunda, consiste en reprochar lo antes expuesto, esto es, los casos de inaccesibilidad del sujeto a la motivación, verbigracia delincuentes habituales y profesionales, así como la cuestionable eficacia de la prevención general en delitos como el homicidio, por lo que se considera que dicha teoría parte de una premisa poco realista de la psicología del criminal. La tercera objeción versa respecto a los límites de la intervención penal, pues se ha argumentado que sin el freno de la proporción con la gravedad del delito,

---

<sup>29</sup> Ibidem. Pág. 225

la pena puede llevarse a extremos inadmisibles. Se salva dicha objeción en el momento en que existe una verdadera protección y defensa de los principios fundamentales del Derecho Penal.

### 1.3.2.3. Prevención General Positiva.

La prevención general positiva también es llamada prevención integración. Esta teoría trata de una prevención prospectiva del delito, de futuro, por medio de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje que se transmite mediante un tomar conciencia. La función de la pena es el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica. "Aquel que delinque transforma en el hecho los deseos propios y escondidos, esto conduce a que éstos inconscientemente en virtud de un contagio emocional se identifiquen con el delincuente y traten después de imitarle; para evitar éste *peligro de infección* la sociedad tiene que estatuir un ejemplo frente al delincuente mediante la causación del mal de la pena: la pena sirve para que se calmen y olviden las energías criminales que habían despertado por medio del hecho. La prevención positiva en general sigue el mismo esquema de la prevención negativa: no se compensa mediante la pena algo que haya quebrantado el autor, no se restablece un orden perturbado, sino que frente a los estados psíquicos de los otros miembros de la sociedad se estatuyen contraimpulsos que deben impedir que delinca".<sup>30</sup>

La prevención general positiva según Roxin tiene tres fines y efectos distintos: "1. El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origine en la población por la actividad de la justicia penal. 2. El efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica. 3. El efecto de la pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción sobre el

---

<sup>30</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Pág. 50.

quebrantamiento de la Ley y considera solucionado el conflicto con el autor".<sup>31</sup>

La teoría en comento explica los diversos efectos de la intimidación: en primer lugar, la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas y lo respetable; en segundo lugar, la pena actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva, pues su aplicación restablece la confianza y fidelidad del ciudadano en la norma jurídica. Según García Pablos "la evitación de los delitos no se busca a partir de la pura intimidación negativa de la pena, sino también mediante la afirmación de Derecho. La prevención general positiva es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales".<sup>32</sup> La norma penal al conminar con pena determinadas conductas esta actuando en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social, creando o estabilizando una conciencia fiel al Derecho, por tanto, la amenaza penal contribuye a la socialización del individuo, mientras que el delito influye de forma negativa. El ordenamiento jurídico se preserva y restituye en su calidad de Derecho con la imposición de la sanción tras la violación de la norma, es decir, tras la realización del delito. Es lo que podríamos llamar la conservación del Derecho, ya que sin la imposición de la pena caería en desuso aún cuando fuera válida, solamente su imposición reafirma su vigencia y mantiene al Derecho. La propia sociedad castiga mediatizada por el Estado, se observa que la pena cumple su función de pacificar la conciencia social.

Se advierte la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora y la otra limitadora de la intervención penal.

Frente a la prevención general positiva se elevan las mismas críticas que

---

<sup>31</sup> Claus Roxin. Ob. Cit. Pág. 91.

<sup>32</sup> García, Pablos Antonio. Derecho Penal, Introducción, 3ª edición, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1995, Pág. 90.



contra la prevención negativa: "el autor mediante la punición ejemplarizante para el mantenimiento de la confianza en la norma de otras personas no es tratado como sujeto, sino como objeto de un interés definido heterónomamente, como simple instrumento de un mecanismo de motivación. La prevención general positiva no puede orientar la pena a la culpabilidad, sino que tendría que orientar según los ámbitos en los que el peligro de una infección por medio del delito sea mayor, ello podría dar lugar, por un lado, a que en delitos de poca importancia pero muy frecuentes, y por otro, en delitos de gran importancia pero con un peligro de contagio reducido, se originen grandes desproporciones entre el daño y el *quantum* de la pena".<sup>33</sup> Aunado a éstas críticas la teoría de la prevención general positiva sustituye la prevención de intimidación por la prevención socialmente integradora, lo cual resulta regresivo por dos razones. Por una parte, las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad para mantener su fidelidad al Derecho, su seguridad y confianza en el mismo pueden ser muy superiores y menos fundadas que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención general de intimidación. Por otra parte, dicha tendencia implica sustituir un concepto, el de intimidación general, al que se acusa de irracional y que es susceptible de fundamentación, empleo y control plenamente racionales, por otro concepto, el de prevención estabilizadora o integradora, si se lo maneja de modo autónomo, no es sino una racionalización de algo subyacente e inconsciente.

#### **1.3.2.4. Prevención Especial.**

El objeto principal de la pena, según la prevención especial, es la actuación sobre el delincuente para que éste no vuelva a delinquir, la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos (evitar la reincidencia). Su representante principal lo encontramos en Franz V. Liszt, según este autor la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la

---

<sup>33</sup> H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Pág. 52.

pena para que no cometa futuros delitos; y corrigiéndolo como medio para preservarlo de la reincidencia.

La prevención especial persigue como meta apartar al autor de futuros delitos, distinguiendo tres aspectos: 1. La denominada "prevención especial negativa", esto es, el aseguramiento de la Sociedad frente a autores, mediante su reclusión; 2. La intimidación del autor, y 3. La denominada "prevención especial positiva", esto es, la corrección, resocialización o socialización del delincuente.

La pena es *coacción*. Ella se vuelve contra la voluntad del delincuente puesto que (la pena) daña o elimina los bienes jurídicos en los que la voluntad se ha corporeizado. Como coacción la pena puede tener una doble naturaleza: a) *Coacción Indirecta, mediata, psicológica o motivación*. La pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad, bien, mediante la *corrección*, a través del establecimiento e incremento de motivaciones altruistas y sociales; y mediante la *intimidación*, el establecimiento e incremento de motivaciones egoístas que tiene un efecto en la misma dirección que los altruistas. b) *Coacción directa, inmediata, mecánica o violencia*. La pena es secuestrar al delincuente, un hacer inocuo permanente o temporal, una exclusión de la sociedad o internamiento. La pena se muestra como una selección artificial de los individuos que no son aptos socialmente. Puesto que la corrección, la intimidación, el hacer inocuo son los únicos efectos de la pena, esas formas deben corresponder con tres categorías de delincuentes, podemos tomar la siguiente clasificación: 1. Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2. Intimidación del delincuente que no requiere corrección; 3. Inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección.<sup>34</sup>

Los partidarios de la prevención especial, sostienen que la pena pretende evitar que el delincuente vuelva a delinquir, por medio de la inocuidad, trata de

---

<sup>34</sup> CFR. H. Lesch, Heiko, Ob. Cit. Pág. 52

evitar el delito impidiendo físicamente su consumación a través de largas penas de cárcel o incluso de la pena de muerte; o bien, mediante la resocialización, es decir, la recuperación del delincuente de los valores sociales a través de la aplicación de un tratamiento.

Ahora bien, la prevención especial puede revestir un *aspecto negativo*, en el cual el objetivo es la seguridad, pues un cometido legítimo del Estado es proteger a los miembros de la sociedad, es una labor genuinamente policial, por tanto la ordenación de ese cometido al Derecho penal supone una quiebra del sistema, toda vez que las medidas de defensa ante peligros se orientan en un pronóstico de futuro y no retrospectivamente; no se orientan respecto de un daño social que ya se encuentra concluso, no se orientan en el hecho penal. Pero la prevención especial denominada *positiva*, esto es, la resocialización como fundamento y fin de la pena es criticable, en especial su aspecto de la legitimación de un tratamiento terapéutico para el delincuente, pues ello no define al individuo como una persona autónoma libre y responsable, sino como un objeto sometido a los procesos de control estatal, resultando evidente que cuanto mas se administre por el Estado el ámbito del individuo mas se le sustrae su propia responsabilidad, que queda sustituida por una responsabilidad colectivo estatal.

Bacigalupo señala que "la prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del Derecho Penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito, lo cual contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico, por tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo".<sup>35</sup> Existen diversos criterios respecto a la aplicación de la pena que tenga como finalidad la prevención especial, por ejemplo, en los delitos que por ser menos graves no chocan abiertamente con barreras derivadas del fuerte rechazo social, deberían ser castigados con las penas más graves para contrarrestar la frecuencia de su realización. Simultáneamente,

---

<sup>35</sup> Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. Pág.14.

hechos reputados de máxima gravedad por la sociedad acarrearía penas de mínima cuantía, porque su grave reprobación social constituye un freno a su práctica, lo que determina que el recurso a la pena estatal sea menos necesario.

Contra la prevención especial, se suele argumentar que, llevaría al resultado de impunidad, incluso de delitos muy graves, cuando el delincuente no precise ser intimidado, reeducado o inocuizado, pues deja de existir el peligro de reincidencia. En aquellos otros casos en que no fuese posible su resocialización, la prevención especial obligaría a una inadmisibles inocualización perpetua. Su efecto más grave consiste en que no existe un límite para la pena, podía darse el caso de retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada. Lo anterior se contrapone con el principio de culpabilidad, el cual establece que la pena solo debe compensar la culpabilidad que el autor mediante el hecho a cargado sobre sus espaldas, en otras palabras, al autor solo le puede hacer responder hasta donde llegue su culpabilidad, lo cual llevaría a excesos tales como quedar impunes aquellos hechos que respondan a motivos que no se vayan a repetir, cuando se trata de un autor que se encuentra perfectamente socializado y hasta ahora no había delinuido, en contrario, cuando una persona que ha cometido un delito de poca importancia podría producirse un intervencionismo masivo si el delito es síntoma de una perturbación de la personalidad, dando pie a ser privado de la libertad durante largo tiempo y recibir tratamiento terapéutico. Así las cosas, mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma, la fijación de una pena preventivo especial se torna sin sentido, en virtud de que no siempre se puede cumplir con éxito el fin de la pena.

En este sentido, como señala Zaffaroni "las objeciones teóricas y prácticas de la prevención especial se ven reflejadas en el sistema penal, pues la pena será el intento de resocializarlo para que pueda desarrollar su propia existencia sin volver a afectar la existencia ajena, para ello no es posible perder de vista que al intentar resocializarle necesariamente le está causando un mal, porque no puede hacerlo sin

privarle de algunos bienes jurídicos, así el sentimiento de seguridad jurídica en lugar de reforzarse se afectaría produciendo más alarma social que el delito mismo".<sup>36</sup>

Tampoco se puede soslayar la desvinculación entre la resolución judicial que determina una pena y su real ejecución, ya que no depende del Juez vigilar el cumplimiento de la sentencia, sino que es una autoridad de carácter administrativo la que resuelve los beneficios penitenciarios, lo que se contrapone con la armonía jurídica que se pretende para lograr un fin (readaptación social). Hoy día se puede afirmar que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía, ya sea por que faltan medios para alcanzar los objetivos que ella predica, ya sea por que no existen hasta hoy criterios efectivos para la resocialización de delincuentes, o por que la sociedad no es lo suficientemente madura para aceptar esa idea. El fracaso de la readaptación social, ha dado pauta a la aparición de la postura abolicionista que constituye el modo más radical de afrontar el Derecho Penal, pues si el fin de la pena es la readaptación social y ésta no se logra en la práctica, el Derecho Penal no sirve y por tanto debe desaparecer.

### 1.3.3. TEORÍAS MIXTAS

Las teorías mixtas también son denominadas Teorías de la Unión, tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas, esto es, combinar la retribución de la culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto, de tal forma que todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada, las teorías mixtas justifican la pena en su capacidad para reprimir y prevenir al mismo tiempo.

De acuerdo a los que están con estas teorías, señalan que las Teorías de la

---

<sup>36</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 66.

Unión tiene el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas, ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad por que solo fijan su atención en parte de ese fenómeno.

Quiénes se oponen a la teoría mixta, señalan que en ello fracasan las teorías de la unión, pues para ellas lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y solo dentro de ese marco retributivo y por vía de excepción admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Sin embargo, señala Roxin citado por Muñoz Conde "la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno mas de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho".<sup>37</sup>

De acuerdo con este esquema se puede concluir diciendo que la pena es retribución, en tanto que supone la imposición del mal al hecho punible cometido. La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado. El límite mínimo, porque sólo puede aplicarse cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo por que obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la ley el hecho que dio lugar a su aplicación. Pero la pena no se agota en la idea de la retribución, sino que cumple otra función importante luchando contra el delito a través de su prevención. A través de la prevención general, intimidando a la generalidad de los ciudadanos, amenazando con una pena el comportamiento prohibido (prevención general negativa), pero también demostrando la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, así como restableciendo o fortaleciendo la confianza de los

---

<sup>37</sup> Muñoz Conde, Francisoco. Ob. Cit. Pág. 49.

ciudadanos en el Derecho (prevención general positiva). A través de la prevención especial, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, o internalizando en él a través del castigo una actitud de respeto por las normas jurídicas

En tal virtud, Juan Carlos Carbonell Mateu concluye que “en las teorías eclécticas o de la unión, la pena cumple distintas funciones en diferentes fases: mediante su prevención se perseguiría la prevención general intimidatoria; en el momento de dictar sentencia, la retribución, mediante su cumplimiento la prevención general positiva, y en la ejecución se tratarían de obtener los efectos de la prevención especial.”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Pág. 61.

## **CAPÍTULO II**

### **LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.**

#### **2.1.- DETERMINACIÓN DE LA PENA.**

La superación de la arbitrariedad judicial propia del Antiguo Régimen y la consagración del principio de legalidad en los sistemas contemporáneos condujo a la exigencia de que las penas correspondientes a cada delito se recogieran con absoluta certeza en los códigos penales. Con ello se instaura el sistema de determinación legal de la pena que, sin embargo, no se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta sino en el señalamiento de márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo. Muñoz Conde precisa que: "tal sistema, conocido como de determinación legal relativa, permite combinar las exigencias del legalismo con las propias del principio de igualdad, esto es, con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las características de su autor".<sup>39</sup>

Así en la regulación de la vida social el Estado para cumplir con una de sus finalidades primordiales, como es la protección de bienes jurídicamente relevantes, manifiesta su injerencia de distintas maneras, ello para hacer patente a los ciudadanos su facultad de coacción respecto de aquellos comportamientos que no responden a las expectativas sociales, motivo por el cual existe la necesidad de sancionarlos para lograr la estabilidad de la colectividad necesaria para lograr su desarrollo, tales manifestaciones las vemos contempladas en la propia norma fundamental, pues ahí encontramos que el artículo 14 en su párrafo tercero hace referencia a que las penas deben encontrarse previstas en la ley, la cual corresponde al Legislador. Por su parte el artículo 21 del mismo ordenamiento superior prevé la imposición de las penas es una facultad exclusiva de la autoridad judicial. Finalmente



el artículo 18 menciona que los correspondientes Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus correspondientes ámbitos de competencia, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para alcanzar la readaptación social del penado. De lo anterior se puede apreciar la diferenciación que dentro de nuestro sistema penal tiene, primeramente, la norma penal; así como la labor correspondiente al juzgador al momento de determinar la sanción que corresponda en un caso concreto y determinado, precisamente al momento de pronunciar la sentencia, y el de la ejecución de la pena con las pretensiones que con ella se pretende.

En este orden de ideas pasamos a exponer lo concerniente a cada uno de los niveles de determinación de la pena.

### **2.1.1. Determinación Legislativa.**

Comenzaremos por establecer en que consiste la individualización legislativa, la cual implica a criterio de Francisco Muñoz Conde: "es la fase correspondiente al legislador y consiste en el establecimiento del marco penal genérico (por ejemplo, prisión de dos a cuatro años) que corresponde a cada delito".<sup>40</sup> Por su parte Juan Bustos Ramírez considera "que esta ley la que señala la clase de pena para el delito el marco general, y, además, especifica también las circunstancias (atenuantes, agravantes, grado de desarrollo del delito, participación) que concretan dicho marco genérico".<sup>41</sup> Así en el establecimiento de dicho marco penal, propio de la conminación, predominan criterios de prevención general y proporcionalidad. Rodríguez Mazanera nos dice que: "el legislador señala una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para la intimidación, esto es, para evitar que los ciudadanos cometan el hecho en cuestión; y para lograrlo, debe tratarse de una pena proporcionada a la gravedad abstracta del

---

<sup>39</sup> Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 551

<sup>40</sup> Ibidem. página 553

<sup>41</sup> Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, España, Promociones y

mismo"<sup>42</sup>, consecuentemente 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.

En un sistema penal enmarcado en un Estado de Derecho la determinación legislativa no puede ser absoluta. En el nivel normativo debe preverse una fluctuación de la pena que permita al juez adecuar la sanción al caso concreto, de lo contrario el legislador estaría arrogándose una tarea que es propia de la función jurisdiccional: la de valorar el caso particular y decidir la concreta privación de bienes que debe sufrir el autor del delito. El legislador al elaborar los tipos penales sólo puede incluir aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos más importantes, siempre que hayan fracasado las medidas de prevención no penal. A esta descripción le asocia una amenaza de privación de bienes dirigida a todos los que normativamente tengan la posibilidad de concretizar el contenido del tipo.

Es conveniente, entonces, recurrir a criterios objetivos que permitan establecer punibilidades lo suficientemente disuasivas. En primer lugar, se debe tener en cuenta la finalidad del Derecho penal y, en particular, la de la norma penal. Por ello, el valor del bien jurídico que se quiere proteger es el elemento clave para fijar la punibilidad.

Azzolini Alicia refiere que: "el valor del bien debe entenderse en el sentido de su utilidad social. El ordenamiento jurídico, si es legítimo, reconoce los valores sociales más importantes, los jerarquiza e interna protegerlos. La jerarquía de los

---

Publicaciones Universitaria, 1994, Página 607

<sup>42</sup> Rodríguez Manzanera. Luis, Penología, México, Editorial Porrúa, 2000, Página 101-102

bienes no coincide necesariamente con su valoración económica".<sup>43</sup>

Esto nos lleva al tema de la finalidad, pues como se menciona, el objetivo perseguido en la etapa legislativa es la prevención general (negativa) ahora bien el legislador, al crear los tipos penales y asociar a su ejecución una sanción, pretende intimidar a los potenciales delincuentes para que se abstengan de cometer ilícitos tal finalidad, influye en el quantum de la punibilidad.

Los casos en que el legislador establece una punibilidad excesiva para efectos preventivo generales son aquellos en los que no se ha cumplido con el mandato del principio de subsidiariedad, o sea, que no se han tomado las medidas preventivas adecuadas, las que consisten tanto en contar con cuerpos policíacos debidamente capacitados como con una política económica que facilite el acceso al trabajo y a la seguridad social para la mayoría de la población. Es inadmisibles que para intimidar se prevean sanciones por encima del valor del bien. Además, por existir problemas previos o resueltos, dichas sanciones siempre son ineficaces.

La finalidad preventivo general en la etapa conminativa es evidente. El legislador dirige un mensaje a un grupo de personas a las que le comunica que, en caso de que incurran en el supuesto descrito en ley, se les aplicará una sanción.

Para que la amenaza tenga alguna posibilidad de ser efectiva debe ser racional y responder a posturas valorativos aceptados socialmente, de ahí el criterio de proporcionalidad entre el bien jurídico que se quiere la clase y cantidad de pena a imponer. El legislador debe tener en cuenta la magnitud del ataque, no es igual una conducta dolosa a una culposa. Se requiere de una amenaza mayor para intimidar a todos aquellos que estuvieran resueltos a lesionar un bien jurídico que la que se

---

<sup>43</sup> Azzolini Bincaz, Alicia B. Culpabilidad y Punición, México, Editorial Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1997, Página 65.

necesita para disuadir a quienes actúan sin el cuidado adecuado a las circunstancias. En caso de que no se siguieran estos parámetros y se previeran punibilidades absolutamente desproporcionales, se violarían los principios básicos de un sistema penal democrático y, en consecuencia los derechos humanos de los gobernados.<sup>44</sup>

El legislador deberá partir de la realidad social para la elaboración de los tipos y de sus respectivas punibilidades. En la medida en que se tomen en consideración las necesidades de la sociedad, se hará posible el logro del objetivo principal la protección de bienes jurídicos. Así la punibilidad o fijación de punibilidades, deben fijarse atendiendo a la naturaleza del bien jurídico tutelado, al desvalor de la acción y el daño causado, para alcanzar su fin preventivo general.

### **2.1.2. Determinación Judicial.**

En 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. “La verdadera individualización de la pena comienza, “con la que realiza el Juez en la Sentencia condenatoria. La individualización legal era sólo aproximada, ya que a la Ley, no le es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí la trascendental importancia de la labor que desarrolla el Juez en la que declara cual es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente”.<sup>45</sup>

La Individualización Judicial es la llevada a cabo por el Juez o tribunal sentenciados, concretando el marco penal de la ley hasta la elección de la pena a imponer. En esta fase el órgano enjuiciador lleva a cabo la llamada determinación

---

<sup>44</sup> Ibidem. Pag 52.

<sup>45</sup> Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., Página 103

cuantitativa o elección de la clase de pena siempre que la ley lo permita. De igual manera se procede a la determinación cuantitativa de la pena, consistente en la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir.<sup>46</sup>

Implica el conocimiento y conjugación de todos los elementos por el Juez, para decidir la consecuencia jurídica aplicable. Es decir, tanto los proporcionados por la concreción del marco como los proporcionados por la ley, si es que lo hace.<sup>47</sup>

La actividad que desarrolla el Juez en esta etapa, también se le denomina Punición, la cual refiere Islas Olga que es "la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad".<sup>48</sup>

Lo cual cobra gran importancia ya que de una certera individualización de la pena podría depender la eficacia de la labor del órgano judicial, así como también se crearía una certeza de justicia dentro de la sociedad.

En la mayoría de los ordenamientos penales contemporáneos la facultad del Juez para determinar la pena aplicable al caso concreto está limitada por la punibilidad prevista en la norma. Dentro de esta regla general, lo que varía en cada sistema es la amplitud del campo de movilidad del juez para fijar la sanción. En la punición sólo deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de delito que no hayan sido valoradas, de manera abstracta, por el legislador.

Así se establece que en este nivel el Juez debe atender a la magnitud de la culpabilidad del autor en relación con el hecho y sus motivaciones, para así estar en aptitud de reafirmar la prevención general, motivar al autor para la abstención

---

<sup>46</sup> Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit., Página 554

<sup>47</sup> Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Página 608

<sup>48</sup> Islas, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, Editorial Trillas, México, 1991, Página 25

futura de la misma conducta y satisfacer necesidades de justicia.<sup>49</sup>

### 2.1.3. Determinación Ejecutiva.

Este nivel también se le conoce como individualización administrativa o bien como individualización penitenciaria, aludiéndose con ello a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios, la progresión en grado penitenciario y la obtención de la libertad condicional.<sup>50</sup>

Por otra parte, afirma Bustos Ramírez que: "la utilización de las penas privativas de libertad del sistema progresivo o individualizado, otorga a las autoridades administrativas o penitenciarias un amplio ámbito de determinación de la ejecución de la pena y por tanto, de la pena que en concreto se le impone al condenado".<sup>51</sup>

La ejecución de las sanciones penales tiene como fin la reinserción social del delincuente, pero este fin está limitado por razones de prevención general, positiva y negativa, que obligan a que el sujeto cumpla un tiempo preestablecido de pena. De esta manera el resto de la sociedad se intimidará ante la posibilidad de sufrir una pena; además, al constatar que los delincuentes son efectivamente castigados, aumentará su credibilidad en el sistema.

El momento ejecutivo difiere claramente de los dos anteriores, mientras la conminación y la imposición de penas se dan en el mundo conceptual, la ejecución es un hecho que acontece en el mundo fáctico. Para Olga Islas "la pena es real

---

<sup>49</sup> Villarreal Palos, Arturo. Culpabilidad y pena, México, 2ª edición, Editorial Porrúa, 1994, Página 115-116

<sup>50</sup> Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Página 554-555

<sup>51</sup> Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Página 608

privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización".<sup>52</sup>

Se plantean en la etapa ejecutiva los fines más humanitarios, y al mismo tiempo los más cuestionados, para el sistema penal. La crítica más reiterada apunta al fracaso que han demostrado en los hechos los intentos de readaptación a través de la pena. Sin embargo, la objeción más seria se centra en el concepto mismo de readaptación, rehabilitación, reintegración o cualquier otro nombre similar que quiera adoptarse.

## **2.2. Culpabilidad como fundamento de la pena.**

La culpabilidad sigue siendo un criterio básico para la determinación de la pena (para su fundamento y límite), desde esta perspectiva el criterio de la culpabilidad implica excluir en la determinación de la pena consideraciones sobre la personalidad o el carácter del sujeto o bien basadas en una tipología de autor; aún cuando de todos modos el Código sigue afectado por tales elementos, que contradicen un sistema basado en la culpabilidad, como es el caso de la reincidencia.

Por otra parte, "el criterio de culpabilidad significa que la pena ha de determinarse conforme al hecho realizado, aunque con ello no se responde al límite a imponer, ya que si no hay atenuantes ni agravantes el juez podría recorrer todo el marco penal, que puede ser bastante amplio".<sup>53</sup>

Así el concepto de culpabilidad tiene, en Derecho Penal, diversas denotaciones, de las que se mencionan: a) la culpabilidad, en tanto elemento del

---

<sup>52</sup> Islas, Olga. Op. Cit., Pagina 26

<sup>53</sup> Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Páginas 603-604

delito, es presupuesto y, por tanto, fundamento de la punición, y b) la culpabilidad tiene la función de limitar la punición. Al respecto Dolcini afirma que: “La doctrina de la determinación de la pena se refiere a través de la fórmula culpabilidad, no tanto a la reprochabilidad del hecho, sino al hecho reprochable: la noción de culpabilidad para la determinación de la pena abarca tanto al objeto de la valoración (el hecho típico culpable) como a su predicado valorativo (el complejo de elementos estructurales de la culpabilidad, que condicionan la reprochabilidad del hecho).”<sup>54</sup>

La culpabilidad como fundamento de la punición es la que, genera mayores controversias. La discusión sobre el libre albedrío ha dividido a los doctrinarios y ha llevado a proponer la desaparición de esta categoría dogmática tal como ha quedado asentado con antelación muchos de los que ponen en duda la culpabilidad como fundamento de la pena aceptan su función limitadora. Esto obedece a que la concepción psicológica no permite graduar la culpabilidad y, en consecuencia, no es útil para la individualización de la sanción: la culpabilidad será dolosa o culposa, no cabe otra posibilidad. Por eso la mayoría de los autores psicólogos, recurren como principal criterio de determinación a la peligrosidad – preventivo especial – que era el criterio propuesto por el positivismo imperante en el momento de la formulación de esa teoría.

En la doctrina alemana, “la referencia a la culpabilidad en la determinación de la pena ha sido ineludible, toda vez que ella se encuentra previsto en su Código. “La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deb en tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena en la vida futura del reo en sociedad. En relación con este precepto, la doctrina y jurisprudencia elaboraron tres posibles interpretaciones: la teoría de la pena exacta, la teoría del valor de empleo o teoría de los grados y la teoría del margen de libertad”.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Azzolini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Página 110

<sup>55</sup> CFR. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Páginas 604-605



Para la teoría de la pena exacta, a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada. La pena adecuada a la culpabilidad define una magnitud concreta, de la cual debe separarse parcialmente en aras de consideraciones preventivas. Desde un punto de vista ideal, a igual grado de culpabilidad corresponde una igual magnitud de pena.

La teoría del valor de empleo o teoría de los grados, marca una separación tajante entre los puntos de vista de la culpabilidad y los puntos de vista preventivos. La culpabilidad sólo debe ser tenida en cuenta para determinar la duración de la pena, mientras que la prevención especial sólo debe ser considerada a la hora de decidir otras cuestiones en el marco de la determinación de la pena, como son la clase de pena, la suspensión condicional, etcétera.

Por su parte, la teoría del margen de libertad, considera que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta, sino que existe un margen que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Dentro de estos límites, para individualizar la sanción exacta aplicable en el caso concreto se pueden tener en cuenta los otros fines de la pena. De esta manera, primero procede, en el marco legal de la punibilidad, determinar el submarco de la pena adecuada a la culpabilidad del hecho, para después proceder, dentro del mismo, a considerar las necesidades preventivas (especialmente de prevención especial), en virtud de un examen del autor considerado en sí mismo.

La teoría del margen de libertad, admite una variante, según la cual las consideraciones preventivo-especiales sobre la pena del autor pueden definir la pena concreta no sólo en el submarco de la pena adecuada a la culpabilidad, sino incluso por debajo del límite inferior de ésta, hasta el límite mínimo del marco legal.

Como se observa en las teorías señaladas, se acepta que la

determinación de la pena se basa no sólo en la culpabilidad, sino que entran en juego, también, finalidades de tipo preventivo. La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo consideraciones relativas al delito cometido, sino también a la teoría de los fines de la pena.

Ahora bien, es importante establecer que es lo que se tiene en cuenta para graduar la culpabilidad desde la perspectiva de la determinación de la pena. La mayoría de los autores coinciden en que la pena no debe superar el límite máximo de la culpabilidad, pero no se detienen a considerar cómo se establece, en el caso concreto, ese límite máximo.

Dolcini es de los pocos que formula un análisis exhaustivo del contenido de la culpabilidad a la luz de la determinación de la pena. Parte del supuesto de que la culpabilidad tiene el papel de limitar la pena, la cual debe ser escogida en función de la reinsención del reo en la sociedad. Para él los contenidos estructurales de la culpabilidad tienen influencia en la determinación de la pena. En relación con la imputabilidad, sostiene que si en el caso concreto la capacidad del sujeto de entender y de querer está disminuida, aunque no lo suficiente para excluir el delito, se debe fijar un grado de culpabilidad más bajo que el que debiera aplicarse en caso de que no existiera tal disminución. Considera que las circunstancias concomitantes pueden disminuir la culpabilidad, como cuando se ejerce sobre el sujeto una violencia que no es irresistible.

En cuanto al dolo y a la culpa, considera que debe valorarse, en el dolo, el tiempo de formación del proceso volitivo y distinguirse si se trata de dolo directo o eventual y en la culpa, la distancia entre el comportamiento del sujeto y la norma de cuidado violada.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> CFR. Azzollini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Páginas 114-115

Considera que el juicio de culpabilidad, a efecto de limitar la punición, no debe ampliarse más allá del hecho ilícito, por lo que se deben precisar los límites de este concepto, ahora bien, limitado el objeto del juicio de culpabilidad al hecho concreto, Dolcini analiza los índices de culpabilidad desde la perspectiva de la legislación italiana. En primer lugar, considera la conducta anterior y posterior al delito, las conductas anteriores y posteriores al delito pueden ayudar a determinar la reprochabilidad del hecho típico. Para que el juez pueda tener en cuenta conductas anteriores debe hacer una investigación minuciosa que le permita considerarlas en calidad de síntomas de la culpabilidad de acto, lo que es sumamente difícil. En relación con las conductas posteriores al delito, la doctrina menciona las sucesivas modificaciones, causadas por el propio sujeto, a las consecuencias del delito (resarcimiento, atenuación y agravamiento del daño), así como la conducta procesal del imputado, sobre todo la confesión y la negación a reconocer su propia culpabilidad.

Concluye esta argumentación diciendo que al considerar las conductas anteriores y posteriores al delito se corre el peligro de incluir situaciones que no pueden ser comprendidas en la culpabilidad del acto, por lo que se inclina por no tomarlas en cuenta.

Acotados los índices de culpabilidad Dolcini se aboca a analizar factores que sí inciden en el quantum de la culpabilidad, como son los motivos, la modalidad de la acción y sus consecuencias culpables. Los motivos deben ser tenidos en cuenta en calidad de indicadores del dominio del sujeto sobre el hecho, de la capacidad de entender y de querer, de la normalidad de las circunstancias concomitantes y de la intensidad del dolo o del grado de la culpa. Se realiza una valoración de los motivos, partiendo del sistema de valores que se asume como dominante en la sociedad y que se refleja en el sistema jurídico.

De acuerdo con Dolcini con el supuesto de la modalidad de la conducta y

sus consecuencias culpables se incorporan al juicio de culpabilidad consideraciones relativas al desvalor objetivo del ilícito. La culpabilidad es un concepto que se relaciona con un hecho ilícito; la realización del hecho típico y antijurídico es un elemento de la culpabilidad. Si la antijuridicidad tiene un espacio dentro de la culpabilidad, ella deberá incidir en la determinación de la pena. La ilicitud, al igual que la culpabilidad, es una categoría graduable: diversos hechos que sean subsumibles en un mismo tipo legal pueden afectar con diversa intensidad los intereses sociales protegidos en el ordenamiento. La entidad del reproche, y por lo tanto de la pena, deberá determinarse tanto en relación con el grado de dominio que el sujeto tuvo sobre el hecho como con el desvalor de la lesión que el hecho produjo en los bienes jurídicos protegidos.

La modalidad de la conducta puede ser considerada como índice de culpabilidad, en este sentido, el Juez deberá tener en cuenta las particularidades del comportamiento concreto del sujeto que, sin influir sobre la calificación legal del hecho, le confieren un significado particular, positivo o negativo.

Finalmente, respecto de las consecuencias culpables de la conducta el autor considera que se relacionan con el daño causado con motivo de la actividad desplegada.

## CAPÍTULO III

### LA CULPABILIDAD

#### 3.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD.

La subjetivización de la responsabilidad penal aceptada en el siglo XIX implicó que la pena sólo pueda imponerse a personas físicas, excluyéndose animales, objetos inanimados y, siendo que al momento en nuestro sistema jurídico continúa la discusión sobre lo concerniente a las personas morales.

Por ello resulta de relevancia establecer la importancia de esta categoría en la determinación de la pena, para coordinar las distintas finalidades de ésta, de ahí que sea trascendente establecer el valor de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, por un lado, como también la interpretación de las restantes circunstancias y su incidencia sobre la pena adecuada a la culpabilidad.

La culpabilidad ha sido entendida tradicionalmente como reprochabilidad, se reprocha al autor el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito, a pesar de estar en posibilidad de obrar de conformidad a las exigencias del Derecho. Es la culpabilidad un juicio valorativo que se funda en la posibilidad de comportarse según la norma: el autor pudo obrar de modo distinto y a pesar de ello se decidió por la conducta típica y antijurídica; por ello es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la comunidad.<sup>57</sup>

Considerable número de autores definen el principio de culpabilidad como la exigencia insoslayable de que el autor de un hecho antijurídico, actúe culpablemente, es decir, se exige la presencia de la culpabilidad entendida aquí

---

<sup>57</sup> CFR. Villareal Palos, Arturo. Op. Cit. Página 119.

como categoría dogmática añadida a la antijuridicidad y, por tanto, como uno de los elementos del concepto de delito. Sin embargo, existen distintas concepciones sobre lo que deba entenderse por "culpabilidad" como elemento del delito.

En una línea diferente se inscribe la opinión de Mir Puig al incluir en el principio de culpabilidad una serie de exigencias que van más allá de la culpabilidad como categoría dogmática añadida al injusto principio de personalidad de las penas, de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal.<sup>58</sup> Por su parte Muñoz Conde, advierte sobre el confucionismo que existe en la doctrina entre las distintas acepciones del concepto de "culpabilidad" como fundamento de la pena, como elemento de la determinación de la pena (que prefiere denominar "responsabilidad" y como prohibición de la responsabilidad por el resultado, esto es, como exigencia de dolo o culpa para la existencia de responsabilidad penal.<sup>59</sup>

En resumen, como puede verse, existen al menos dos posibilidades de comprensión de la culpabilidad como elemento del principio que lleva su nombre: un concepto estricto limitado al elemento del delito añadido a la antijuridicidad y un concepto amplio, con arreglo al cual el llamado "principio de culpabilidad" incluiría el conjunto de elementos necesarios para la exigencia de la responsabilidad criminal, entre los que se encontraría la exigencia de dolo o culpa como prohibición de responsabilidad por el resultado. En el concepto estricto, esta exigencia de dolo o culpa sólo está presente en autores que los incluyen, a su vez en el concepto dogmático de culpabilidad y que no son tan escasos si se recuerda, simplemente, un amplio sector de la manualística en parte especial del Derecho Penal que expone las categorías del dolo y la imprudencia en el apartado correspondiente a la culpabilidad en cada delito.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> CFR. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General, Barcelona, Editorial Promociones, Publicaciones Universitarias, 2ª Edición, 1985, Página 95

<sup>59</sup> CFR. Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Página 95

<sup>60</sup> CFR. García Aran, Mercedes. Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, Pamplona España, Editorial Aranzadi, Página 69

Ahora bien, la culpabilidad, sigue siendo un criterio básico para la determinación de la pena (para su fundamento y límite); más aún, si se considera que hay una serie de propuestas alternativas que sólo tienen por objeto desterrar el reproche de carácter ético fundado en el libre albedrío, pero que mantienen el contenido dogmático y el planteamiento garantista de la culpabilidad. Desde esta perspectiva el criterio de la culpabilidad implica excluir en la determinación de la pena consideraciones sobre la personalidad o el carácter del sujeto o bien basadas en una tipología de autor; aun cuando de todos modos el Código sigue afectado por tales elementos, que contradicen un sistema basado en la culpabilidad, como es el caso de la reincidencia (culpabilidad de personalidad). Por otra parte, el criterio de culpabilidad significa que la pena ha determinarse conforme al hecho realizado, aunque con ello no se responde al límite a imponer, ya que si no hay atenuantes ni agravantes el juez podría recorrer todo el marco penal, que puede ser bastante amplio.<sup>61</sup>

Como hemos visto, la responsabilidad penal por el hecho ha descansado en el supuesto de que el hombre es libre de elegir entre sus acciones disvaliosas y que por tanto es merecedor de un reproche cuya consecuencia jurídica es la pena.

Las críticas más reiteradas que se han dirigido contra este concepto se centran fundamentalmente en tres aspectos: a) en que el libre albedrío no es demostrable empíricamente; b) en que la responsabilidad penal basada en el libre albedrío trae aparejada la conceptualización de la pena como una retribución moral y c) en que esta posición no puede explicar satisfactoriamente porqué en los casos de estado de necesidad disculpante, donde el sujeto conserva un cierto margen de obrar de otro modo –lo que automáticamente lo vuelve culpable– se opta por no imponer pena. Respecto de la crítica enderezada contra el libre albedrío, en el

---

<sup>61</sup> CFR. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Páginas 602-603

sentido de que trae aparejada la conceptualización de la pena como una retribución moral, me parece acertada, puesto que vista de ese modo, la responsabilidad penal aparece como totalmente desvinculada del contexto social en que surge la conducta desviada y carga demasiado el acento sobre el infractor, a quien se supone como totalmente libre para elegir entre el bien y el mal, olvidando que finalmente todos somos un producto social.<sup>62</sup>

La teoría de los fines de la pena, podrá explicar la presencia o imposición de la pena (y aquí las necesidades preventivas parecen suficientes), pero no para fundamentarla adecuadamente, pues es evidente que esa necesidad preventiva de pena requiere de un correctivo o limitante, que hasta ahora ha recibido el nombre de culpabilidad y se ha fundamentado en el libre albedrío. De aquí que lo que se precise es la conservación de ese correctivo, pero con un diferente sustento interno (propio), pues –como se ha reiterado insistentemente– la culpabilidad no puede fundamentarse extrínsecamente en algo que a la vez pretende limitar: las exigencias preventivas.

A estos fines, un camino que hasta ahora parece como el más adecuado, es la adopción del concepto de “no motivabilidad o motivación normal por las normas”, como fundamento de la pena, para sustituirlo por el de “libertad o no libertad de elegir”. Conforme a esta teoría sería culpable el que actúa (o se supone que actúa) en condiciones de motivación normal, lo que no sucede cuando el sujeto es inimputable, desconoce la prohibición de la conducta o actúa en estado de necesidad. Se debe acudir a un criterio generalizador, pero ello se tiene que hablar de la figura del “hombre promedio”, para fijar históricamente los límites de la responsabilidad.<sup>63</sup>

Así las cosas, una responsabilidad penal basada en la consideración de

---

<sup>62</sup> CFR. Villarreal Palos, Arturo. Op. Cit. Páginas 116-117

<sup>63</sup> Ibidem. páginas 119-120



que es culpable quien actúa en condiciones de motivación normal, tiene la ventaja de que es más compatible con un Derecho Penal Preventivo y puede explicar mejor cómo funcionan las causas que excluyen la culpabilidad.

La culpabilidad como elemento del delito ha sido definida desde la perspectiva psicológica, normativa de la imputación subjetiva.

### **3.2. TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD**

#### **Teoría Psicológica de la culpabilidad**

El concepto de culpabilidad no fue sino hasta fines del siglo XIX cuando logra diferenciarse claramente del de la antijuridicidad. Esta sistematización es fundamentalmente producto de las elaboraciones de Litz y Beling, quienes desarrollan el concepto psicológico de culpabilidad, pero lo cual toman como base el concepto causal naturalístico de acción y el positivismo del siglo XIX, con lo cual se puso en duda la teoría de la libertad de voluntad.

En este orden de ideas la culpabilidad constituye la relación subjetiva existente entre el acto y el autor, esta relación solo puede ser de naturaleza psicológica. Así el acto culpable deriva de la acción dolosa o culposa del individuo imputable y la imputabilidad aparece como el presupuesto necesario de la culpabilidad (sin imputabilidad, no podría existir aquella relación psicológica). Para esta teoría la culpabilidad ha de manifestarse en alguna de sus dos especies (dolo o culpa) pues siempre constituye la relación psíquica del autor con el hecho en su significación objetiva, con el reflejo anímico de la realidad, sin que quepa la exigencia de algún otro requisito adicional.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Ibidem. Página 3

La culpabilidad es considerada como la totalidad de las relaciones psíquicas del autor con los efectos de su acción. Para Von Liszt, si el acto es la conducta voluntaria que produce un resultado en el mundo exterior, entre esa manifestación de voluntad y el resultado hay dos tipos de relaciones: una objetiva, cuando el resultado es causado por la conducta, y una subjetiva, cuando culpablemente se ha causado o no impedido el resultado. La culpabilidad es, precisamente, esta segunda relación subjetiva entre el acto y el actor, "relación que sólo puede ser de carácter psicológico". Con los postulados de esta corriente el Juez se limitaría a constatar que el sujeto hubiera obrado dolosa o culposamente, sin emitir ningún juicio de valor sobre su actuación.<sup>65</sup>

La dificultad de la teoría psicológica para explicar una de las dos especies de culpabilidad la imprudencia, sobre todo la culpa inconsciente o sin representación, en la que el nexo psicológico no existe y su incapacidad para explicar por qué en casos como el estado de necesidad en el que persiste el dolo o la culpa procede la exculpación. Favorecieron que se desarrollaran una nueva concepción sobre la culpabilidad, siendo que en el tránsito hacia ésta se introdujeran componentes valorativos o normativos.

### **La Teoría Normativa de la Culpabilidad**

La teoría normativa de la culpabilidad fue elaborada por Reinhard Frank, en 1907 en vista de que la teoría psicológica no podía establecer un nexo entre dolo y culpa, buscó superar esa dificultad a través de un elemento normativo común: la reprochabilidad. Define a la culpabilidad como "el juicio de reprobación que recae sobre el sujeto por el hecho cometido".<sup>66</sup> La culpabilidad deja de ser una relación subjetiva entre delincuente y resultado y pasa a ser un reproche.

---

<sup>65</sup> CFR. Azzolini Bincz, Alicia B. Op. Cit. Páginas 84-85

<sup>66</sup> Conf. Azzolini Bincz, Alicia B. Op. Cit. Página 86

Para Frank, la culpabilidad se compone de tres elementos: a) la imputabilidad; b) el dolo y la culpa; c) la normalidad de las circunstancias del hecho en las que el autor ha actuado. La reprochabilidad es el componente aglutinante de los tres elementos.

Goldschmidt, para el, imputabilidad, dolo y culpa y la norma motivación no son elementos de la culpabilidad, sino sus presupuestos. "La culpabilidad es el puro juicio de reproche, que se funda en una norma de deber distinta a la norma de derecho. La norma de derecho exige al sujeto una determinada conducta externa, la norma de deber impone al individuo el conformar su conducta interna a lo que exige la norma de derecho respecto a su conducta exterior. De esta manera una conducta tiene frente a la ley penal dos aspectos: el de su legitimidad - conformidad o no conformidad con la norma de derecho - y el de su exigibilidad - si la norma de deber obliga o no al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico".<sup>67</sup>

Edmundo Mezger, concluye que: "la culpabilidad es un concepto complejo que abarca dos niveles: a) una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación fáctica de la culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consecuentemente, la pena que se le debe aplicar, y b) un juicio valorativo sobre la situación fáctica de la culpabilidad (concepción normativa de la culpabilidad), la culpabilidad no es sólo la situación fáctica de la culpabilidad, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de la culpabilidad. En una palabra, culpabilidad es reprochabilidad. Para Mezger, actúa culpablemente: a) el imputable, b) que actúa dolosa o culposamente y c) en cuyo favor no existe ninguna causa de exclusión de culpabilidad".<sup>68</sup>

Las anteriores circunstancias las podemos describir más ampliamente del

---

<sup>67</sup> Ibidem. Páginas 87-88

<sup>68</sup> Idem.

modo siguiente: <sup>69</sup>

1) Imputabilidad, entendida como la capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinarse conforme a derecho.

Se supone una construcción mental normal en el autor, por ello la imputabilidad se establece como una característica auténtica de la culpabilidad y no un simple presupuesto.

2) Forma de la culpabilidad, la cual se puede manifestar a través del dolo o la culpa.

Dolo.- Según esta concepción los elementos que lo integran son:

a) El conocimiento de los elementos integrantes de la descripción típica;

b) La voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo, y

c) El conocimiento de que esta se encuentra prohibida, este tipo de dolo es conocido como "dolus malus" pues conlleva a una desvalorización en sí mismo, al tener incluido el conocimiento de la antijuridicidad.

CULPA.- Este elemento se aparta del dolo ante la falta de los elementos positivos de éste: el sujeto no sabe que se producirá el resultado, o bien, espera que esto no se produzca. En no saber o el no querer son las características psíquicas que muestran la presencia de la culpa.

Empero lo anterior no es suficiente para fundamentar la reprochabilidad por culpa, pues el resultado no querido debió haberse previsto y ha de sobrevenir como consecuencia de la inobservancia del deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían a cada sujeto. El fundamento de la

---

<sup>69</sup> CFR. Villarreal Palos, Arturo, Op. Cit. Páginas 9-17

reprochabilidad por culpa reside con componentes valorativos: el deber de prever y el deber de obrar con el cuidado necesario que exijan las circunstancias. Debiendo hacer notar que al previsión aludida se satisface con que potencialmente pueda darse, como ocurre en los casos de culpa inconsciente.

3) Ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad, que positivamente se traduce en la exigibilidad de la conducta.

La conducta exigible ha sido entendida como aquella que cabría esperar de un ciudadano medio ante las mismas circunstancias, sin que quepa reclamar a nadie más de lo que un hombre medio podría soportar. De aquí que las conductas heroicas no sean exigibles a menos que se tenga el deber de soportar el peligro (Ejemplo policías, bomberos, salvavidas, etcétera).

Las causas de inexigibilidad comúnmente aceptadas son: El Estado de necesidad exculpante (surge cuando se da la colisión de bienes jurídicos, uno de los cuales debe sacrificarse para salvar a otro) y la situación de coacción (se entiende como aquella donde el sujeto es obligado a cometer conductas lesivas de bienes jurídicos bajo la amenaza o efectiva realización de un mal igual o mayor, dicho estado sólo puede provenir de un ser humano).

### **Teoría normativa pura de la culpabilidad**

Para Welzel, creador de la Teoría finalista, la acción humana es ejercicio de actividad final, la acción humana es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente causal, la "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta y asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad,

conforme a un plan, a la consecución de estos fines <sup>70</sup>

La anterior premisa permite a Welzel incluir en la acción parte del contenido tradicional del dolo, que pasa a ser un dolo neutro, que no exige el conocimiento de la antijuridicidad. De esta manera se eliminan de la culpabilidad los elementos no normativos, por lo que el dolo y la culpa dejan de ser elementos del juicio de reproche para integrar el tipo penal y formar parte del ilícito. Así el dolo deja de ser objeto y elemento del reproche y pasa a ser objeto del mismo.

En consecuencia, ahora los elementos de la culpabilidad (juicio de reproche) se hacen depender de elementos normativos que se constituyen por:

1) Imputabilidad, como capacidad de ser culpable, se sigue concibiendo como la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión.

2) Conciencia de la antijuridicidad, también denominada posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, se entiende que ocurre cuando el sujeto sabe o puede saber que su conducta contradice el ordenamiento jurídico, lo que no implica que este conozca exactamente el precepto jurídico que vulnera o la punibilidad del hecho; basta con que sepa que su comportamiento se encuentra prohibido al modo profano.

Ahora bien, la mayoría de las veces el sujeto se dará perfecta cuenta de lo antijurídico de su proceder (conciencia actual de lo injusto), pero sino ocurre así, basta con que el sujeto haya considerado seriamente lo ilícito de su actuar y se haya

---

<sup>70</sup> CFR. Welzel, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal, una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, Página 25, citado por Azzolini Bincaz, Alicia B. Página 90

conformado con ello (consciencia eventual o potencial de lo injusto).<sup>71</sup>

Por el contrario, si el sujeto o causa de un error invencible sobra la prohibición, ha actuado antijurídicamente, no podrá ser reprochado, pues quien erróneamente supone que obra de acuerdo a derecho no puede motivarse de manera mejor; en cambio si el error es vencible, subsiste el reproche, pues dada la factibilidad de superarlo, el autor tiene todavía la posibilidad de obrar de otra manera. En cuanto a la diferenciación de las consecuencias jurídicas del error de tipo (que afecta la estructura del dolo y constituye un problema de tipicidad que ha de resolverse conforme a la teoría del dolo) y el error de prohibición (que pasa a convertirse en un problema exclusivo de la culpabilidad), es de hacer notar que entre ambos tipos de error existe un contenido disvalioso muy distinto, pues no es lo mismo no saber lo que se hace, error de tipo, que saber lo que se hace pero creerlo permitido.<sup>72</sup>

Así en el error sobre la licitud suelen distinguirse dos supuestos; puede suceder que el autor no conozca la norma prohibitiva que directamente se refiere al hecho y que por ello tome como lícita su acción (error de prohibición directo); pero puede ocurrir que el autor aún conociendo la norma prohibitiva crea falsamente que en el caso concreto obra amparado por una causa de justificación, ya sea por considerar que esa causa efectivamente existe, o bien, por considerar que tiene una extensión mayor que la real (error de prohibición indirecto).

3) Exigibilidad de conducta adecuada a la norma, la concepción de Welzel, basada estrictamente en el "poder actuar de otro modo", le impide considerar que en esos casos estuviera efectivamente excluida la reprochabilidad del hecho; se trataba de meras situaciones de disculpa en atención a la anormalidad de la motivación y de

---

<sup>71</sup> CFR. Welzel, Hans, Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, Página 173.

<sup>72</sup> CFR. Villarreal Palos, Arturo. Op. Cit. Páginas 27-28

la debilidad humana, que a la voz hacían imposible la exigencia de un comportamiento adecuado al derecho. De esta posición se hace una posterior diferenciación entre "causas de exculpación o disculpa" y "causas de exclusión de la culpabilidad o inculpabilidad", donde se establece que las primeras no la excluyen realmente, solo determinan una disculpa en razón de la considerable disminución del injusto y la culpabilidad.<sup>73</sup>

### 3.3. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

El fundamento de la culpabilidad fue entendido desde la Escuela Clásica como libre albedrío, es decir como la libertad de elección voluntaria. Sin embargo durante las últimas décadas el planteamiento en contra del libre albedrío ha continuado más allá de la Escuela Positiva, que fue la primera en poner tal concepto en entre dicho ante lo difícil de su justificación en el mundo fáctico, por ello se pretende ahora sustituir o complementar a la culpabilidad con otro tipo de principios.

En consecuencia se han generado diversas corrientes en torno a la culpabilidad, cuya coincidencia se encuentra, como es de suponer, en sus objeciones al libre albedrío, las cuales se pueden distinguir en tres tipos: 1) aquellas que niegan por completo el concepto de culpabilidad y los sustituyen por otro tipo de criterio; 2) aquellas que si bien sostienen una actitud discordante, mantienen el concepto de culpabilidad mirado desde los fines de la pena (criterio extrínseco de determinación; y 3) aquellas que sostienen el principio de culpabilidad pero intentando su complementación y revisión interna.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> CFR. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Página 387

<sup>74</sup> CFR. Bustos Ramírez. Juan, Op. Cit. Página 495-505



### 3.3.1. Sustitución del concepto de Culpabilidad

Algunos autores, receptando las fuertes objeciones al fundamento libre-albedrista de la culpabilidad, han propuesto su desaparición como categoría jurídica del delito, entendiendo que esta puede sustituirse por otros criterios reguladores de la pena. Son los casos de Ellscheid y Hassemmer, han propuesto la sustitución del principio de culpabilidad por un principio de proporcionalidad, el cual sirve a su modo para limitar las injerencias estatales.

La crítica más extendida a esta teoría reside en el hecho de que de admitirse el principio de proporcionalidad, se reduciría drásticamente la protección hoy existente respecto de un eventual castigo superior.

Gimbernat, ha propuesto sustituir el principio de culpabilidad por el de necesidad de pena, en su análisis comienza con la afirmación de que la ciencia del Derecho Penal "ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena" y que se entiende "por culpabilidad el reproche que se hace al autor porque se ha decidido por el mal a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del derecho". Parte de la crítica a la teoría normativa de la culpabilidad -indemostrabilidad del libre albedrío, carácter ético del reproche, el hecho de que el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales afecta a la antijuridicidad y no a la culpabilidad, etcétera- intenta reconstruir el sistema de Derecho penal basándose en el principio de necesidad de pena y en la función de motivación de la conminación penal.

En principio, Gimbernat sostiene que no se puede profesar el principio de culpabilidad, pues aunque en abstracto existiera el libre albedrío (lo de que cualquier modo es imposible de demostrar), no se puede saber si una persona en situación concreta pudo haber optado libremente por el delito. De este punto parte para plantear que se puede renunciar al principio de culpabilidad, sin que ello implique dejar al ciudadano al arbitrio estatal para sustituirlo por el principio de necesidad de pena, este consiste en el fundamento y presupuesto de la pena no

sería la culpabilidad, sino la necesidad político criminal de prevención (general o especial) que de ella exista<sup>75</sup>.

La necesidad de la pena se apoya en los fines de prevención general y prevención especial, la magnitud de la pena se relaciona con el bien jurídico protegido y con la lesión dolosa o culposa de ese bien, ahora bien los supuestos tradicionales de ausencia de culpabilidad no serán penados, la no imposición de la sanción se funda en criterios preventivos, considera que todas las personas normales son motivables y todos los inimputables no lo son.

Introduce una diferenciación entre "sujetos motivables y no motivables mediante la pena", lo que viene a constituir un criterio complementario de la necesidad preventiva de pena. Los reparos hechos a la proposición se centran en el peligro que el criterio de "necesidad de pena" podría significar para ciertas garantías de la persona humana, pues, por un lado, se corre el riesgo de que aquella se aprecie de manera muy subjetiva y por el otro, que las desproporciones entre pena y hecho lleguen a ser muy dramáticas, dada la exclusiva visión preventiva que animaría su imposición; agregando que el criterio de necesidad de pena no aparece como suficiente para explicar ni fundamentar ciertos fenómenos que se dan en la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad).

### **3.3.2. Culpabilidad analizada desde los fines de la pena**

Entre quienes no eliminan el principio de culpabilidad, pero si lo reinterpretan a la luz de los fines de la pena se encuentra a Roxin y Jacobs, quienes parten de una visión crítica de la culpabilidad basada en el libre albedrío y proponen su fundamentación con criterios extrínsecos derivados de los fines de la pena.

---

<sup>75</sup> Ibidem pag 506-507.

Roxin esboza la idea de que la culpabilidad no puede ser útil para fundamentar la pena (en el sentido de compensación de la culpabilidad), pues, como se sabe, aquello presupone la libertad de voluntad, cosa que –como conceden incluso los partidarios de la retribución - es indemostrable. Esta hipótesis que no podría fundamentar la pena (esta sólo se justifica cuando aparece como necesaria por razones de prevención general o especial), sirve en cambio para limitarla, pues de acuerdo con ella, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. De este modo, el principio de culpabilidad aparece no como el fundamento de la pena, sino como un medio imprescindible para limitar la intervención penal estatal, pues tiene la función de asegurar al individuo que el Estado no extenderá su potestad penal (en aras de la prevención general o especial) más allá de la responsabilidad que le corresponde a un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad.<sup>76</sup>

Concluye Roxin que debe quedar claro que mientras la medida de la culpabilidad por sí sola limita la pena, en cambio la culpabilidad por sí sola no puede fundamentar la pena. Una conducta culpable sólo justifica sanciones jurídicopenales en cuanto son necesarias por razones de prevención general o especial.

Este autor propone el siguiente criterio diferenciador: “a la sanción preventiva de una conducta socialmente insoportable la llamamos pena si está limitada por el principio de culpabilidad, y medida de seguridad, si lo está por el principio de proporcionalidad. Así pues la diferencia estriba sólo en el tipo de limitación”.<sup>77</sup>

Por otra parte considera que el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas, una primera, que sirve para justificar la

---

<sup>76</sup> Villarreal Palos, Arturo Op. Cit Página 70.

<sup>77</sup> Idem.

retribución como fin de la pena, pero como esta retribución se apoya en una hipótesis indemostrable (la libertad de voluntad, que legitima el mal que se impone) no puede sostenerse, pues implica un efecto perjudicial para el delincuente, basado en un hecho no comprobado. La segunda función que cumple el concepto de culpabilidad tiene un carácter opuesto a la culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal. Esta segunda función de la culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más allá de lo que corresponde a su culpabilidad.

Por ello la misión del Derecho Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la resocialización y las ineludibles exigencias de prevención general.

En cuanto a la culpabilidad como criterio regulador de la pena, dice Roxin que el principio de que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, sirve para limitar el poder de intervención estatal. De él se derivan una serie de garantías del Estado de Derecho: así el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se vincula estrechamente con la función limitadora de la pena que tiene el principio de culpabilidad. Por otro lado, el principio de culpabilidad sirve para determinar el grado máximo admisible de la pena, pues si bien en aras de la prevención general pudiera parecer conveniente una pena grave para el conductor ligeramente descuidado que produce un accidente, la vigencia del principio de culpabilidad obliga también a poner una pena leve en caso de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general. También en el ámbito de la prevención especial, la culpabilidad cumple una función de garantía. El que roba una bicicleta puede presentar síntomas de una grave alteración de la personalidad, aunque su delito no tenga la mayor importancia; aquí la prevención especial aconsejará un prolongado internamiento (hasta que “se adapte socialmente y pueda salir libre”), pero en estos casos también el principio de culpabilidad obliga a limitar la respuesta penal,

conforme a la escasa importancia del delito.

Por tanto, es comprensible que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena.

En este orden de ideas lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico penales quiera hacer responsable al autor de su actuación. En atención a lo anterior, el autor reconoce que, desde esta perspectiva, el término "culpabilidad" ya no resulta muy adecuado para designar a esta categoría sistemática, pues habría que forzar mucho el lenguaje para equiparar la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal. De aquí que Roxin prefiera hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad.

Roxin expresa el injusto (tipo y antijuricidad) decide sobre el problema de si una conducta se ajusta o no a las reglas del Derecho penal y la categoría de responsabilidad( culpabilidad) responde desde puntos de vista políticos-criminales a la cuestión de la necesidad jurídica penal de sancionar en el caso concreto. Esto último sólo puede deducirse partiendo de los postulados del fin de la pena. Respecto a ésta última teoría considera que hoy se parte de la concepción dominante de que solo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general.

Finalmente en un trabajo elaborado en 1980, resume su posición: "Cuarta Tesis: Pese al abandono de la retribución, hay que seguir conservando el principio de culpabilidad. En cualquier caso, la culpabilidad es condición necesaria, aunque no suficiente, de toda pena. La función político-criminal del principio de culpabilidad reside en la limitación del poder estatal y en la distinción entre pena y medida de seguridad. Es decir, el principio de culpabilidad representa una toma de posición respecto al sistema de doble vía.

En lo que hace a la propuesta de Günther Jakobs, su análisis parte de la consideración de que la culpabilidad solo puede estar determinada por el fin, pues para este doctrinario, una culpabilidad en Derecho Penal tiene que servir a las necesidades del mantenimiento del orden. Con ello Jakobs reconoce que el fin contenido en la culpabilidad (la prevención) no puede ser útil para limitarla, pues ciertamente ese fin sólo podrá servir como límite cuando se alcanzan otros fines que no están contenidos en la misma: "La culpabilidad como derivación de la prevención general (sólo) limita la prevención especial requerida por la pena..." Ello implica la admisión de que la culpabilidad así planteada, carece de un cimiento de limitación propio. No se trata primordialmente de socialización o intimidación del autor a otros, sino de la prevención general en el sentido de la garantía de aquellas expectativas, cuya energía de desengaño al ordenamiento necesita para su conservación.<sup>78</sup>

La culpabilidad se basa con ello en necesidades sociales de la pena y depende en su desarrollo interno de cuantas presiones sociales quiere imponer una sociedad al particular, o bien, en sentido contrario, de cuantas de sus particularidades distorsionantes está dispuesta a tolerar. Ya no se trata de un reproche ético individual orientado a la capacidad personal del autor, sino de una imputación externa de responsabilidad orientada a necesidades sociales.

Bustos hace notar que la diferencia entre Roxin y Jacobs reside en que mientras el primero reduce la culpabilidad a una categoría formal mantenida por razones tradicionales, el segundo aplica la determinación desde el fin de la culpabilidad misma, con el fin de darle contenido material, este fin no es otro que la prevención general.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> CFR. Bustos Ramírez, Juan, Op. Cit., Pag 499

<sup>79</sup> Ibidem. Páginas 499-505

### 3.3. 3. Posiciones que reelaboran el concepto de culpabilidad

Los autores que sostienen posiciones parten de la crítica a las bases tradicionales de la culpabilidad, el libre albedrío y su carácter de reproche ético, por lo que pasamos a la exposición de esas teorías.

#### Culpabilidad y Política Criminal. (Stratenwerth)

Este autor reconoce que detrás del concepto de culpabilidad tradicional se esconden razones de prevención general: en el juicio de culpabilidad hay siempre un momento de generalización al que subordina el poder actuar de otra manera del sujeto individual, lo cual siempre es una cuestión de interpretación. Considera que la culpabilidad tiene carácter normativo, esto es, que no es pura constatación sino imputación conforme a determinados criterios. De acuerdo con el autor, la fórmula según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo a lo jurídicamente establecido no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada. Además, afirma que puntos de vista preventivo generales y especiales influyen en las exigencias de la culpabilidad.

#### Culpabilidad y Necesidad de Pena. (Córdoba Roda)

El autor considera que la imposibilidad de constatar la libertad del sujeto de actuar de modo distinto es un serio obstáculo para concebir la esencia de la pena como un castigo de una determinada conducta. Cree que el requisito de la culpabilidad debe mantenerse, ya que se necesita para determinadas materias, como la inimputabilidad y el error de prohibición y porque su supresión significaría un riesgo para las garantías de la personas. Propone mantener la culpabilidad, pero únicamente como principio de política legislativa conforme al cual la pena no debe rebasar el marco fijado por el desvalor de la acción efectuada y para la conservación del poder actuar también como criterio garantizador. No se trata de determinar si le

era posible actuar de modo distinto al sujeto, ni tampoco averiguar si le era real y efectivamente imposible actuar conforme a Derecho, simplemente de tomar en cuenta todas las circunstancias que en el caso concreto recayeron sobre el sujeto, ya sea determinándolo o influyéndolo en su actuar, en mayor o menor medida. La necesidad de la pena es un criterio adicional a la culpabilidad, una nueva garantía de limitación: la pena no debe ser impuesta en aquellos casos en que resulte innecesaria.<sup>80</sup>

Culpabilidad, normalidad motivacional y necesidad de pena. (Santiago Mir Piug).

Santiago Mir Puig, al igual que Juan Bustos, es de los pocos autores que ha desarrollado una completa teoría de la culpabilidad, al margen de los fundamentos prevalecientes de manera mayoritaria; frente al tradicional fundamento material de la culpabilidad (libertad de voluntad y poder actuar de otro modo), estima como preferible la siguiente definición, "Existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede sino es inimputable (enajenado, menor de 16 años, sujeto a una alteración en la percepción desde la infancia que altere gravemente su conciencia de la realidad, o sujeto que actúa en trastorno mental transitorio), ni obra en una situación de no exigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante). Ni el dolo ni la imprudencia afectan a la culpabilidad, sino al tipo de injusto."<sup>81</sup>

De aquí deriva que el límite máximo de lo punible sea lo exigible a un hombre normal. Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables por que extender a ello la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales,

---

<sup>80</sup> CFR. Azzolini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Página 55-56

<sup>81</sup> CFR. Mir Piug, Santiago Op. Cit. Página 466



supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal.

El fundamento de la culpabilidad no puede derivarse sin más de la "naturaleza de las cosas" (no cabe castigar al inculpable porque no puede actuar de otro modo, o, como corre peligro de darlo a entender la teoría de la no motivabilidad normativa, por que no puede ser motivado en absoluto por la norma), sino de un momento normativo esencial; en un Estado Social y Democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad, este es aquel que, por anomalías de la situación o de su persona, no puede motivarse por la norma según le sería exigible a un hombre normal. De aquí que la falta de culpabilidad sea el límite normativo de la pena.<sup>82</sup>

La culpabilidad constituye un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención, no significa que cuando la culpabilidad falte, desaparezca también la necesidad de pena; esta representa un límite normativo.

Finalmente, Mir nos dice que: "La exigencia de culpabilidad, como límite de la prevención, reduce a sus límites imprescindibles la utilización del delincuente al fin de protección de los bienes jurídicos"; esto es "haciéndole responder sólo por los hechos que le pertenecen en cuanto motivación normal".<sup>83</sup>

Culpabilidad y responsabilidad (Juan Bustos)<sup>84</sup>

Su análisis parte de la afirmación de que es necesario superar la discusión

---

<sup>82</sup> CFR. Mir Piug, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Editorial Bosch, 1982, Páginas 96, 97, 99 y 100

<sup>83</sup> CFR. Mir Piug, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1976, Páginas 155-156

<sup>84</sup> Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Páginas 505-513

entre partidarios del libre albedrío y deterministas.

De aquí que el autor plantee que para determinar el contenido de la culpabilidad (que no se puede derivar de criterios extrínsecos o de salidas falsas como el libre albedrío) sea necesario partir no del individuo, así como en el injusto no de la acción, sino del individuo en sociedad: el hombre sólo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad; sin embargo, entiende que una determinación tan amplia y vaga no puede servir para fundamentar la culpabilidad, en ese sentido, no basta entonces la afirmación de Ferri de que el hombre responde sólo porque y en tanto vive en sociedad. Su punto de partida no puede ser, sino el hombre en sociedad, pero no así en forma vaga, sino el hombre concreto que se vincula en una relación social concreta esto es, el hombre no como un simple sujeto de la relación social, sino como un actor, que cumple un determinado papel asignado, pero realizado por él, en el que interviene con todas sus potencialidades, como actor de una relación social concreta, lo que caracteriza al hombre es que toma conciencia de su papel. Es el acto conciente lo que le permite desempeñar un papel que le ha permitido su desarrollo social. Este acto conciente es un acto social. Su capacidad de responder no es de carácter abstracto o metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta.

Si la conciencia del hombre es el producto de un proceso o de una relación social, entonces la culpabilidad no puede plantearse como un reproche, ni como la posibilidad de obrar de otra manera, ni tampoco se puede decir que el hombre es un ser determinado y, por tanto, sin conciencia. Si el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él, entonces es responsable: culpabilidad es responsabilidad. El hombre responde entonces por su comportamiento; por la conciencia de él, ese es fundamento y límite de la reacción social que se ejerce sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por esto también responde la sociedad toda.

La libertad del hombre no es el poder de obrar de otra manera, ni su determinación por el bien, sino su conciencia dentro de la relación social, por ello la actividad del individuo no es tampoco una determinación causal dentro de un simple mecanismo naturista. El hombre estará exento de asumir la responsabilidad que deriva de sus actos, cuando la conducta no aparece como socialmente exigible, ya por la imposibilidad de representarse el injusto, ya por las condiciones concretas en que se encontraba (no exigibilidad de otra conducta).

De aquí que el autor prefiera hablar de "elementos de la responsabilidad" y de "causas de exclusión de la responsabilidad", en lugar de elementos y causas de la culpabilidad.

La teoría de Juan Bustos, estructurada en torno a la responsabilidad del hombre concreto, tiene el mérito de haberlo situado en un entorno (la sociedad), frente al cual tiene el deber de afrontar la responsabilidad que derive de sus acciones; no se trata de saber si es o no libre o si está o no determinado; se trata de una corresponsabilidad social que todo hombre tiene que asumir, dentro de los límites que la propia sociedad marca. Sin embargo, si el hombre es el producto desigual de una sociedad desigual que no brinda a todos las mismas expectativas, no le cabe a ésta –como dice Bustos – el derecho de apostararlo o de estigmatizarlo, sino sólo el de hacerlo responder de sus acciones negativas en beneficio de todos.

La culpabilidad como frustrada expectativa de un comportamiento adecuado a la norma (Francisco Muños Conde)

El autor señala que no es buscando tapar las deficiencias del viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, como habrá de lograrse superar el empantanamiento existente, pues el concepto mismo de culpabilidad el que debe de ser redefinido y dotado de un nuevo contenido, a efecto de que pueda cumplir, sin ficciones o forzamientos, su función de límite y fundamento del poder punitivo del

Estado. Para ello, bastaría con desarrollar un concepto de culpabilidad capaz de acoger en su seno la finalidad preventiva que anima a todo el derecho penal.

Debería empezar por reconocerse que la culpabilidad no es un concepto individual, aislado, que sólo afecta al autor del injusto, sino sobre todo un concepto social, o sea una culpabilidad en referencia a los demás.

Es la sociedad, la que define los límites de lo culpable o de lo inculpable. Por tanto es preciso reconocer que el fundamento material de la culpabilidad no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto (ficción generalizadora, imposible de verificar en el caso concreto y, por tanto, científicamente insostenible). Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles, que es precisamente el que la norma penal prohíbe con la amenaza de pena. De aquí entonces que la "motivabilidad", la "capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas", debe ser el fundamento material común de la culpabilidad. Cualquier alteración esencial de esta facultad deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución. Lógicamente la fijación de este fundamento material no puede hacerse a históricamente, sino que debe tomar en cuenta las necesidades preventivas sociales. Los límites para reaccionar frente a las exigencias normativas los fija la sociedad.

luego, una misión filosóficamente más modesta, pero social y políticamente más importante: "brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual".

Agrega que en este sistema la pena adecuada a la culpabilidad podría también cumplir perfectamente su función preventiva general, pues si se entiende

que los límites de la punición son fijados por las exigencias sociales, resultaría entonces que la pena adecuada a la culpabilidad es al mismo tiempo la pena idónea desde el punto de vista preventivo general. "A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etcétera".<sup>85</sup>

Por todo ello, Muñoz Conde va directamente a una redefinición de la culpabilidad: "declaración de frustración de una expectativa jurídico-penal de una conducta determinada que posibilita la imposición de una pena".

La teoría de Muñoz Conde, se encuentra íntimamente relacionada con la idea de la prevención general como fin primario del derecho penal y en ella la culpabilidad juega el papel de límite de lo exigible, a cada sujeto (la pena justa es la socialmente exigible de donde deriva que prevención y culpabilidad estén armónicamente equilibrados).

---

<sup>85</sup> CFR. Villareal Palos, Arturo. Op. Cit, Paginas 93-96.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA ORIENTACIÓN DE LA PUNICIÓN.**

#### **4.1. LA PENA Y SUS RELACIONES CON LOS FINES DEL ESTADO.**

Las teorías de la pena constituyen un tema valorativo, es decir, opinable. La pena es uno de los instrumentos característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, su función depende de la que le asigne al Estado, en tales circunstancias al condicionarla a la filosofía política que se adopte, han constituido la principal dificultad con que ha tropezado los intentos de hallar una concepción generalmente aceptable de la función de la pena. La primera condición para resolver el problema es reconocer la vinculación axiológica entre función de la pena y función del Estado.

La dogmática jurídico penal cuenta con una premisa valorativa que debe inspirar el estudio del Derecho Penal, en particular, que función se atribuye a la pena, la cual no sólo puede entenderse adoptada por leyes ordinarias sino en observancia a lo dispuesto por la norma fundamental. Una vez sustentada constitucionalmente la función de la pena, también la teoría del delito puede orientarse en base al fundamento constitucional, pues la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, es decir, establece los límites de lo que se puede castigar con una pena, lo que depende de la función que la Constitución permita atribuirle. La pena y el Delito han de encontrar su fundamento en la orientación propia del Estado.

En este orden de ideas resulta necesario establecer las directrices que el desarrollo histórico ha marcado las etapas de desarrollo del Estado para los efectos que interesan al presente trabajo.

#### 4.2. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL LIBERAL.

Bajo la vigencia del *Derecho Penal Liberal* se atribuyó a la pena una función de *prevención* de delitos como la de *retribución* del 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, asigna a la pena una función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de delitos, cuya esencia se veía en un principio en constituir un daño social. Fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes defendieron la concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia, tal como ha quedado establecido en capítulos que anteceden, limitaban la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo.

La discrepancia entre las direcciones liberales en comento -prevencionista y retributiva- respondía a una distinta concepción del hombre al que debía servir el Derecho. Mientras los *utilitaristas* pensaban en el *hombre empírico*, el *idealismo alemán* giraba en torno al *hombre ideal*. Los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirvieran de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre razón (desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana). Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido.<sup>86</sup>

#### 4.3. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL INTERVENCIONISTA.

El derecho Penal del Estado Social no podía 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

---

<sup>86</sup> CFR. Mir Piug, Santiago. Ob. Cit. Página 27

atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de luchas contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba de lograr una justicia ideal exigida por la razón sino de combatir de manera eficaz una criminalidad que iba en aumento durante el siglo XIX, como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación generada por el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. Como consecuencia de ello la Escuela Positiva parte su crítica de la ineficacia del derecho penal clásico (liberal) para atajar al delito. Las medidas de seguridad aparecieron como la vía científica de las causas de remoción del delito, con ello se atribuyo a la pena la *función de prevención de delitos*.<sup>87</sup>

#### **4.4. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

El principio intervencionista, rector del Estado Social, podía conducir a un Derecho Penal mas preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Como toda arma peligrosa la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso. Un Estado Democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo.

Así, el Estado Social y Democrático de Derecho apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios del *Estado Liberal* y del *Estado Social*, la resultante de tal síntesis supone una superación de sus componentes básicos, lo que permite añadir la *democracia*.

Del Estado *Liberal* adopta la idea de Estado de Derecho, es decir, el

---

<sup>87</sup> Ibidem.. Páginas 27-28



Estado gobernado por el derecho emanado de la voluntad general expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado Absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres. Este modelo de Estado aporta la exigencia de que los poderes públicos respeten determinadas garantías formales, límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado Liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica de la división de poderes y el principio de legalidad.

Encontramos que el Derecho Penal Liberal es consecuencia del modelo de derecho defendido por los autores de la ilustración, se trata de un modelo que tiene plasmación en las codificaciones del despotismo ilustrado y en el derecho penal surgido de la Revolución Francesa

Las condiciones para afirmar que en un Estado existe un derecho penal liberal son las siguientes.

a) *Igualdad Jurídica*: como consecuencia de superar el particularismo jurídico propio de sistemas políticos anteriores y de que, por lo que se refiere específicamente al derecho penal, las normas realicen una delimitación de los delitos y de las penas sin atender a las condiciones personales o sociales de los individuos.

b) *Ofensividad*: el Derecho Penal solo puede castigar comportamientos que producen un daño a bienes que todos o la inmensa mayoría de una sociedad están interesados en tutelar.

c) *Culpabilidad*: el Derecho Penal no debe castigar comportamientos que producen un daño imprevisible y solo puede prescribir sanciones para individuos con capacidad para ser motivados por las normas penales.

d) *Proporcionalidad*: las penas deben graduarse en atención al grado de

ofensividad (bien ofendido, tipo de ofensa al bien) y al grado de culpabilidad de los comportamientos.

Esta proporcionalidad, que, según los autores ilustrados, garantiza mayor prevención general respecto de los comportamientos mas graves, solo puede venir alterada, en determinada medida, para conseguir que la sanción sirva además para que el condenado no vuelva a cometer delitos en el futuro.

Respecto del grupo de individuos, como es el caso de los menores, en que es menos esperable influencia de prevención general, el fin preventivo especial debe ser prioritario.

e) *Humanidad*: que se plasma en la defensa de las sanciones afectantes de la libertad de movimiento, en atención a que estas sanciones, para los autores ilustrados, tienen capacidad de intimidar por igual a todos los individuos y, a su vez, permiten ejercitar una influencia correcta sobre el condenado.

f) *Protección del Individuo frente a la intervención punitiva*: merced a los principios de legalidad (prohibición de castigar a un individuo por un comportamiento atribuido y con una sanción no previstos claramente como delito y pena en la legislación) y de jurisdiccionalidad (prohibición de castigar a un individuo sin un previo juicio en el que con garantías de defensa se demuestre que el individuo a realizado el comportamiento castigado por la ley).

No obstante postular este principio, los autores ilustrados admiten que en un sistema punitivo existan sanciones cautelares (la detención y la prisión preventiva) cuando ellas resulten imprescindibles para evitar la fuga del sospechoso o para garantizar las pruebas del delito<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Cid Moliné, José. *¿Pena Justa o Pena Útil?, El Debate Contemporáneo en la Doctrina Penal Española*, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia, 1994, Páginas 36-37

El *Estado Social* supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado Liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado Liberal era la *limitación de la acción del Estado*, el Estado Social se erige en motor activo de la vida social. Si el Estado Liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y el Estado Social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales, del *Estado Arbitro* imparcial –Estado guardián preocupado por no interferir en el juego social- se pasa al *Estado Intervencionista*.

El Estado Intervencionista no implica una concepción autoritaria, lo esencial es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas y esta función puede ponerse al servicio de una minoría o de un discutible todo social, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Así no resultara contradictorio con ese Estado Social imponerle los límites del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado Social a un intervencionismo autoritario que dejaría de servir a los intereses del particular.

La fórmula Estado Social y democrático de Derecho supone la tentativa de someter la actuación del Estado Social a los límites formales del Estado de Derecho, como también su orientación material hacia la democracia real. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser un Estado Democrático de Derecho. El carácter Democrático de ese Estado expresa la necesidad de libertad real cerrando la posibilidad de un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo.

El Derecho Penal de un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, por el contrario debe conducirla por y para los ciudadanos, lo cual podría concretarse del modo siguiente:

El Derecho Penal de un Estado Social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de atender a la protección de delitos (Estado Social) en la medida que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado Democrático). Así un Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de *exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad*. Un Estado Democrático ha de apoyar su Derecho Penal en el *consenso* de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la *mera intimidación* que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.

Cabe hacer notar que lo fundamental de la intimidación es que la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a posibles infractores o para evitar que los que ya cometieron un delito vuelvan a hacerlo. La amenaza de una pena puede ejercer sobre el público una influencia sociopedagógica, ciertas conductas son determinadas por otros motivos que la simple amenaza (sentido del honor, grado de educación o de instrucción religiosa y moral, etcétera). Las normas penales cumplen una función educadora, para ciertas personas el castigo representa una forma importante de reproche social. La amenaza de un castigo puede asimismo ser, gracias a esta función educadora del derecho penal, creadora de hábitos conformes a la ley.<sup>89</sup>

En este orden de ideas la fuerza de convicción de un Derecho Penal democrático se basa en el hecho de que solo usa la intimidación de la pena en la medida en que con ello afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías; ha de de prevenir no sólo con el

---

<sup>89</sup> CFR. Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. México, Editorial Siglo XXI, 1998, Páginas 13 y 15.

miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención *intimidatoria* (también llamada prevención general *especial o negativa*), debe concurrir el aspecto de una prevención *general estabilizadora o integradora* (también denominada prevención *general o positiva*)<sup>90</sup>

No se trata de restar importancia al papel de la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: tortura, pena de muerte, etcétera (artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social (Artículo 18 de de nuestra Ley Fundamental). Ello debe referirse, primeramente, en el momento judicial de la determinación de la pena: ha de impedir la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización. En segundo lugar, se precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino solo ampliar las *posibilidades de elección* del condenado. Por último, deben suprimirse los obstáculos a la reinserción social que implica la existencia de los antecedentes penales.

El objetivo de la resocialización es siempre de problemática consecución y ello plantea arduos problemas cuando la prevención general exige le cumplimiento de una pena privativa de libertad. En este tenor habrá de considerar si lo prevenido por el artículo 18 de la Constitución General de la República al establecer que la organización del sistema penal se sustente sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del

---

<sup>90</sup> CFR. Mir Piug, Santiago. Op. Cit. Páginas 30-31

delincuente (concepto este último que ha sido superado). Por tanto, la ejecución de la pena deberá encontrarse configurada de forma que contenga elementos que intente la reeducación y reinserción social del penado ofreciendo medios que amplíen sus posibilidades de *elección*. "Pues es estímulo para los sentenciados el mantenimiento de sus relaciones familiares y de amistad, que bien servirían de incentivo en el trabajo que deba realizar durante la compurga de la pena; lo anterior sin pasar por alto que el pretender una verdadera resocialización conlleva que se permita al penado integrarse realmente a la vida social y ser recibidos con oportunidad para que puedan desarrollar su vida."<sup>91</sup> En opinión de Santiago Mir Piug la Constitución no requiere que se consiga la reinserción social, pero sí intentarlo de algún modo que permita considerar que las penas privativas de libertad se hallan *orientadas* a tal meta y que como mínimo no favorezcan la desocialización del interno.

Por ello se impone que el concepto de "reinserción social" sea reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el Estado social de Derecho, y, en particular, de los principios de igualdad y dignidad del hombre. En este contexto, reinserción no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación. "El Estado de Derecho debe ofrecer al que cometió un delito la posibilidad de vivir dignamente sin tener que volver a delinquir. Para ello debe ofrecerle capacitación, tratamiento, educación; pero también debe ocuparse de analizar, en un nivel más general, las causas que favorecen la comisión de delitos e intentar removerlas. Quién está cumpliendo la pena tiene el derecho de aceptar o no la oferta estatal".<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> CFR. Derechos del Pueblo Mexicano, México a Través de sus Constituciones, Tomo III, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Páginas 18-74 y 18-84

<sup>92</sup> CFR. Azzolini Bincaz, Alicia B, Culpabilidad y Punición, México, Editorial Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1997, Páginas 56-57

Por tanto, en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la pena ha de cumplir una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético jurídica de no dejar sin *retribución*, la infracción del orden jurídico.

La pena en un Estado Democrático de derecho debe ser final racional, con una racionalidad dirigida a fines y justa para el soberano del derecho, según sus ideas de valor validamente adoptadas.

Para que el Estado Social no se convierta en autoritario, sino que sea Democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites a que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo el control de los ciudadanos. La principal consecuencia que sigue el fundamento político de la pena es que supone una serie de límites al empleo de ésta, por ello la teoría del delito no se halla desvinculada del fundamento y la función de la pena, al contrario constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuales son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. "La determinación de las condiciones generales de lo punible debe arrancar de la solución que reciba la cuestión de la función de la pena: el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un *significado directivo* (en este sentido, imperativo) *de regulación social*, a la norma jurídico penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos."<sup>93</sup>

La función de Prevención supone asignar carácter directivo a la norma

---

<sup>93</sup> CFR Mir. Piug, Santiago. Op. Cit. Páginas 41-42

jurídico-penal, cuando se encarga a la pena la misión activa de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, el Derecho no solo habrá de dirigir al Juez el mandato de castigar los delitos, sino también, intentar que los ciudadanos no delincan. El mandato dirigido al Juez deberá establecer una *amenaza penal* dirigida a la colectividad que crea una *expectativa social* tendiente a *motivar* en los ciudadanos un comportamiento adecuado al derecho. En la conminación penal típica ha de verse la forma de manifestarse la motivación directiva por la que debe realizarse la función de prevención más específicamente penal.

Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza directa de la pena, sino que generalmente se produce una internalización de las normas que permiten que éstas operen mediante su *aceptación*. La eficacia de la prevención depende de una amenaza de la pena: a) capaz por su fuerza de convicción de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. b) Junto a la prevención intimidatoria debe destacarse la prevención positiva que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios. Para que el Derecho Penal pueda desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta *evitable mediante la motivación normativa*. La valoración de la antijuridicidad presupone la posibilidad de determinación del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado Social. No cabra considerar constitutivo de delito ningún hecho que *no sea posible* o *no sea necesario* evitar mediante la motivación normativa (ámbito de la *antijuridicidad*). Pero tampoco cabrá reputar delictivo un hecho cuando, pese a subsistir le necesidad y la posibilidad de intentar su prevención, *no sea lícito* castigarlo en atención a las anormales circunstancias en que lo realiza su autor (ámbito de la *culpabilidad*). Los tres pilares del planteamiento efectuado -posibilidad, necesidad y licitud- se fundan en la función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho. Los dos primeros por que la función de prevención que corresponde al derecho penal pierde su fundamento cuando deja de ser posible o necesaria, ya que la prevención solo se justifica



políticamente por su necesidad para la protección de la sociedad, lo que presupone que sea posible. El tercer extremo remite a los límites que la prevención debe encontrar en un Estado social que sea Democrático y de Derecho.<sup>94</sup>

Aunado a lo anterior en cabe hacer notar que dentro de un sistema democrático la pena tiene dos funciones, *la primera simbólica*, de la que se deriva que el Código Penal tiene la función de dar a conocer las penas, circunstancia que se relaciona con la protección de bienes jurídicos, pues así se protegen las necesidades elementales de las personas en sus relaciones sociales. La segunda, *instrumental*, toda vez que la misma se encuentra destinada para aplicarse, de lo contrario carecería de sentido, aquí se toca a la perdona concreta con su aplicación

De lo expuesto en líneas que anteceden, se advierte que de acuerdo a las característica de un Estado Social y Democrático de Derecho se aprecia que existen límites que debe observar al ejercitar su facultad sancionadora, dentro de los cuales encontramos el de Dignidad de la Persona, la Necesidad de la Pena y el Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.<sup>95</sup>

En lo concerniente a la Dignidad de la Persona, se debe establecer el reconocimiento de la persona como tal en sus derechos, pues la relación que ésta debe tener con el Estado implica considerar a la persona como único ente éticamente autónomo de la Sociedad. La autonomía ética de la persona implica establecer que el Estado esta al servicio de la persona y no viceversa, ello surge como un elemento fundamental de los límites materiales a la función de castigar del Estado, pues con ello se debe considerar al sujeto en ejercicio de todos sus derechos, incluidos en el proceso lo cual implica el reconocimiento al que el sujeto es capaz, es decir responsable.

---

<sup>94</sup> Ibidem. Páginas 44-48

<sup>95</sup> CFR. Bustos, Ramirez Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General, España, Promociones y Publicaciones Universitaria, 1994, Página 588-591

Por otra parte en lo relativo a la necesidad de la pena que conlleva a establecer que una persona solo se le puede aplicar la pena cuando resulta absolutamente necesario, pues en caso contrario la misma representaría una arbitrariedad por parte del Estado; tal principio conlleva otros accesorios que son importantes de resaltar:

a) El Derecho Penal es extrema ratio, el cual establece que la ley penal debe ser la necesaria para mantener la prevención del delito, siempre que no haya otras vías menos lesivas para alcanzar tal finalidad, es el último recurso o instrumento al que debe recurrir el Estado; este criterio se entiende dirigido al legislador, quien deberá considerar previamente que no existan otras vías que sean iguales o mejores que la ley penal.

b) Proporcionalidad, la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido y al grado de responsabilidad del sujeto pues en caso contrario se caería en la arbitrariedad, lo cual nos llevaría a aplicar penas excesivas a hechos cuya consecuencia es de poca trascendencia social, o bien que la culpabilidad del sujeto no justifique la imposición de una pena elevada por cuestiones de mera prevención general como acontecería en aquellos delitos en los que se despierta una gran alarma social.

El principio de proporcionalidad, en materia de penas presupone que éstas deben estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado, esto es, no toda afectación a un bien jurídico ha de suponer una pena privativa de libertad, pues no habría proporción entre el bien jurídico afectado o la gravedad de su afcción y la significación de la pena para el sujeto.

c) Nom Bis In Idem, que considera que un hecho no puede fundamentar una duplicidad de penas o afecciones al sujeto, de donde se advierte la aplicación del sistema vicarial de penas y medidas de seguridad, pues una conducta ilícita dará lugar a la imposición de alguna de ellas, pero la persona se vería afectada en sus

derechos cuando se le aplicaran ambas.

d) El Derecho Penal a de medirse de acuerdo a sus consecuencias, esto parte de la idea instrumental del derecho penal, es decir la pena esta para aplicarse, toda vez que de dicha aplicación se debe establecer si al imponerse tiene consecuencias más gravosas que si no se aplicará, ello llevaría a considerar que la pena resulta innecesaria y en algunos casos hasta inútil.

e) Alternatividad, desde la necesidad de la pena el Derecho Penal debe abrirse a alternativas distintas, es decir, se debe optar por las penas que impliquen la menor aflicción al sujeto y le planteen opciones para que en el futuro solucione sus conflictos, aquí entraría en juego la función simbólica que debe tener la pena.

Finalmente, en lo que toca al Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos, habrá de decir que el derecho penal debe intervenir cuando sea lesionado un interés social fundamental, es decir se vea afectado un bien jurídico, para ello debe determinarse si el bien es lo suficientemente importante para ser protegido por el Derecho Penal, así pues la intervención estatal queda supeditada a aquel campo en que se afecta a otra persona o ente o bien se le crea un peligro en contra de su voluntad, con ello deberá establecerse que daño se ocasiona para considerar la sanción que se imponga.<sup>96</sup>

En este orden de ideas es como se advierte que la pena guarda una estrecha relación con los fines que pretende el Estado para alcanzar la tutela y seguridad que le interesa para lograr la estabilidad de la sociedad que le permita su desarrollo, por tanto es que tales circunstancias deben considerarse al momento de elaborarse los catálogos de delitos en cada sociedad así como las sanciones que les deben corresponder a cada uno de ellos y que como veremos más adelante deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de establecer la punición a un

---

<sup>96</sup> Ibidem. Páginas 585-591.

hecho concreto y determinado ello como una forma de alcanzar los fines propios del ente gubernativo si es que se considera a la imposición de la pena como una forma de autoconstatación del propio Estado

#### **4.5. LOS FINES PREVENTIVOS DE LA PENA**

Los límites y el contenido de los fines preventivos deben partir inevitablemente de los principios básicos que configuran el orden político y constitucional. Y para ello, debe acudir en primer lugar a los valores superiores del ordenamiento jurídico tales como: la libertad, la justicia, la igualdad, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y los derechos de los demás nada menos que como fundamento del orden político y la paz social, mismos que guardan sustento en los artículos 1º, 4º, 13, 14, 16, 17 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tales fundamentos constitucionales del orden político y la paz social pueden identificarse: a) unos valores de corte individual (la dignidad humana, sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad), y b) unos valores de referencia social o colectiva constituidos por el respeto a la Ley y los derechos de los demás. De lo anterior, se desprende que la protección penal de la paz social no puede llevarse a cabo socavando ninguno de sus fundamentos, ni los valores individuales ni los colectivos, ni tampoco los valores de la libertad, la justicia y la igualdad. El derecho penal debe conseguir la tutela de la paz social obteniendo el respeto a la Ley y los derechos de los demás, pero sin perjudicar la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad y restringiendo al mínimo la libertad.<sup>97</sup>

El planteamiento hasta aquí esbozado tiene determinados efectos sobre los fines preventivos: la proporcionalidad como límite a la prevención general, en

---

<sup>97</sup> CFR. García Aran, Mercedes, Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona España, Páginas 35-36

tanto el afán intimidatorio no puede llevar a la imposición de penas desproporcionadas respecto a la gravedad del delito, de lo contrario, la búsqueda de la paz social lesionaría sus propios fundamentos y, entre ellos, la dignidad humana en la medida en que el reo se vería instrumentalizado para la obtención de efectos preventivos generales sobre el resto de la colectividad.

En el conflicto entre lo individual y lo colectivo la reinserción no son derechos individuales con un contenido propio que haya que preservar en la resolución del conflicto, sino orientaciones de política penal y penitenciaria que, por tanto, tienen un ámbito residual respecto a derechos de superior rango que, así poseen fuerza expansiva. En segundo lugar, para respetarlos todos, recordemos también que la intervención penal sólo puede aspirar a obtener el respeto a los valores colectivos (el respeto a la Ley y los derechos de los demás), sin detrimento de los valores individuales (la dignidad humana, sus derechos inherentes, el libre desarrollo de la personalidad). "La reeducación y la reinserción no pueden destinarse a obtener un cambio en el sujeto ni en su personalidad sino nada más (pero también, nada menos) que a obtener una conducta futura respetuosa con la Ley y los derechos de los demás. En otras palabras, la evitación de nuevo delito es lo máximo que permiten los derechos inherentes a la dignidad humana como contenido de la reducción y la reinserción".<sup>98</sup>

Así las cosas, los criterios preventivo general o especial tienen como límite la pena proporcionada a la gravedad del delito entendido como injusto y culpabilidad, siendo importante destacar que la proporcionalidad es un límite de la pena, no un objetivo a cubrir. Si se considera imprescindible alcanzar la proporcionalidad se estaría aceptando la retribución como finalidad prioritaria de la pena. La proporcionalidad sólo como límite introduce el valor de la justicia, haciéndolo compatible con las consideraciones de utilidad acerca de la necesidad de la pena. "Es de hacer notar que la pena proporcionada produce efectos preventivos generales,

---

<sup>98</sup> Ibidem. Páginas 36-37

pero también especiales, pues solo si es proporcionada esta en condiciones de evitar un nuevo delito, toda vez que una cosa es que la pena adecuada a la gravedad del delito produzca efectos preventivos y otra distinta que para establecer la gravedad haya que tener en cuenta necesidades preventivas".<sup>99</sup>

El juez no debe tener en cuenta necesidades de prevención general ni de prevención especial en el momento de la punición.

Lo anterior no significa negar los efectos preventivo-generales de la punición. Es indiscutible que la imposición de una pena proporcional a la culpabilidad reforzará la creencia colectiva en el sistema y servirá como factor de intimidación. Pero, como señala Mercedes Arán, una cosa es que la sentencia tenga efectos preventivo-generales y otra, es que el juez deba tenerlos en cuenta para decidir la pena aplicable

Tampoco significa negar los efectos preventivo-especiales de la punición. Una pena que fue determinada conforme a la culpabilidad del sujeto dará un margen para que, se satisfagan los requerimientos preventivo-especiales. En todo caso, en él supuesto que la pena escogida exceda las necesidades preventivo-especiales, ello será corregible en el nivel de ejecución.

#### **4.5.1. La prevención General.**

Son pocos los autores que sostienen que la prevención general debe ser el criterio orientador en el momento de la determinación de la pena. Esto sin olvidar la acertada observación de García Arán: "...una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivo-general y otra muy distinta que el juez deba perseguirlos como

---

<sup>99</sup> Ibidem. Página 40

objetivo específico y considerarlos como materia propia de su contenido”.<sup>100</sup>

Los autores alemanes que consideran que la prevención general debe ser uno de los criterios para la determinación de la pena se ven condicionados por la regulación expresa del código que, menciona a la culpabilidad como fundamento de la determinación de la pena. Roxin, al hablar de la prevención general integradora, considera “que la pena adecuada a la culpabilidad es, un instrumento de prevención general, ya que una proporcionalidad considerada justa entre culpabilidad y pena proporciona a la condena la posibilidad de un consenso en al comunidad jurídica y le asegura la autoridad, que es sumamente útil para el mantenimiento del orden jurídico. También podemos incluir en este apartado a los autores que, como Jakcobs, otorgan a todo el sistema una finalidad preventivo-general, y desde ese contexto definen a la culpabilidad. Para él la prevención General Integradora supone la conservación de la confianza en la norma general y la puesta en práctica de su reconocimiento mediante la aplicación de la pena”.<sup>101</sup>

La cuestión es que tal función “integradora” de la prevención general no puede llevarse a cabo si las penas que se establecen y se aplican son desproporcionadas y no pueden ser sentidas como justas por la colectividad, con lo cual, la tradicional limitación que la proporcionalidad de las penas debe jugar respecto de los afanes intimidatorios del Estado. Dicho límite de la proporcionalidad de las penas debe servir de guía cuando se destinan a fundamentar la intervención penal en esa necesidad de estabilización de la conciencia jurídica e identificación social con las normas con independencia de su contenido.

La pena es autoconstatación del Estado (protección de su sistema, por eso en definitiva protección de bienes jurídicos) y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto, de aumentar su capacidad de libertad,

---

<sup>100</sup> CFR. Azzolini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Página 149

<sup>101</sup> CFR. García Aran, Mercedes, Op. Cit. Página 40

de ser actor social. "Si el Estado está para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad, no tiene sentido imponer una pena innecesaria, y para la precisión de esta innecesariedad puede ser un criterio sumamente útil el de prevención general, es decir, que el hecho o la actitud del sujeto no ha tenido un efecto contraproducente en la sociedad o todo lo contrario".<sup>102</sup>

En este orden de ideas García Arán, puso en claro lo que implica aceptar que el juez, en el momento de la punición, persiga finalidades preventivo-generales. En primer término señala, que si se afirma que la finalidad preventivo-general debe orientar la determinación de la pena, se acepta que la actuación del juez debe perseguir efectos sobre la colectividad, "atribuyéndosele un determinado grado de competencia reguladora de la conducta genera."<sup>103</sup>

Es indudable, que la actuación del juez podrá tener efectos en el resto de la comunidad, pero ello no significa que esto constituya su finalidad, pues el juez no puede imponer una sanción a un sujeto en función de los demás. Por otra parte, como el legislador ya tuvo en cuenta la prevención general al escoger el intervalo de punidad, la sanción que se imponga en el caso concreto se adecuará a las exigencias colectivas.

Otros aspectos son las posibilidades y la eficacia de la estimación preventivo-general por el juez. En el primer aspecto el tema se relaciona con aquellos casos que provocan mayor alarma social, en los que se incrementa la pena por razones preventivo-generales. En cuanto a la eficacia que una determinada pena pueda tener sobre el resto de la comunidad, los estudios con los que se cuenta la ponen en duda. Haag, señala como factores relevantes para la prevención general la posición social del agente, la amplitud del ámbito en que se difunda la noticia, las características de las personas entre las que se difunde y la precedente frecuencia

---

<sup>102</sup> CFR. Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Página 603

<sup>103</sup> Azzolini Bincz, Alicia B. Op. Cit. Página 129



de la comisión. Hassemer, destaca que para confiar en el valor preventivo general de la sentencia sería necesario que ésta fuera comunicada a los sujetos sobre los que se pretende influir, que éstos fueran motivables y que el juez estuviera en condiciones de realizar una prognosis preventivo-general con base empírica. La eficacia preventivo-general radica, en la imposición efectiva de la sanción y no en el quantum de la misma.<sup>104</sup>

#### **4.5.2. La Prevención Especial.**

La pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, con lo cual se da una relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Es decir, si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, sean "socializadoras" o no, "la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto".<sup>105</sup>

El quantum de la pena, según este criterio, se establece en función del autor y no del hecho cometido.

La peligrosidad pasó a ser el criterio más importante de individualización en la mayoría de los sistemas penales latinoamericanos y en algunos europeos. Sin embargo, el significado que se le atribuía, no era preciso.

En primer lugar debe distinguirse entre el estado peligroso del delincuente y el hecho peligroso en sentido objetivo, "entendido éste como la potencialidad de daño insita en determinada modificación del mundo exterior. En segundo lugar hay que diferenciar la peligrosidad en sentido positivista, como sustituta de la culpabilidad, de la peligrosidad como criterio para la individualización de la

---

<sup>104</sup> Citados por Azzolini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Página 130

<sup>105</sup> Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Páginas 603-604

sanción”.<sup>106</sup>

Existen dos métodos principales para la predicción de peligrosidad, el método clínico y el método estadístico. El primero se basa en entrevistas, anamnesis y test psicológicos; el segundo utiliza las escalas de predicción donde se evalúa una serie de factores considerados estadísticamente ligados a las conductas criminales.

Uno de los argumentos más sólidos en contra de la graduación de la pena por la peligrosidad es la imposibilidad de su verificación empírica, lo que hace científicamente insostenible.

Actualmente la mayoría de los autores que sostienen que el juez debe tener en cuenta, en el momento de la punición, consideraciones de tipo preventivo especial que se refieren, no ya a la peligrosidad, sino a la reinserción social del sujeto. El juez debe combinar las necesidades de resocialización del delincuente con el principio de proporcionalidad del hecho, los requerimientos preventivo-especiales no pueden dar lugar a una pena que rebase el margen de proporcionalidad con el hecho cometido.

#### **4.5.3. Antinomias de los fines de la pena.**

Sobre este tema se realiza una breve referencia tomando en consideración las argumentaciones que realiza Mercedes García Arán respecto a la dificultad para homogeneizar los fines de la pena, las cuales brevemente se plantean, ello para tener una idea más clara sobre dicha problemática.

“Si bien los fines de la pena son generales y comunes a todo el sistema penal en su conjunto, no pueden operar de manera contradictoria en los distintos

---

<sup>106</sup> Azzolini Bincaz, Alicia B. Op. Cit. Páginas 131-132

momentos en los que dicho sistema se hace efectivo, por lo cual en el momento de su decisión el Juez no puede anular las finalidades perseguidas por el legislador y a la inversa, el fin perseguido por el legislador no puede hacer imposibles los fines perseguidos por el Juez<sup>107</sup>.

De ahí se desprende la necesidad de contemplar la determinación de la pena como un proceso, que se inicia en la Ley, con el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito (marco penal genérico) y concluye, por lo que aquí nos interesa, en el momento en el que el Juez establece la pena concreta.

Uno y otro momento, que se conoce como determinación legal y judicial de la pena, se encuentran precisados por los principios establecidos en el marco constitucional. En ese nivel no puede hablarse de determinación de la pena, pero sí de orientación general del sistema jurídico y, de orientación general de las penas, por lo que no puede olvidarse como marco general de referencia para la resolución de conflictos.

La mayor dificultad de la convivencia entre las distintas orientaciones de la pena consiste en su combinación, prelación y limitaciones recíprocas especialmente en la determinación concreta de la pena, llegado este punto se advierte la pena a imponer puede orientar su decisión en distintos puntos, como son:

a) Puede buscar, que la gravedad de la pena equivalga a la gravedad del delito para imponer el castigo justo, con independencia de lo que aconseje la prevención general o especial de futuros delitos.

b) Puede intentar que la pena sea la suficiente como para que el reo no vuelva a delinquir y se integre en las normas de convivencia social, incluso aunque no equivalga en padecimiento exactamente al daño causado.

---

<sup>107</sup> García Aran, Mercedes. Op. Cit. Páginas 61-66

c) Puede pretender que una pena sea lo suficiente como para escarmentar al resto de ciudadanos y evitar que éstos se abstengan de delinquir, incluso aunque suponga segregar al condenado del resto de la colectividad durante mucho tiempo.

De las anteriores hipótesis se advierten como posibles objetivos las tres orientaciones clásicas del Derecho Penal: la retribución, la prevención general y la prevención especial.

Los problemas de convivencia entre las distintas orientaciones de la pena se convierten, como se ha dicho, en el problema central, porque difícilmente pueden tomarse en consideración los fines a la vez y lo normal es que cada uno de ellos empuje en una dirección distinta. Dicho problema es conocido como antinomias de los fines de la pena.

Así en un caso concreto que despierta alarma social la necesidad preventivo general empuja a elegir la pena máxima para evitar hechos futuros, mientras que la necesidad preventivo especial aconseja una pena leve porque no es de esperar que el sujeto vuelva a cometer un hecho de tal naturaleza, pudiendo incluso resultar innecesaria la pena y una pena grave rompería todo vínculo con la sociedad.

Por otro lado, la proporcionalidad con el delito se encuentra abstractamente establecida en el marco penal, a la hora de concretarla la gravedad del resultado empuja hacia el límite máximo, pero tomando en cuenta que al delito pertenece la culpabilidad, con ello cabrían casos de disminución de responsabilidad.

## **CAPÍTULO V**

### **ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PENA ADOPTADA POR EL CÓDIGO PENAL FEDERAL**

Una vez estudiado las principales teorías que fundamenta la sanción impuesta a los que cometen un ilícito, conocida como pena, la determinación de la pena, la culpabilidad en relación con la determinación de la pena, y las funciones de ésta en diversos tipos de Estado, entre ellos el Estado Democrático de derecho, conviene entrar la análisis de la teoría de la pena que adopta nuestro país en el Código Penal Federal, buscando con ello conocer cuáles son los parámetros que se siguen para imponer las sanciones, qué es lo que se busca con la pena, y con ello, establecer y determinar la eficacia o ineficacia de la teoría de la pena adoptada en nuestro Código Penal Federal, buscando con ello hacer conciencia de los objetivos logrados o no conseguidos respecto a la eficacia de la pena en nuestro país.

En este sentido, primeramente resulta pertinente traer a cita la exposición de motivos del Código Penal Federal, que nos servirá para el presente trabajo.

#### **5.1. TEORÍA ADOPTADA POR EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.**

Obedeciendo a un deseo generalmente manifestado, en diversos sectores del pensamiento mexicano, el propio Licenciado Portes Gil, como Secretario de Gobernación, organizó una Comisión que se encargara, no de llevar adelante una simple depuración del Código de 1929, sino de su total revisión. Así fue como nació el Código Penal de 14 de agosto de 1931, vigente en la actualidad, no obstante ha sufrido múltiples, derogaciones.

En este sentido y para poder determinar qué teoría de la pena adoptó nuestro actual Código Penal Federal, nos remitimos a la exposición de motivos del Código Penal de 1931, que a la letra reza.

## **"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

*Presentada al Congreso Jurídico Nacional reunido en la Ciudad de México en el mes de mayo de 1931, en nombre de la Comisión Revisora de las Leyes Penales.*

*Al iniciar los trabajos de la Comisión Revisora de las leyes penales, fueron propuestos algunos lineamientos generales, apoyados, perfeccionados y ampliados principalmente por los compañeros de Comisión, licenciado José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, y después, cuando se consolidó la Comisión redactora por los licenciados José López Lira y Ernesto Garza, así como por el señor licenciado y magistrado Carlos Ángeles, en la forma que se conocerá más detalladamente cuando se publiquen las actas de las sesiones respectivas.*

*Dichos lineamientos son fundamentalmente los siguientes:*

### **ORIENTACIONES GENERALES PARA LA LEGISLACIÓN MEXICANA:**

*Eliminar los residuos de sistemas feudales, (privilegios, fórmulas, ritos, verbalismo) y hacer leyes claras, prácticas y sencillas.*

*Adaptar las leyes a las necesidades y las aspiraciones reales (biológicas, económicas, sociales y políticas).*

*No sujetar servilmente la ley a la realidad actual y a la fuerza de los hechos v de las costumbres imperantes, porque eso sería fomentar el estancamiento, el retraso y el retroceso, sino hacer de la*

*legislación una fuerza viva y una orientación de progreso social. (El hombre no puede aumentar o disminuir las fuerzas naturales; pero sí puede encauzarlas y acelerar o retrasar su movimiento).*

*Procurar la uniformidad de la legislación en toda la República.*

*Consagrar como funciones del Estado las que son de interés colectivo y reclaman la intervención y vigilancia del Poder Público:*

*a) Control de los medios de producción mediante vigilancia directa, administración nacional, socialización o nacionalización, según lo permitan las posibilidades, (Leyes agrarias y Derecho industrial).*

*b) Coordinación de las energías productivas del país, facilitando la organización de la fuerza humana y el aprovechamiento de los recursos naturales.*

*c) Realización de las funciones esenciales del Estado moderno. (Política económica, fiscal, agraria, criminal, educativa, sanitaria, de comunicaciones, de regadío, etc.).*

#### **ORIENTACIONES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN PENAL**

*ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable.*

*La fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", debe completarse así: "no hay delincuentes, sino hombres".*

*El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son*

*múltiples: es una resultante de fuerzas antisociales.*

*La pena es un mal necesario, Se Justifica por distintos conceptos parciales; por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero fundamentalmente, por necesidad de conservación del orden social.*

*El ejercicio de la acción penal es un servicio público y de seguridad y de orden científico como crítica y como método.*

*El derecho penal es la fase jurídica, y la ley penal el límite de la política criminal.*

*La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito".*

*La manera de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por:*

- a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales.*
- b) Disminución del casuismo con los mismos límites.*
- c) Individualización de las sanciones. (Transición de la pena a la medida de seguridad).*
- d) Efectividad de la reparación del daño.*
- e) Simplificación del procedimiento. Racionalización Organización científica) del trabajo de oficinas judiciales.*

*Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones:*

- 1. Organización práctica del trabajo de los presos. Reforma de*



*prisiones y creación de establecimientos adecuados.*

*2. Dejar a los niños al margen de la función penal representativa, sujetos a una política tutelar y educativa.*

*3. Completar la función de las sanciones, por medio de a readaptación de los infractores a la vida social. (Casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.).*

*4. Medidas sociales y económicas de prevención.*

*Por lo que se refiere al pragmatismo, debe explicarse que sólo se trata de eliminar los problemas clásicos de la metafísica, (origen de la vida, fundamento de la existencia, libre albedrío), y ocuparse mejor de los métodos y de los instrumentos de conocimiento y de acción; procurar la economía del pensamiento, y la investigación de los problemas particulares y preferir a los enigmas insolubles, las teorías precisas y claras que cristalizan en medio de la complejidad y multiplicidad de las cosas y se orientan hacia todo aquello que pretende aumentar el poder humano de acción sobre el mundo.*

*No debe creerse que al hablar de pragmatismo se quiera ofrecerlo como un sistema o una escuela de filosofía. Se dice: una tendencia o una actitud pragmática; y aún podría ser menos: un instrumento de trabajo, un medio de prueba semejante a reactivo o piedra de toque.*

*Lo mismo que otros sistemas que se creyeron definitivos, el pragmatismo sólo ha quedado como un recurso más bien práctico que científico. Pero precisamente por ello es utilizable cuando se trata de tareas prácticas, y como elemento de equilibrio para contrarrestar los efectos de un exceso de teorías y de legislación verbalista. Como lo expresaba el propio William James: un hombre nuevo para viejas formas de pensar, no para buscar soluciones a los problemas eternos, sino para disipar las telarañas de la Filosofía.*

*Dice a este respecto el maestro Q. Saldaña:*

*"Para Duguit, el "pragmatismo" no es un método, es un arma que se emplea contra el enemigo subjetivismo jurídico. He aquí su táctica, en forma experimental: "Nos encontramos ante dos conceptos, es decir, dos ideas a las que no responde la observación de los sentidos y nos preguntamos si detrás de ellas hay una realidad; esa realidad existirá, y los conceptos serán verdaderos para el pragmatismo, sólo si tienen una eficacia en sus consecuencias, pues el valor de las ideas depende de su eficacia moral y social".*

*"Irremediablemente, quedó superado el Positivismo; cuyo método, la observación, conduce a obras frías y anémicas; ya que el observador se sitúa en un punto de vista exterior al fenómeno, extraño a la acción".*

*"El pragmatismo se enfrenta con la escuela clásica, para quién es problema de justicia la pena, y con la escuela positiva, que explica todo la necesidad. Y halla que no le interesan esas teorías. Se nutren de conceptos penales, no de cosas penales".*

*Así la idea de justicia, sea individual o social; el fin de la pena, ya se sitúe "en sí" (Kant), y fuera de sí (escuelas relativas, desde Feuerbach, Romagnosi y Bentham, hasta von Liszt, Garófalo y Ferri), se atajan el paso, hacia el porvenir fecundo de las trascendencias penales.*

*"La nueva teoría se apoya, en cierto modo, en el positivismo de la escuela italiana; acepta la doctrina de la responsabilidad legal o social, según la fórmula del eminente maestro Enrico Ferri. Así lo declaramos en el Congreso de Bruselas (1926): "Entre la doctrina*

*clásica de la responsabilidad moral y la del positivismo, de responsabilidad social, yo abrazo ésta sin titubear. Sin embargo, me atrevería a sugerir que ninguna doctrina puede encerrarse en una fórmula, como definitiva, ni rehusar ninguna evolución, sin desconocer sus propios intereses"*

*Por último, debe entenderse también que la utilidad que se persigue usando una actitud o una tendencia pragmática sólo se justifica si tal provecho es de servicio social, y en consecuencia, de utilidad permanente y colectiva.*

*De modo semejante cuando se admite una tendencia ecléctica, no se trata sino de una orientación para escaparse del dogmatismo unilateral o del sectarismo estrecho de una escuela o de un sistema. Ya es lugar común afirmar que el eclecticismo es sólo señal de mediocridad. El desdén para toda inclinación ecléctica es un rezago del positivismo dogmático, que se creía poseedor de la verdad absoluta y confiaba plenamente en el imperio de la razón humana. Es claro que no se puede construir un sistema filosófico ni sostener un credo religioso con procedimientos eclécticos. Tampoco es plausible un sincretismo que pretenda conciliar los conceptos contradictorios. Pero en Derecho Penal moderno, es imposible desechar una orientación ecléctica, en el buen sentido de la palabra, y sobre la base de usar crítica, lógica y discernimiento para acrisolar las doctrinas y las hipótesis diversas.*

*Dice Jiménez de Asúa:*

*"... La humanización de las penas coincide con la constitución de la ciencia del derecho penal bajo los auspicios de la escuela clásica, y el actual período llamado científico que en un principio pareció señalar el recrudescimiento de la represión y el desconocimiento de*

*los derechos del delincuente en aras de la defensa social, cada día acentúa más la conciliación del humanismo clásico con la dirección moderna.*

*A este período y con esta inspiración ecléctica pertenecen la multitud de códigos y proyectos que han visto la luz posteriormente a la guerra. Son los más notables: los códigos de la Argentina (1921); Perú (1924); Rusia (1926); Yugoslavia (1929); con vigencia desde el 1o. de enero de 1930 y los proyectos Suizo (1918); Italiano (el de Ferri de 1921 y el del Ministro Rocco de 1927); Alemán (1927); etc. "Lo censurable del nuevo Código (el español de 1928) no es su eclecticismo. Eclécticos son casi todos los códigos y proyectos modernos, y, sin embargo, los hay excelentes".*

#### IV

*En caso de admitir una filiación de escuela, únicamente con fines explicativos y fuera de toda sumisión estrecha o dogmática, podría señalarse la afinidad de nuestros postulados fundamentales con los principios de la llamada escuela crítica, "terza scuola" o escuela de juristas.*

*Los principios básicos de la tendencia o dirección neo-positiva o crítica fueron inicialmente:*

*I. Limitación de las doctrinas positivas eliminando sus puntos dudosos y exageraciones.*

*II. Autonomía del Derecho Penal frente a la sociedad criminal.*

*III. Negación del tipo criminal y atención preferente para los factores sociales de la delincuencia.*

*IV. Composición o transacción de la escuela positiva con la clásica.*

*Avanzando hasta las consecuencias finales de estos principios, con*

*la menor dosis posible de contemporización, se reconoce en las doctrinas positivas su aportación material de datos, su papel histórico como fuerza de renovación y de crítica contra los moldes antiguos y el aprovechamiento de serias reformas en la técnica.*

*Después, no sólo se reclama la autonomía, sino la rehabilitación y eminencia de la disciplina jurídica. En primer lugar, por la imposibilidad de usar exclusivamente las doctrinas positivas como fuentes de derecho puesto que ha sido y cada día es más difícil integrar un Código Penal de acuerdo con teorías combatidas y dispersas. En segundo lugar, porque el Derecho se ha renovado readquiriendo su categoría de fuerza social. Y en tercer lugar, en nuestro caso, porque al hacer estudios y plantear problemas de legislación penal y elaboración de un cuerpo de derecho, es natural que se adopte de preferencia la perspectiva jurídica.*

*La negación del tipo criminal nos lleva hasta el desconocimiento de la primacía de los factores orgánicos en la delincuencia, y el concepto de los factores sociales se extiende hasta abarcar el factor económico, entendido en su aspecto más amplio y llegando hasta la contingencia del acto delictuoso.*

*Por último, la composición o transacción con la escuela clásica debe hacerse no sepultando la antigua edificación bajo las nuevas construcciones, sino agregando al secular edificio las aportaciones admitidas por la razón y por la experiencia, sin que se puedan todavía destruir todas las fórmulas del sistema clásico, ni se deban cerrar las puertas a las nuevas modificaciones.*

*El concepto de la peligrosidad o temibilidad es aprovechable como un nuevo factor para agregarse a la clásica intención, al dolo, a la*

*malicia, y para servir juntamente con la inteligencia, la voluntad y el daño causado, como medida de valores penales. En lugar de que la ecuación de la métrica penal se haga solamente con los términos antiguos, se aumenta un término más, aunque sea nominalmente. Porque en el fondo, la intención y el propósito deliberado de causar un daño se tomaban antes como medida de penalidad, porque hacían presumir mayor peligro social. Y a la inversa las tendencias antisociales están ligadas a los factores de la intención dañada y del mal ocasionado, salvo contadas excepciones (locura, menor edad) que se resuelven de hecho lo mismo con las fórmulas antiguas que con las fórmulas modernas. Los graves problemas del derecho penal, se encuentran por otro rumbo muy distinto.*

*La escuela positiva primitiva quiso fundarse en la responsabilidad social, con eliminación absoluta de la responsabilidad moral y los elementos de conciencia y voluntad. La dirección crítica admite la responsabilidad social, desdeña el problema del libre arbitrio, y reconoce, entre los múltiples factores del delito, una parte, por escasa que sea, de la voluntad humana.*

*En la antigüedad, el albedrío, que se atribuía a sí propio el hombre, era considerado como un don del mundo superior. Hoy, la palabra voluntad sólo expresa una resultante, una especie de reacción individual que necesariamente sigue a una serie de excitaciones concordantes o contradictorias. La voluntad, la conciencia, el espíritu, son más bien experimentos o tanteos en el misterio, que lúcidos atributos.*

*Hasta pensadores tenidos como representantes de una tendencia positivista retrasada y en cierta forma reaccionaria, señalan las nuevas perspectivas de la ciencia. Véase, por ejemplo: "Una de las*

*características de la edad actual es la sorprendente rapidez en el cambio de las ideas: nacen, crecen, se agitan y mueren con una prodigiosa velocidad. Este ciclo se observa en todos los dominios del conocimiento.*

*"En biología, las ideas de la transformación de los seres por una evolución continua que tan profundamente habían impresionado al mundo sabio, apenas hace medio siglo, son abandonadas y reemplazadas por el principio de las mutaciones bruscas.*

*"Entre los resultados que han permitido transformar nuestras concepciones de la historia es preciso mencionar particularmente los relativos a la vida mental, estudiados por la psicología moderna.*

*"Esta ciencia ha revelado que el inconsciente, hereditario o adquirido, determina con suma frecuencia los móviles de la conducta; que las fuerzas místicas afectivas, muy superiores a las fuerzas racionales rigen este oscuro campo; que la unidad de la personalidad no es más que aparente, resultado de combinaciones momentáneas, dotándonos de personalidades sucesivas, cada una de las cuales predomina, según los acontecimientos". (Le bon.— "Bases Científicas de una filosofía de la Historia").*

*Los principios generales admitidos a manera de orientación, como se han expuesto, permiten imponer una economía estricta en la estructura de la nueva ley penal. No sólo se obtiene mayor claridad suprimiendo las declaraciones inútiles, contradictorias o susceptibles de confusión. Se evitan igualmente los problemas que no es necesario plantear en un Código que debe ser principalmente normativo. Quedan para la investigación científica de gabinete o de academia, los tradicionales problemas del derecho social de*

*castigar, los fundamentos de la responsabilidad, o el fin último de las penas. Se reservan como es debido para las discusiones escolares o las explicaciones didácticas las complicadas cuestiones de técnica que no tienen influencia sobre la acción represiva o preventiva. Por ejemplo, los matices y grados en el "iter criminis" con las antiguas e inútiles matizaciones del conato el delito intentado, el delito imposible, el delito frustrado; las clasificaciones artificiales de los actos delictuosos, las diferencias inútiles de exculpantes, eximentes, excusas legales o causas de justificación; las gradaciones minuciosas de la codelinuencia, las escalas artificiales y convencionales para nombres y medidas de pena o sanción y las detalladas explicaciones que intentan comprender o definir los hechos culposos. Se desechan igualmente, los problemas que no son sino cuestiones de palabras, como el uso del término sanción en lugar del de pena. Estos dos vocablos se usan indistintamente, porque en rigor significan lo mismo, no sólo por el significado usual, sino por su connotación de diccionario, y aunque tuvieran realmente un valor distinto sería desconocer las leyes de la semántica pretender que se cambiara un criterio colectivo por un simple cambio de palabras. Basta recordar que la voz presidio tiene un sentido protector y nobilísimo, sin que por ello la calificación de presidiario deje de sugerir la idea de la pena en su aspecto más duro y hasta infamante. Lo misma puede decirse de los delitos que se llaman de culpa y después imprudencias punibles, que se designan como delitos de imprudencia, siguiendo la forma del Código argentino, no porque se pretenda que todos los hechos incluidos como delitos no intencionales sean causados estrictamente por imprudencia, tomando esta palabra en su acepción gramatical limitada, sino simplemente por la necesidad de usar un término corto más aproximado al uso general de nuestro medio. El delito culposo no pasó, nunca de los círculos especializados en el Derecho. Y si*



*cualquier término es atacable examinado con rigor, es preferible usar el más breve y más cercano a la interpretación usual y popular.*

*Por último, los más numerosos y graves problemas de técnica y de función normativa que no pueden eludirse, se resuelven con la certeza de no obtener un resultado universalmente satisfactorio o por modestia falsa, sino porque la mayor parte de tales cuestiones jurídicas no han sido zanjadas definitivamente y algunas no pueden humanamente ser resueltas de modo absoluto. El límite justo del arbitrio, el mínimo y máximo de las penas, las formas de definir la reincidencia o las reglas de la prescripción, las figuras de delitos que se suprimen o se modifican, son motivo de constantes discrepancias, discusiones e interpretaciones y los autores difieren lo mismo que la jurisprudencia. Es necesario, en consecuencia, tomar una resolución, con la seguridad de que todos los que no encuentren sus ideas en consonancia con el caso, se sientan inconformes o despechados. Esto es un percance indispensable para toda empresa de reforma legislativa.*

## VI

*En la revisión de las leyes penales de acuerdo con los lineamientos que se han enunciado, no podría entrar la pretensión de llevar a cabo una obra sorprendente, original y de ambiciones personales en cuanto a la doctrina, la redacción o la técnica. Ya es bien sabido que abundan los proyectos y los estudios en esta materia. La tarea principal tenía que consistir en la selección de guías y en la adaptación de los principios a nuestra realidad social constitucional y económica.*

*Por eso deben señalarse, de modo especial, las principales fuentes de orientación que se han utilizado, partiendo de la edificación medular de nuestro Código de 1871 de los trabajos de revisión de 1912 y de la parte aprovechable de las reformas de 1929. En cuanto a la doctrina penal directamente aceptada, sin que por ello se reconozca sujeción de escuela, anotamos de preferencia a los maestros españoles: Saldaña. Jiménez de Asúa y Cuello Calón, no sólo por sus cualidades personales y a pesar de sus divergencias sino porque representan para nosotros la afinidad notoria del derecho penal español con el nuestro. Así como nuestro Código de 71 se empareja con el próximo inmediato y similar de España, nuestro Código de 29 en gran parte de lo que quiso establecer como avance, refleja el Código de 28 Español.*

*El fracaso de la escuela clásica, hemos dicho, debe remediarse por medios pragmáticos y jurídicos. Y se usa el término "fracaso" sólo por hacerse entender, porque en realidad la impotencia de la sociedad para suprimir el crimen se debe a causas mucho más complicadas que la deficiencia de la legislación penal. El argumento corriente en contra del sistema punitivo se funda en que no se ha disminuido la criminalidad, sino al contrario; pero no puede definirse con exactitud la relación de causa a efecto. La criminalidad ha crecido con la densidad de la población, con el urbanismo, con el industrialismo, con el capitalismo, con la democracia, son las confusiones cosmopolitas, con los cambios religiosos y de costumbres. El error radica en pedir a las leyes penales más de lo que lógicamente deba esperarse; además, no se puede saber cómo habría aumentado la criminalidad si se hubiera aflojado más aún la represión, ni nadie se atreve a proponer que se abran las cárceles y se supriman los servicios de policía.*

*La escuela clásica, más bien que un fracaso, ha sufrido la suerte de todas las obras humanas. Ha tenido que transformarse y pasar por evoluciones y revoluciones. Es decir, cambios lentos y cambios rápidos, superficiales o profundos. Su deficiencia consiste en arrastrar demasiado peso muerto, en estar cargada de fórmulas ya sin vitalidad, con figuras de delitos ya inusitados, con exceso de casuismo con una métrica de penas absurdas, rígida y paralizada. Esto es lo que se necesita reformar y revolucionar en ella, y no aumentar su complicación con nuevo aparato de casuismo y nuevas fórmulas que la recargan de rituales de ciencia y falsa y reglas tortuosas que evitan su popularización.*

*La idea de asimilar el derecho penal a la medicina, con todas sus apariencias y terminologías de novedad científica, no habría pasado en nuestro país de lucubración de gabinete, o de vulgarización periodística, o de tribuna en el Jurado popular, porque la falta de recursos económicos era en cierto modo una defensa para las experiencias aventuradas. El ensayo que se hizo con el sistema penitenciario, que fue un derroche de crueldad inútil y fría hubiera servido de escarmiento para no intentar reformas adoptando doctrinas con precipitación. Pero el Código de 29 incurrió en el doble error de desconocer las deficiencias económicas y de implantar en los textos legales todo el bagaje teórico de los autores y comentaristas de la escuela positiva, superpuesto sobre la antigua construcción clásica.*

*La comparación del derecho penal con la terapéutica puede realmente ser útil y sugestiva. Pero sólo induce a errores si se toma al pie de la letra, o si se pretende estimar la ciencia médica con el criterio positivista, mecánico y rígido, y las reacciones del cuerpo y del alma como fenómenos puramente físicos y químicos. Los*

*términos comparativos son útiles para la explicación cuando se usan con sobriedad y reserva. En esta forma, es admisible seguir comparando al crimen con una enfermedad y la pena con un procedimiento de higiene o de curación; pero sin que deba olvidarse que sólo se trata de un recurso didáctico o retórico, y que las semejanzas son más efectivas si se reconoce que ambas disciplinas –terapéuticas y penalología–, están en gran parte sujetas a normas conjeturales y problemáticas y en muchos puntos iniciando apenas su exploración por regiones llenas de sombra, precisamente en los casos donde la semejanza es más visible, como cuando se habla de enfermedades de la mente, cuestiones psiquiátricas, trastornos nerviosos, complicaciones de la herencia, lucha contra la prostitución, contra el alcoholismo, contra las enfermedades contagiosas y la toxicomania.*

## VII

*En cambio, al arbitrio judicial y la simplificación de las leyes, la opinión de los criminalistas es unánime. Será bastante anotar algunas de las más expresivas y autorizadas.*

*Según el penalista cubano Vieitez. se dice impensadamente que "el arbitrio judicial puede servir de arma política".*

*También el ejército, la marina, la policía, las instituciones todas pueden ser utilizadas en este sentido. ¿Debemos, pues, prescindir de ellas? Si el gobierno descende a este extremo, lo que menos necesita es de los tribunales; y si los magistrados están dispuestos a prevaricar, ¿precisan para ello del arbitrio judicial? o, como dice Ingenieros en asuntos parecidos: "Ello equivaldría a negar la importancia de la sueroterapia, porque algunos médicos infectan a*

*sus enfermos usando la jeringa o las manos sucias".*

*"Se arguye que los jueces se equivocarán frecuentemente en sus apreciaciones; pero si un médico se equivoca al aplicar una medicina a un individuo determinado, cuya idiosincrasia y comportamiento investiga y con motivo de la penetración de un hecho concreto cuyas circunstancias conoce ¿cuándo más no se equivocará el legislador estableciendo sanciones desde un gabinete de estudio, con respecto a casos que aún no han ocurrido y de sujetos absolutamente desconocidos?".*

*Cuello Calón, al aconsejar la redacción del nuevo Código español, dice: "En un sistema penal moderno deben tener amplia entrada el arbitrio, judicial y una íntima apreciación de la personalidad del delincuente. Es preciso demoler hasta los cimientos el sistema actual de las circunstancias atenuantes y agravantes, y abolir las reglas para la aplicación de las penas en su consideración... Este sistema subjetivo es el que ha inspirado los nuevos códigos argentino, peruano, los proyectos alemán, suizo, sueco, etc."*

*Ya Beccaria dijo que las leyes penales debían ser sencillas y que toda la fuerza de la nación debía emplearse en hacerlas cumplir.*

*Y Ferri: "Los códigos del futuro serán unas cuantas reglas generales confiadas a los juzgadores".'*

*Liszt afirma: "Nuestros Códigos van admitiendo simplificaciones en gran medida".*

*Sigíele añade: "Llámenos simplistas, si quieren, nuestros adversarios, pero nosotros queremos simplificar las abstrusas e inútiles clasificaciones clásicas".*

*El completo arbitrio judicial hará siempre joven al Código holandés de 1881. Quizás es el único que ha podido mantenerse sin ser criticado y prestando verdaderos servicios a su país y a la justicia".*

*Hasta él clásico Garraud expresa que "la historia de la penalidad, desde hace más de cien años se resume en la abdicación constante y progresiva del legislador en favor de los jueces y de las autoridades administrativas. El punto de partida es la pena estrictamente fijada por la ley: el punto de llegada es la amplitud del arbitrio judicial y administrativo". No sea la sentencia indeterminada. Sin llegar a la meta, encontramos como etapa el arbitrio judicial moderado.*

*El primer requisito de un Código Penal, expresa F. Consentini, es el de establecer reglas en forma clara y precisa, concisa, en artículos breves, cada uno relativo a un concepto particular, a un hecho concreto.*

*Requisito análogo es el de eliminar del Código toda enunciación de principios abstractos, de disquisiciones teóricas. Un Código no es ni debe ser un tratado científico; el juez que debe aplicarlo no necesita explicaciones teóricas que ha estudiado en la Facultad de Derecho, sino la aplicación práctica de ellas a los casos concretos.*

*"Otro requisito esencial para la redacción de un código inspirado en criterios modernos, es el de elaborarlo con método comparativo, es decir, aprovechando las fórmulas adoptadas en los códigos y en los proyectos de Código más modernos y reputados, considerando sobre todo, cuáles de estas fórmulas se adaptan mejor a la legislación nacional. Sería absurdo pretender originalidad en un campo tan amplio donde tantos ilustres penalistas han desarrollado*

*sus concepciones elevadas”.*

*Como argumento total, vale reproducir los siguientes conceptos de Jiménez de Asúa que pueden aplicarse en este punto a nuestro Código:*

*“Uno de los nuevos aportes del Derecho Penal de nuestra época, es el arbitrio judicial, que no sólo se halla en íntimo contacto con la garantía nullum crimen nulla poena sine previa lege, sino que crece y se desarrolla a expensas de esta máxima de arcaico sabor.*

*Pero modernamente resucita en la ideología de las nuevas escuelas y en los recientes Códigos y proyectos. No hay institución moderna que se conciba sin él: la individualización de la pena, y sobre todo, el estado peligroso, precisan absolutamente el arbitrio de los jueces.*

*“El Derecho Penal contemporáneo no puede actuarse sin él arbitrio judicial. Al introducir junto al delito —elemento concreto y definible—, el concepto subjetivo de la peligrosidad incaptable en fórmulas abstractas y sólo perceptible en cada caso individual, y al pedir la individualización de las penas y de las medidas aseguradoras, nos vemos forzados a permitir el más amplio arbitrio de los jueces”.*

*“Una de las más importantes novedades del Código de 1928, ha sido la mayor amplitud del arbitrio judicial. Con ser de las materias en que los legisladores se han tenido por más atrevidos, no han dejado de parecer tímidos a la crítica más imparcial. La misma exposición de motivos antes citada, dice: “Pero este criterio aparece en nuestro proyecto, no con la amplitud de otros recientes, como los alemanes y suizos, o en nuevos Códigos Penales, como el argentino y el peruano, sino de una manera discreta y prudente, incapaz de producir perniciosas consecuencias”.*

*Por último, para confirmar la justificación de un arbitrio judicial moderado en nuestro medio social y jurídico, deben agregarse estas razones fundamentales:*

*I. Dicho arbitrio ya existe de hecho. Las complicaciones del casuismo, la métrica penal y la interpretación aunque sea restrictiva de la ley, permiten a los tribunales estirar y aflojar la represión.*

*Pero esto equivale a un arbitrio clandestino, y torcido, mientras que su aplicación legal puede hacerse más racionalmente y aparejando la responsabilidad del funcionario con la ampliación de sus facultades.*

*II. La división de clases y de castas por diferencias económicas y raciales, ocasiona en México graves dificultades en la aplicación de las leyes (penales, particularmente por la existencia de grupos indígenas no asimilados. Estas desigualdades no se pueden remediar con leyes especiales, porque ello no sería sino multiplicar los defectos del casuismo. El único recurso es simplificar las normas y los procedimientos, dictando reglas amplias y genéricas que permitan efectivamente la individualización de las sanciones.*

## VIII

*Para los que creen todavía destruir totalmente a la escuela clásica atacando simplemente la doctrina del libre albedrío y encerrándose en el determinismo, es oportuno señalar en rasgos generales la posición más generalmente admitida de la filosofía moderna. "Es un hecho inexplicable, por lo demás, y hasta en cierto sentido excusable, que el postulado determinista aplicado a las ciencias*



*naturales y a las ciencias sociales, fuera considerado como principio absoluto por la escuela científica de la segunda mitad del siglo XIX. Lo que no era más que procedimiento de un método o hipótesis de investigación, o sea la suposición de un mundo exterior determinado, existente de manera objetiva y gobernado por leyes inmutables, se quiso convertir en verdad comprobada, en conclusión universal y cierta. Y esta exaltación coincidía con el triunfo efímero, pero en ciertos instantes casi indiscutido, de las teorías mecánicas que subordinaban el mundo a un sistema de ecuaciones y las fuerzas naturales a leyes de bronce concebidas de modo geométrico. Se pretendía explicar todo por acciones y reacciones calculadas hasta en su cantidad y se suprimía toda contingencia o toda intervención libre y humana. Las clasificaciones y los tratamientos inventados por la escuela positiva para la criminalidad corresponden a esta etapa científica. Pero, se afirma con razón, esta seguridad ilusoria ya no existe. A la visión rígida del monismo mecanicista se han superpuesto explicaciones más modestas. Desde Boutroux, William James y Bergson hasta Eucken, Henri Poincaré y Le Roy, han atacado el dogmatismo determinista. Las teorías científicas se suceden con rapidez a veces desconcertante y toman un carácter más bien formal y simbólico.*

*Las leyes naturales, que se creían rígidas, tienen solamente valor de probabilidades. (Para el derecho penal, particularmente, importa este concepto en lo que se refiere a la revolución orgánica y a la herencia. Aquí aparece claramente la noción de lo convencional en los actos humanos, la posibilidad de una elección, aunque no sea absolutamente libre y, en consecuencia, la posibilidad de aprovechar el efecto de la pena, sanción o castigo como un recurso de prevención y corrección que obra sobre la parte libre de la voluntad, o sobre los impulsos instintivos o el subconsciente).*

*La ciencia sólo puede presentar una parte escasa de la realidad, aislada y en forma de esquema, y en vez de una imagen de la naturaleza ordenada y clasificada, resurgen la indeterminación, la contingencia, lo problemático y conjetural, la elasticidad y complicación de la vida. Es decir, la fórmula lapidaria de Saldaña confirmada por Vaccaro y cuyas consecuencias pragmáticas no se han apreciado aún ampliamente. No hay delincuentes, sino hombres.*

*Como se ha dicho refiriéndose a la cuestión penal:*

*"El criminal es un ser absolutamente igual a aquel que no ha delinquido; es sencillamente un hombre que actúa en virtud de las mismas normas biológicas que rigen a todos los demás".*

*"Es irritante querer establecer dos castas; unos dirigidos al llamado bien y otros al llamado mal; el bien y el mal, la perversidad y la honradez para los efectos de la ley penal, son términos convencionales. No hay hombres buenos o malos por idiosincrasia; todos son hijos de las circunstancias".*

*La negación de toda escuela o sistema para fundamento exclusivo de un Código Penal no es propiamente una renuncia voluntaria sino forzada, porque no existe realmente tal escuela ni se encuentra en ninguna parte formulado un sistema integral de derecho punitivo. La propia escuela positiva, que llegó a tener caracteres de edificación científica, sufrió, primero la dispersión tripartita de Lombroso, Garófalo y Ferri; y éstos, a su vez, fueron transformando y evolucionando sus doctrinas.*

*La dispersión fue más notoria cuando la evolución del positivismo*

*impuso la revisión de la doctrina penal. La antropología criminal, la psiquiatría, las clasificaciones de delincuentes, el tipo criminal, las tendencias orgánicas delincuentes, la importancia de la herencia, del clima, todo quedó reducido a una tarea de investigación.*

*La generación educada en la escuela positiva, que creía asegurada la marcha progresiva de las doctrinas penales hacia la transformación de la disciplina jurídica en ciencia médica, ha sufrido mucho, antes de modificar definitivamente sus ilusiones. Hasta los maestros de autoridad más reconocida procuran atenuar la decepción aplazando la adopción de las doctrinas para un porvenir remoto.*

*Se teme como una confesión de impotencia el regreso a la escuela clásica.*

*Y realmente sería un retroceso volver a la escuela clásica si no se aclaran los conceptos, como se ha hecho con el pragmatismo y el eclecticismo.*

*El nombre de escuela clásica sólo se usa por comodidad: los que la atacan por la doctrina del libro arbitrio y la voluntad del delincuente que merece castigo por retribución, se dan el gusto de vencer fantasmas. Lo que se debe entender por escuela clásica es el conjunto de doctrinas, reglas y leyes, edificadas con la aportación secular de muchas generaciones, por experiencia y sabiduría.*

*En esta lucha, se había llegado a tomar como dogmas lo que ya no son sino lugares comunes del derecho penal. Por ejemplo: la vulgar divisa de ver las leyes penales no deben ser para castigar, sino para defender a la sociedad, lo cual es sabido y repetido desde que hay*

*asomos de civilización. O la frase: "no debe atenderse al delito; sino al delincuente", que no es más que una sutileza verbal, porque no hay delincuente si no se ha cometido un delito, y porque toda la obra de la escuela clásica y del derecho penal no es sino esfuerzo constante, lento, minucioso y hasta exagerado para obtener la individualización de las penas. No son otra cosa la clasificación de delitos por figuras que no sólo crean tipos abstractos de infracciones sino especies de delincuentes, y la división de los delitos por grados, los cuadros de la codelincuencia, las normas de la prescripción y las circunstancias excluyentes, exculpantes, modificativas, atenuantes y agravantes.*

*Es verdad que la llamada doctrina clásica en su conjunto y en su funcionamiento necesita reformas. Pero principalmente por medios administrativos, sociales y económicos, es necesario repetir muchas veces que la obra heroica de la reforma penal en México, como en todo el mundo, debe comenzar por la parte material y administrativa. Con los actuales recursos destinados a cárceles, casas de corrección y tribunales, los Códigos resultan principalmente trabajos de academia.*

*La defensa social tomada como doctrina y base de la legislación represiva, se equivoca al despreciar uno de los sectores del derecho, en cuanto este representa protecciones de bienes jurídicos. La tendencia admitida de transformar la represión punitiva, inclinándose hacia un sistema de protección y de curación de los delincuentes, es ciertamente característica en la evolución del derecho penal y por tal camino se inició la escuela clásica. Pero tal tendencia generosa y justificable en cuanto procura suavizar la suerte de los criminales, se vuelve una actitud dogmática, unilateral y estrecha, olvidando que la defensa social no es la única misión del derecho penal, ni tampoco*

*se trata en esta materia únicamente de proteger a los delincuentes contra los excesos o extravíos de la represión del Estado, sino de proteger a los no delincuentes y dar garantías a los hombres honrados de que no serán sujetos a esa protección o represión que la política criminal impone en la lucha contra el delito. Y esto corresponde a una disciplina estrictamente jurídica. Por eso se sostiene que el derecho penal, la ley penal, es una parte, pero también es el límite de la política criminal.*

## IX

*En derecho penal, la renovación del positivismo significa la dispersión, el descrédito de los sistemas creados.*

*El pragmatismo penal ya es lo que se llama una "actitud o una tendencia". La política criminal es, más que escuela, un concepto genérico que incluye tanto la disciplina escolar y la técnica, hasta la versión social. Tampoco se admite ya una "escuela práctica", sino un método.*

*Ahora bien, después de una orientación científica, que ya era algo académico y maduro en 1905, han venido a transformar y revolucionar el pensamiento de la humanidad civilizada grandes corrientes de fundamental importancia, que trascienden directa o indirectamente al derecho penal. En primer lugar, la escuela positiva se transforma con toda su aportación de esfuerzos críticos y de material de investigación.*

*Un segundo movimiento de ideología se marca con el retorno de las ciencias naturales, que se creyeron descartadas.*

*Nuevos conceptos de biología marcan otras rutas para el derecho penal, muy distintas de la simplista defensa social.*

*La gran guerra de 1914-18 trajo consigo una enorme revisión de valores sociales y espirituales. El derecho penal no se escapó a la convulsión, y su efecto, nuevos capítulos aparecen en las leyes modernas engendrados por la inquietud o la agitación de la guerra.*

*Pero la influencia de las corrientes intelectuales que nacen de la investigación científica y filosófica, no llega directamente al campo de la acción y de la práctica y ni siquiera al sector de la técnica jurídica. Este retraso se debe a la difícil penetración de las ideas, que deben luchar contra la inercia y la rutina, el misoneísmo y la ignorancia.*

*Una interpretación y un sistema de ideas tienen que sufrir a veces la suerte de un concepto de mística social o de propaganda política y pasar por complicadas filtraciones y vías estrechas antes de florecer y fructificar. Por ejemplo, las bases fundamentales de la idea de contingencia ya aparecían formuladas desde 1879, en la famosa tesis de Bo'utroux. Desde entonces el positivismo dogmático estaba minado por su base. Pero se ha necesitado recorrer el arduo camino que llega hasta Einstein, para que se incruste en el pensamiento colectivo la nueva interpretación de las leyes naturales con todas sus consecuencias. Y aún así, todavía se encuentran supervivencias del dogmatismo que creía haber dominado todo lo cognoscible y tener reducido a sistemas, encasillados, cuadros y clasificaciones la moral, la vida misma, y el infinito.*

*El pensamiento contemporáneo tiene matices que lo acercan a un nuevo humanismo, otra frase del Renacimiento, y tratan de limpiar*

*los excesos de lo romántico, de lo romántico, de todo lo que resulte obscurantista, dejando solamente de cada edificio de ideas la parte substancial y no efimera.*

*El mismo método debe aplicarse a las tendencias que parecen más actuales. Todo lo que en ellas resulta justificable, porque destruyen con razón o construyen con claridad, podrá transformarse en patrimonio humano cuando se desarrolle en el aire nuevo, definible por sus impulsos de libertad para el espíritu creador, simpatía y sencillez lúcida.*

*Todavía quedan, después de la guerra y sus incidencias, otros grandes movimientos que llegan al derecho penal. El primero de ellos se aparece rehabilitado en cierta forma y por renovación ideológica el antiguo materialismo histórico o más bien dicho, la interpretación económica de las ciencias sociales.*

*Con más o menos restricciones, se debe tener en cuenta en todo problema de derecho, que hay una base económica, una causa oculta en la técnica de la producción, que influye o condiciona las estructuras sociales, incluyendo, naturalmente, la envoltura jurídica.*

*Y por tanto, el derecho penal, visto como interpretación de una justicia de clase, no puede quedar, por ese concepto como fundado exclusivamente en la defensa social.*

*Por eso es indispensable tener en cuenta estos conceptos: la satisfacción de las necesidades biológicas constituye el fin de la actividad económica. La moral se relaciona con el funcionamiento y con la estabilidad de la organización económica. El derecho es el medio de consolidar la moral; el poder político sirve para asegurar el ejercicio del derecho; y la posesión de los instrumentos de*

*producción determina la formación de los grupos dominantes. En las tareas legislativas, que son esencialmente sociales, especialmente si se trata de una obra de renovación, de revisión y de reforma se debe con mayor razón anotar los puntos de la propia doctrina, fue expresan: la superestructura social necesita transformarse de acuerdo con las modificaciones de la base técnica; o, de otro modo, la forma tiene que adaptarse al contenido.*

*Si la ideología está en retraso, esto significa también retraso de la moral, retraso del derecho constitucional, civil y penal y aumento de las supervivencias o de fórmulas muertas, que son como material que estorba o intoxica el funcionamiento del organismo colectivo. La obra de adaptación se hace fatalmente por cambios meditados o por agitaciones bruscas.*

## X

*Las leyes penales han sido hasta ahora hechas para la defensa de la sociedad y, teóricamente para todas las clases que la componen; pero en realidad de modo principal, en beneficio de los intereses de las clases dominantes. Por fórmula tradicional, las leyes penales tratan de conservar y defender el orden jurídico constituido. La escuela clásica sólo ofreció fórmulas metafísicas al pretender fundar el derecho de castigar en conceptos religiosos, de justicia absoluta o de moral permanente. Y la misma inconsistencia se encuentra en las fórmulas de la escuela positiva, ya se hable de la defensa o de la responsabilidad social, si no se interpretan con sentido realista. Es más neto reconocer que cada pueblo tiene necesariamente la constitución social que resulta de las fuerzas organizadas por los grupos y clases que luchan entre sí, tanto en el interior como en el exterior. En consecuencia, cada pueblo también tendrá las leyes*



*penales qué en determinado momento son consideradas moralmente como necesarias, según los recursos disponibles para su aplicación, con el fin de conservar el orden jurídico existente. Y como la ley penal es, por esencia, política, debe tender, según la fórmula democrática, a defender los intereses de la mayoría sin agravar excesivamente las condiciones de la minoría.*

*De las múltiples definiciones o interpretaciones del fenómeno jurídico se desprenden estos tres conceptos esenciales: protección o defensa de intereses del Estado frente a los individuos —de los individuos frente al Estado— y de los individuos entre sí.*

*Pero el error y las confusiones se suscitan al pretender usar para la definición del Derecho cualquiera de estos tres conceptos aislados, o entendidos en su expresión literal y estrecha, o simplemente acumulados en una perspectiva inmóvil, estática y de conjunto.*

*Los tres aspectos que se indican no son sino los rasgos más salientes y significativos de una serie de fenómenos más complicados, que admiten las numerosas combinaciones de una ecuación de tres términos, presentadas en formas diversas y cambiantes.*

*En efecto: la defensa de los intereses del Estado se reviste con la fórmula de conservación del orden jurídico en ciertos momentos de una evolución nacional o social. Pero el Estado mismo no es sino una representación o ficción que en el fondo indica los intereses de las clases dominantes. Cuando una combinación de clases sociales lucha por la conquista del poder, ofrece fórmulas de derecho de carácter revolucionario, no sólo para justificar su acción, sino para atraer a su causa la fuerza latente y desorganizada de las clases*

*desposeídas. Cuando en vez de luchar por el poder se trata de conservarlo, las fórmulas jurídicas consagran de preferencia la protección del nuevo Estado. Y como una compensación o recurso para asegurar el equilibrio, se ofrecen las normas tutelares que rigen las relaciones de los individuos, en sus conflictos privados. Con la misma tendencia se fijan los límites de la acción eminente del Estado, que son a la vez defensa de los débiles contra los fuertes, (gremios, garantías constitucionales, organizaciones de trabajadores), y restricciones o válvulas de seguridad para no caer en la anarquía o en el desgaste rápido de las instituciones que se descomponen en dictaduras o en accesos críticos de revolución.*

*Un grave motivo de incompreensión que se opone al estudio de las doctrinas que podrían llamarse neo-marxistas, consiste en confundirlas con el positivismo que culminó hacia el final del siglo XIX. En realidad, este positivismo mecanicista, que está marcado con los nombres representativos de Comte, Darwin y Spencer, fue la rama derecha brotada del trunco hegeliano, que al principio pareció crecer y arraigar definitivamente. De la fuente hegeliana nacen dos corrientes, la evolutiva y la de la lucha de los contrarios. Esta última es la que aparece como rama izquierdista, y pretendiendo fundir el idealismo con el materialismo, produjo en el terreno científico lo que se ha llamado interpretación económica de la historia, en el sector político la revolución social fundada en la lucha de clases, y en el campo económico las nociones sobre la plusvalía y el trabajo como medida de valor.*

*Pero mientras la rama derecha del materialismo mecánico llegó a constituir casi una doctrina oficial de la civilización, la rama izquierda marxista quedó como energía larvada, sujeta a reprobación y anatema, condenada y oscurecida. En cambio, el movimiento*

*espiritualista, al imponer un balance general y una revisión en la escala de los valores científicos, ha hecho que renazca la interpretación económica de la historia, ya no como marxismo ortodoxo, ni como arma política, sino como instrumento de estudio y elemento de renovación.*

*En consecuencia, aunque sea con todas las reservas y las restricciones que se quiera, aun tomando las doctrinas de fundamento económico como una concesión a las ideas ambientes, o una simple modificación de la terminología y del tecnicismo de las ciencias sociales, no puede prescindirse de ellas en una tarea que pretende ser social y de orientación moderna.*

## XI

*Por lo que se refiere particularmente al derecho penal, semejante empresa apenas se ha intentado, y en realidad no se ha sentido para hacerlo una necesidad urgente, porque en las elaboraciones puramente legislativas no hay manera de imprimir una modificación substancial de acuerdo con los principios del socialismo, ya sea el original, utópico y desorbitado que se desarrolló con el positivismo, o el más realista, científico, racionalizado y moderno que por diversas vías está transformando al mundo.*

*De acuerdo con las opiniones más autorizadas en esta materia; el derecho criminal del socialismo no modificará su naturaleza ni su estructura, aunque se atenúe de un modo muy notable la intensidad de las reacciones primitivas, relacionadas con algunos grupos de delitos.*

*"No siendo fácil que desaparezcan totalmente los psicópatas*

*sexuales, ni los impulsos de pasión, ni mucho menos asegurar una adhesión absoluta y general de parte de los miembros de la sociedad socialista para "el trabajo obligatorio", se producirán los delitos específicos consiguientes, para contrarrestar sus efectos en la economía y en la organización colectivas, habrá de adoptarse un derecho criminal que las garantice. Es más: por razón indeterminada de la naturaleza de esta misma organización, los límites de semejante derecho se ensancharán considerablemente. En primer término, porque el derecho privado será absorbido casi totalmente por el derecho público, y siendo ésta la verdadera significación del derecho criminal, habrá de incorporar a su jurisdicción y competencia muchas cuestiones que hoy están fuera de él. Después, porque en la transformación de la propiedad y con ella la de un inmenso catálogo de relaciones de carácter patrimonial, muchas pequeñas responsabilidades de carácter civil, según el derecho reinante, se convertirán en penales".*

*En consecuencia, ya es inútil esforzarse por demostrar que no hay delitos, sino delincuentes, y que la tendencia del derecho penal moderno es alejarse del estudio del delito para concentrar su atención en el criminal. Más efectivo sería conceder la preferencia al concepto esencial de la pena, pero ni esto debe admitirse rigurosamente. Del delincuente, pena, reparación, represión y prevención, son elementos inseparables del mismo fenómeno social.*

*El problema jurídico penal consiste fundamentalmente en formar el catálogo de los delitos de acuerdo con la moral de cada época y de cada país, fijar la lista de las sanciones admitidas por el criterio social colectivo y establecer la adecuación personal, hasta donde sea posible, de las medidas represivas y preventivas, según las condiciones individuales de los delincuentes. Es decir, la relación*

*jurídica entre el delito, el delincuente y la sanción penal. Este no será el fin último; pero ni el más urgente y el más realizable. La prevención social, las garantías de la colectividad, la reparación de los daños, el cumplimiento de otras razones más complicadas y remotas, están o deben estar dentro del concepto de la sanción, pena o medida de seguridad, que es uno de los instrumentos de la acción social contra el crimen.*

*Las leyes penales, por ser instrumento para la justicia de la clase, se transforman mecánicamente, sin grandes modificaciones, en instrumento de la clase que disponga del poder político. Un Código Penal o un Código de Procedimientos penales considerados como mandatos legislativos simplemente fijadores de penas o sanciones y reglamento de aplicación judicial, sólo presentan problemas de técnica jurídica.*

*Lo que se ha tomado hasta ahora como derecho penal, ha sido más bien la forma externa, la manera física o los elementos preparatorios de la penalidad. La misma evolución histórica del derecho criminal aparece para el futuro bajo una nueva luz. La simplista evolución histórica del derecho criminal aparece para el futuro bajo una nueva luz, la simplista evolución de la venganza privada a la venganza pública y a la represión sistemática por el Estado, se queda en humilde postura de preceptiva escolar.*

*El contenido de la pena, dice Navarro de Patencia ("Socialismo y Derecho Criminal"), aparece definitivamente, según las investigaciones de los historiadores, "como un índice de crueldades variadísimas, incomprensibles hoy para nuestro medio moral, en que los azotes, las mutilaciones y la misma supresión pura y simple, del condenado, pudieran clasificarse con relación a otros castigos, como*

*procedimientos de relativa humanidad". Más adelante, este mismo contenido adquiere un fondo unitario, de aprovechamiento de las energías del condenado, en minas, galeras, bombas y arsenales, hasta convertirse con notas de mayor abstención para el dolor del condenado, en el presidio con aspiraciones industriales del segundo tercio del siglo pasado, donde comienzan a esbozarse ciertas indicaciones reformadoras; pero sin llegar a la aceptación de verdaderos principios de tratamiento y refiriendo la substancia de éste a lo estrictamente necesario para la observancia de la disciplina con el sostenimiento del orden interior dentro de los establecimientos de pena.*

*La venganza privada es realmente la pena de las tribus o agrupaciones rudimentarias. La venganza no se produce nada más como reacción ciega contra el daño. Tiene ya antecedentes que han trabajado en la subconciencia y han formado un mandato. Las agresiones se repelen y se castigan no sólo por egoísmo, sino como defensa familiar o colectiva en embrión. La pena-venganza corresponde a sistemas de producción rudimentaria de cazadores, indígenas o nómadas. No se puede aplicar la esclavitud, ni llegar a la composición pecuniaria, ni condenar con el trabajo o las especies del delincuente por ausencia de toda la organización.*

*La esclavitud o la servidumbre marcan un progreso sobre la forma bruta de la represión originaria, iniciando la curva complicada de la evolución de la penalidad. El derecho sigue con más o menos seguridad la misma evolución buscando las fórmulas tutelares que deben cubrir el contenido esencial de la pena y procurando adaptarse a las nuevas formas de la delincuencia. Cada nueva generación pretende orgullosamente haber logrado un triunfo moral y espiritual sobre la anterior, creando laboriosamente sus justificacio-*

nes. Pero sobre la base económica se eleva más o menos directamente la realidad social y política. Después se produce el complicado fenómeno de las reacciones y las influencias a todo lo largo de la estructura colectiva; pero el "hilo conductor", sigue llevando a la fuente: la técnica de la producción. La misma tendencia hacia la moderación y 'ablandamiento de las penas, es, en buena parte, obra de la modificación en el instrumental disponible para hacer efectiva la represión.

La venganza pública, o sea la segunda etapa de la penalidad, corresponde en nuestro ciclo cultural al régimen económico del feudalismo. Las clases que disponen de los medios de producción y son dueñas del poder político, (la nobleza y la iglesia), dan carácter a las nuevas formas de penalidad. Así aparecen la pena disfrazada de servidumbre y la organización carcelaria en los presidios y fortalezas de simple custodia corporal. La pena-retribución, la expiación, la purificación por el sufrimiento, con consecuencia de las instituciones teocráticas hasta llegar a la monarquía por derecho divino.

Luego, la revolución democrática trajo su nuevo instrumental de fórmulas bien conocidas, juntamente con las posibilidades de mejorar el sistema de represión en las grandes concentraciones urbanas. La historia del Derecho Penal, más que en la evolución de las doctrinas y las fórmulas, deberá buscarse en las formas cambiantes del hecho delictuoso y de la sanción represiva, que obedecen a la renovación de los usos sociales, industriales, económicos y políticos. Así podrá seguirse en un estudio especial la evolución de la penología más detalladamente, y al mismo tiempo con las complicaciones que engendran los fenómenos a veces confusos y borrosos de la transformación social y económica, con sus supervivencias y superposiciones, en medio de oscuras

*reacciones geográficas y biológicas.*

*Sólo podemos apuntar ahora las coincidencias más visibles. El Derecho Penal propiamente dicho, con su aspecto científico y clásico, adviene con la Revolución Francesa, que a su vez está ligada con el humanismo como antecedente y la gran revolución industrial como acontecimiento de fondo. Lo que se llama escuela clásica pura en derecho penal, corresponde a la substitución de las fórmulas feudales, teocráticas y monárquicas, por las democráticas, individualistas y burguesas que anuncian el traspaso de los privilegios de clase y los profundos cambios en la técnica de la producción.*

*Más bien que clásica, esta época de iniciación debería llamarse neoclásica, porque es en gran parte creación humanista y renacentista, con los rasgos característicos de buscar apoyo en la sabiduría antigua y ofrecerse en oposición a las doctrinas de esencia teológica.*

*El idealismo y el romanticismo tienen más bien aspectos de tendencias destructivas, negativas y críticas, como esfuerzos de transición. Por último, la concentración de energías que lleva el encumbramiento burgués hasta las formas plenas del capitalismo, coincide con la ciencia convertida en religión, engreída y exclusivista, produciendo en el apogeo del positivismo los sistemas penales penitenciarios de régimen celular con incomunicación absoluta, las cárceles con pretensiones de sanatorio y el trabajo forzado. Así se va pasando de la pena intimidación ejemplo, corrección y curación, a la pena defensa que señala el penúltimo esfuerzo de la metafísica jurídica. La etapa actual debe señalarse por la organización racional del trabajo en los establecimientos de reclusión, por la socialización*



*y racionalización de las penas (disciplina social) y los esfuerzos preventivos de la política criminal.*

*De otro modo, la envoltura y la forma tendrán que romperse tarde o temprano por la fermentación vital de la substancia y del contenido.*

## XII

*Después de la influencia de las doctrinas económicas, aún restarían otros factores importantes, como los últimos adelantos de la psicología, (variaciones de la personalidad, o sea el freudismo evolucionado, (Adler, Jung, Haeberlin); la racionalización aplicada al procedimiento de las oficinas judiciales; los nuevos métodos de trabajo preconizado para las cárceles; la experiencia de la criminalidad colectiva en los Estados Unidos; las nuevas formas de delincuencia engendradas por el tráfico y el uso de drogas enervantes. Todo está en vías de investigación, pero en cambio, ya puede tenerse como incorporado a la doctrina del derecho el impulso que ésta ha recibido, la enorme revolución que se inicia como resultado de las nuevas concepciones de la historia y de las ciencias sociales.*

*Será suficiente extractar en lo conducente algunas características doctrinales de actualidad.*

*Cada ciclo cultural tiene una personalidad propia, con su alma y su criterio, exclusivamente relativos al respectivo ciclo; por eso no se puede apreciar un fenómeno social en un ciclo cultural que no es el nuestro, aplicando sólo el concepto nuestro, pues los vocablos son los mismos, pero la idea es distinta. Así, el matrimonio no significa lo mismo en la cultura occidental, o en la antigua grecolatina, o en la*

*egipcia, en la china, o en la azteca.*

*En consecuencia, es preciso, para comparar los símbolos sociales de las diferentes culturas entre sí, hacerlo con la adaptación mental al criterio relativo de cada ciclo cultural. En el mundo moderno, sobre todo después de la manía codificadora napoleónica posterior a la Revolución Francesa, no se concibe la legislación sino con detalladísimos Códigos teóricos, que obedecen a principios abstractos, formulando en millares de artículos decisiones previas para todos los casos imaginables.*

*Cada derecho es la expresión de una clase social determinada, si bien se dicta en nombre de la comunidad. Eso explica que el marxismo doctrinario busque manifiestamente en la lucha de clases llegar a la fórmula de un derecho propio, también de clase.*

*La realidad de la vida demuestra, en cada ciclo cultural, que toda casta social ha determinado por separado sus derechos y que la relación que entre las diversas castas tiene su reglamentación propia.*

*No hace todavía medio siglo que la legislación de todos los pueblos de nuestro ciclo cultural desconocía los derechos más esenciales de la mayoría de los habitantes; es decir, del proletariado, y la nueva legislación social todavía no ha sido incorporada a todas las naciones.*

*En América hemos tenido, en la época precolombina, fenómeno análogo; en el ciclo cultural azteca, la escuela de derecho de Texcoco impuso al mundo mexicano el derecho de los vencedores. Y lo mismo hicieron más tarde los mexica, y por fin los españoles.*

*Esa interesante evolución del fenómeno jurídico en los primeros siglos de nuestra era, por lo general es omitida en toda historia universitaria del derecho. Porque los tratadistas, por lo común, siguen el esquema simplicista de la línea recta que, de la antigüedad, pasando por la edad media, los lleva a la edad moderna, y prescinden de lo demás como si no hubiera existido.*

*Por eso nuestros tratadistas no conocen sino el derecho tradicional romano y lo exponen como si se tratara de un cuerpo de un cuerpo de legislación que hubiera regido durante siglos el mundo, casi sin solución de continuidad.*

*La revolución en el pensar jurídico, por lo tanto, no se ha verificado aún; vivimos —en esto—, en plena edad media. Toda la ciencia jurídica del siglo XIX, y aun la del XX, con la serie de codificaciones y la colosal biblioteca de comentadores y tratadistas, no ha logrado emanciparnos de la adoración de los conceptos antiguos; ostensiblemente se ha producido la reacción contra su compilación y la ideología de los juristas romanos; pero el método y los prejuicios continúan inalterables. El derecho no debe estudiarse con criterio filológico, sino sociológico.*

*En la vida actual la experiencia se basa en los conceptos funcionales de fuerza, de trabajo, del espíritu de invención y de empresa, de condiciones, energías y talentos espirituales, corporales, artísticos, organizadores. Pero nos servimos de términos jurídicos que obedecen a conceptos antiguos, cuando la vida no soñaba en la posibilidad de desenvolverse como lo hace hoy, e insistimos en creer que tales conceptos antiguos deben ser inmutables. La interdependencia de los textos puede acaso aclarar el uso lógico de*

*los términos, pero no la vida que los originó; la simplista metafísica de los viejos conceptos jurídicos no puede resucitar en el pensamiento de los hombres de otras épocas, porque precisamente lo final y más profundo jamás se expresa en texto legal alguno, pues lo sobreentienden quienes lo redactan. Porque cada derecho, en cualquier época, es sólo derecho de la costumbre; por más que la ley defina el texto, es la vida quien lo crea. De ahí que, cuando el lenguaje jurídico y el significado de sus conceptos se trasplantan de una cultura a otra, resultan vacíos los conceptos y la vida enmudece; el derecho se convierte en una pesada carga, en vez de ser un arma de defensa, y la realidad se desenvuelve fuera de tal derecho escrito. Y por eso es que, al lado de los códigos elaborados se amontonan las leyes especiales, formando conglomerados a veces más complicados que el texto codificado.*

*El pensar nuestro es dinámico, siendo así que el romano era estático, por lo cual para nosotros lo importante son las fuerzas, acciones, relaciones, condiciones, talento organizador, espíritu de invención, crédito, ideas, métodos, energías y no la simple existencia de cosas corporales. Y nuestros Códigos pretenden, con la repetición de textos romanos, estáticos, gobernar un mundo de vida exclusivamente dinámica.*

*Es, pues, una exigencia ineludible de la civilización actual, en su momento presente, la de rehacer todo el pensar jurídico, análogamente a lo realizado en la física y matemática superior, obedeciendo al criterio estrictamente relativo de cada agrupación social que forme cuerpo de nación. Es necesario considerar en tal sentido el conjunto de vida social económica y técnica.*

*Indudablemente, los conceptos de Spengler no deben admitirse con*

*sumisión absoluta. Las rectificaciones y limitaciones ya se han hecho y se seguirán haciendo.*

*En el derecho actual las leyes y los principios jurídicos corrientes, se hallan frecuentemente prostituidos bajo la inconsciente adoración de los modelos antiguos; pero no debe creerse que esas aberraciones constituyen toda la ciencia del derecho moderno.*

*Una ciencia del derecho, con otro sentido, es necesaria para libertarnos del esquema de estos conceptos. Lo filosófico debe ser sustituido por una experiencia social y económica.*

*Y, hasta ahora, las reformas y las modificaciones revolucionarias que la ciencia ha traído al derecho, son principalmente negativas. Han sido de destrucción y de desilusión; por eso en la legislación se impone un trabajo de arrasamiento, para limpiar brozas, escombros y material parasitario. Es el principio de una nueva época o un nuevo ciclo en la evolución secular de las Instituciones jurídicas.*

*Una transformación del pensamiento jurídico común, por analogía de la alta física y matemática, será necesaria en el futuro; la vida común social económica y técnica la espera.*

*La obra en sí misma es modesta. Podrá tener importancia y utilidad si se complementa por medio de una aplicación honrada y una interpretación justa, y si las orientaciones que le han servido de guía pueden extenderse a los demás sectores de nuestra legislación, donde imperan todavía los formulismos, la casuística extremada y el peso muerto de complicaciones seculares.*

*Más que construir un edificio de legislación, lo que se ha intentado*

*es limpiar y preparar el terreno para que la reforma se haga más sabiamente y con más capacidad y discernimiento. Importa poco que nuestra orientación sea llamada neopositiva, o más o menos "acentuadamente" positiva. Lo que importa mucho, es el resultado práctico y la influencia doctrinal y social.*

*La misma falta de pretensiones excesivas permite presentar un cuerpo de leyes casi rudimentario y elemental. Por su brevedad y sencillez ofrece facilidades de estudio, y por su elasticidad permite que sobre él se hagan los trabajos de consolidación, de reformas sucesivas aconsejadas por la experiencia, de perfeccionamiento admitido por el progreso científico o por el aumento de los recursos materiales dedicados a la administración de justicia.*

*Las nuevas formas sociales podrán crear sus nuevas normas sobre un sistema de leyes que inician un nuevo ciclo. La enseñanza del derecho penal y su elaboración técnica se abren en nueva etapa, lo mismo que la jurisprudencia y la interpretación de los tribunales tienen un campo extenso para desarrollarse por otros horizontes. En vez de la métrica penal y los argumentos escolásticos, las sentencias tendrán que fundarse en hechos de influencia social y de individualización legal, dejando al mismo tiempo la acción libre para que un subsecuente esfuerzo de individualización administrativa cumpla su cometido en la aplicación de las sanciones o penas y en la humanización de los sistemas carcelarios y de excarcelación, porque tan importante es para la sociedad el acto de privar de libertad a un individuo como el de reintegrarlo a la vida libre.*

*Y, por último, se señala al Estado la urgencia de su misión en lo que se refiere a la defensa de la sociedad contra el delito'. De buena gana se hubiera querido hacer un Código de prevención junto al*

*Código de represión; y por lo mismo, se inicia un Código especial de ejecución de sanciones. Pero es preciso convencerse de que, aun cuando las leyes penales son por ahora preventivas y defensivas, sólo cubren un escaso sector en la tarea de la política criminal. Más que un código, la prevención del delito reclama un programa amplísimo de acción económica, social, política, educativa y administrativa. El derecho penal no es sino el instrumento jurídico de esa enorme empresa. Si pretende alcanzar más de lo que lógicamente puede cumplir, pierde fuerza y prestigio. Puede, en cambio, hacer mucho, como se ha intentado en los últimos proyectos de reforma, si al mismo tiempo que afianza sus propias posiciones, depura y perfecciona su técnica, se moderniza y se simplifica, y señala el camino para más altas tareas de reforma legislativa y social.*

*México, mayo-septiembre de 1931.*

*ALFONSO TEJA ZABRE.*

*NOTA: El anterior texto es visible en "Leyes Penales Mexicanas", Tomo 3. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 19/9, págs. 289 a 304.*

*También en la edición del lic. Teja Zabre, sexta de 1954, sobre ese Código, de Ediciones Botas, págs. 5a 45."*

En resumen las orientaciones que normaron los trabajos de la Comisión Redactora fueron las siguientes:

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal." Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula; "no hay delitos, sino delincuentes", debe completarse así; "No hay delincuentes, sino

hombres”, El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de Fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales; por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc, pero fundamentalmente, por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público, de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es “uno de los recursos de la lucha contra el delito”. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no lo proporciona la escuela Positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1) organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2) dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3) completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad condicional, reeducación profesional, etc.); 4) medidas sociales y económicas de prevención”.

La Comisión del Código de 1931 llegó a una postura pragmática, que es la que priva en el Código, como derivada de la política criminal.

## **5.2 ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PENA ADOPTADA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL**

La exposición de motivos de 1931, nos deja diversos principios de política criminológica moderna, que hoy por hoy debemos asumir y tomar en cuenta, pues en



esto no hay moda, sino ciencia que se ha de aplicar puntualmente si aspiramos al éxito.

Los comisionados que compusieron el Código no podían seguir exclusivamente una escuela, en un momento en que la lucha de escuelas desaparece y se perfila una tendencia unificadora de la Ley punitiva. Por otra parte, no se trataba de realizar una obra de tipo abstracto, sino una ley de carácter nacional o sea una norma protectora de los intereses mexicanos y de acuerdo con nuestro momento histórico.

Cuando al señalar las orientaciones de la Legislación Penal Mexicana se dice que ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, pueden servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal y que sólo es posible seguir una tendencia pragmática, o sea práctica y realizable, precisamente se rechaza el concepto de escuela penal como sistema cerrado y, por lo mismo, unilateral, consecuentes con la fórmula que sirvió de base, de que "no hay delincuentes, sino hombres".

Esta afirmación de que no hay delincuentes, sino hombres, por sí sola da a conocer el criterio en el sentido de que no se cree en la existencia de un tipo de delincuente, pues las clasificaciones que se han hecho, a pesar de ser importantes, tienen un valor sólo relativo, y en nuestra época quizá la única clasificación que ha logrado conservarse con valor práctico para la individualización de las sanciones, tanto judiciales como en la vida penitenciaria, es la de delincuentes primarios y habituales, con sus diferentes modalidades.

Precisamente la tendencia fue romper con las escuelas, en tanto que éstas por sí solas no sirvieron para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal, que como obra positiva, debe inspirarse en una doctrina, pero debe también atender a las necesidades reales, vivas, del país para el que se legisla.

La Comisión del Código de 1931 llegó a una postura pragmática, que es la que priva en el Código, como derivada de la política criminal. Sin embargo, el perfil de la nueva ley no podía abandonar las más importantes conquistas de la Escuela Positiva.

El criterio acerca de la naturaleza sociológica del delito, que sirvió de base a la Reforma Penal Mexicana de 1931. Se expresa con estas palabras: el delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es una resultante de fuerzas antisociales y encontramos entre las más conocidas al desempleo, la falta de oportunidades, la carencia de educación, y la insalubridad; en una palabra: la falta de desarrollo que conduce al delito.

Nos dice la exposición de motivos que hemos venido analizando que el delito es un hecho contingente que sólo puede ser definido con expresiones de gran generalidad. Dos dificultades pueden señalarse para definir el delito: la complejidad de elementos que integran su composición y la fluctuación de las ideas morales y de la ética social que determina su apreciación específica.

Afirma, y hoy nos debatimos en la peor crisis de la prisión, que la pena es un mal necesario, y la justifica sólo en conceptos parciales, como la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etcétera, pero indica con firmeza, que la pena se sostiene, fundamentalmente, por la necesidad de conservación del orden social, asimismo, dentro de la exposición de motivos se señaló que la sanción penal es uno de los recursos de lucha contra el delito, con lo que nos invitó a ser mas imaginativos en el diseño de nuestros instrumentos y políticas de prevención y combate al crimen.

Establece lo que ahora, en los trabajos de actualización del Ministerio Público, se define, esto es, "que el ejercicio de la acción penal es un servicio público, pero además, de seguridad y orden".

"El derecho penal es la fase jurídica, y la ley penal el límite de la política criminológica. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito". Con lo que nos invitó a ser más imaginativos en el diseño de nuestros instrumentos y políticas de prevención y combate al crimen.

Recomienda el texto que explicó el Código de 1931, que con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, a través y principalmente por la:

- Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
- Disminución del casuismo con los mismos límites;
- Individualización de las sanciones. (Transición de la pena a la medida de seguridad);
- Efectividad de la reparación del daño;
- Simplificación del procedimiento. Racionalización (organización científica) del trabajo de oficinas judiciales.

Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones:

- Organización práctica del trabajo de los presos. Reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados;
- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa;
- Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación de los infractores a la vida social. (Casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.);
- Medidas sociales y económicas de prevención.

Por cuanto al pragmatismo para abordar los trabajos relativos a la prevención y combate al delito, apoyémonos en el legislador de 1931, que decía:

"...Por lo que se refiere al pragmatismo, debe explicarse que sólo se trata de eliminar los problemas clásicos de la metafísica (origen de la vida,

fundamento de la existencia, libre albedrío), y ocuparse mejor de los métodos y de los instrumentos de conocimiento y de acción; procurar la economía del pensamiento, la investigación de los problemas particulares, y preferir a los enigmas insolubles, las teorías precisas y claras que cristalizan en medio de la complejidad y multiplicidad de las cosas y se orientan hacia todo aquello que pretende aumentar el poder humano de acción sobre el mundo..."

No debe creerse que al hablar de pragmatismo se quiera ofrecerlo como un sistema o una escuela de filosofía. Se dice: una tendencia o una actitud pragmática; y aun podría ser menos: un instrumento de trabajo.

Lo mismo que otros sistemas que se creyeron definitivos, el pragmatismo solo ha quedado como un recurso más bien práctico que científico. Pero precisamente por ello es utilizable cuando se trata de tareas prácticas, y como elemento de equilibrio para contrarrestar los efectos de un exceso de teorías y de legislación verbalista.

Y ya para cerrar la exposición inicial del Código, el legislador de 1931 nos deja la lección imperecedera de política criminológica:

*"...Y, por último, se señala al Estado la urgencia de su misión en lo que se refiere a la defensa de la sociedad contra el delito. De buena gana se hubiera querido hacer un Código de prevención junto al Código de represión; y, por lo mismo, se inicia un Código especial de ejecución de sanciones. Pero es preciso convencerse de que, aun cuando las leyes penales son por ahora preventivas y defensivas, sólo cubren un escaso sector en la tarea de la política criminal. Más que un Código, la prevención del delito reclama un programa amplísimo de acción económica, social, política, educativa y administrativa. El Derecho penal no es sino el instrumento jurídico de esa enorme empresa. Si pretende*

*alcanzar más de lo que lógicamente puede cumplir, pierde fuerza y prestigio. Puede en cambio hacer mucho, como se ha intentado en los últimos proyectos de reforma, si al mismo tiempo que afianza sus propias posiciones, depura y perfecciona su técnica, se moderniza y se simplifica, y señala el camino para más altas tareas de reforma legislativa y social....”*

La pena ha de tener un carácter, sí, retributivo, pero fundamentalmente inhibitorio para los delincuentes más peligrosos; en estos casos, la pena ha de guardar en todo caso su papel de instrumento sancionador, pero también protector de la sociedad, a través de la segregación. En los casos de delincuentes primarios, ocasionales y no peligrosos, por el contrario, la segregación debe evitarse, pues no es con encierro como se corregirán defectos en el encausamiento conforme a sentido, de la libertad.

En el campo especulativo, preocupa a las diferentes escuelas en Derecho Penal encontrar el fundamento doctrinario de la justicia penal. Las clásicas preguntas de: ¿en nombre de qué se pena?, ¿en virtud de qué poder la función punitiva corresponde al Estado?, permiten asomarse a interesantes cuestiones de filosofía del derecho. Desde un punto de vista positivo, consideramos la represión como una consecuencia orgánica y necesaria de la vida social y jurídica. Siendo una necesidad inherente a la vida social la norma jurídica, lo es en consecuencia la sanción pública, ya sea civil o penal. Fuera de este carácter de existencia permanente y universal del fenómeno de la represión, que integra la trilogía de conceptos: delito, delincuente y pena, el contenido y fines de estas palabras varía según el criterio moral de determinado grupo social.

En otros términos, cada pueblo tiene las leyes penales que en determinado momento considera moralmente como necesarias para conservar el orden jurídico existente y para restablecerlo cuando es quebrantado.

### 5.3 EL AUMENTO DE LAS PENAS COMO MEDIO DE PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.-

En el Derecho Penal podemos hablar particularmente de dos clases de prevención; la general y la especial, la primera le asigna como fin a la pena el que mediante su amenaza y aplicación trate de impedir el desarrollo de la delincuencia, al apartar de posibles actividades criminales a quienes sientan la tentación de cometerlas. De acuerdo con autores tan destacados como Beccaria o Romagnosi, y ya superada la idea de la ferocidad del castigo, anterior a la Revolución Francesa, la eficacia preventiva general de la pena descansa sobre la convicción colectiva de la certidumbre y prontitud en la aplicación de las sanciones. Lo contrario, por supuesto, es lo que se puede llamar impunidad directa o indirecta (falta de pena o deficiente aplicación de la pena, ambas con las mismas consecuencias negativas). A su vez la prevención especial, que es también una de las finalidades atribuidas a la pena, consiste en evitar que el reo de un delito recaiga en la conducta criminosa (reincidencia); teniéndose al respecto dos caminos, el de la inocuización del delincuente (eliminación, muerte o segregación perpetua) y el de la enmienda del delincuente por medio de la privación temporal de su libertad, pero a condición que se le reeduce y readapte socialmente. Siendo éste el fin primordial de la pena para autores igualmente importantes como Alimena, Montero.

Por supuesto que es necesario apartar de posibles actividades criminales a quienes sientan la tentación de reincidencia. Pero y amplíe el espectro ideológico de la prevención hasta el extremo de considerar que esas posibles actividades criminales tiene un foco criminógeno que hay que combatir, tanto como que es utópico suponer que la reeducación y readaptación social del delincuente es dable en una sociedad de suyo también criminógena. En el derecho penal se ha hablado siempre de causas exógenas y endógenas de la criminalidad, aunque no hay la menor duda de que las mismas se han acrecentado. En consecuencia hay que atenderlas y estudiarlas para así mismo prevenirlas en lo posible. Al tenor de ello se ubica en la prevención especial este concepto: hay que prevenir que me roben.

Aunque de manera similar se ubica en la prevención general hay que prevenir que se robe.

En este tenor, en la exposición de motivos se señaló que "El derecho penal es la fase jurídica, y la ley penal el límite de la política criminológica. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito", con lo cual, como se señaló en el capítulo anterior, nos invitó a ser más imaginativos en el diseño de nuestros instrumentos y políticas de prevención y combate al crimen.

Ahora bien, debemos empezar diciendo que, durante los primeros cuarenta años de vigencia del Código de 1931, el comportamiento de lo antisocial en México mantuvo patrones de "normalidad" en cuanto a sus características, etiología, causas y efectos sociales; vivimos, hasta bien entrada la década de los setenta, con una delincuencia ocasional, muy tradicional y prácticamente aldeana; esto es, un hampa básicamente urbana, muy reconocida en sus dinámicas y modos de operación y fácilmente contenida y controlada.

De ahí que se mantuvieran índices de delincuencia soportables y ajenos a sensaciones sociales de riesgo o que pudieran convertirse en demandas de la comunidad reiteradas y sentidas. A mediados de esa década de los setenta hace su aparición fuerte y atemorizante una delincuencia organizada, desconocida para los mexicanos.

Las razones de esa aparición en nuestros escenarios de lo delictivo las encontramos en varias concausas que, unidas, conspiraron eficientemente a la prosperidad de ese crimen organizado, a saber: un combate eficaz durante la posguerra a las mafias y grupos criminales europeos y asiáticos, que trastocaron las antiguas rutas del narcotráfico a los países occidentales; un mercado de drogas, ávido y enorme que emerge en la nación norteamericana, básicamente en sus márgenes de población juvenil, bajo dos auspicios fundamentales: por un lado, los efectos psicosociales de la guerra de Vietnam y sus secuelas, y por el otro, un

movimiento juvenil —el hippiesmo—, que con sus costumbres, hábitos, cultura y desafío al orden establecido propician e invitan al consumo y abuso de enervantes; y la circunstancia geopolítica, orográfica y social de México, que con 3,000 kilómetros de frontera con ese enorme mercado norteamericano, sus altas, desoladas y aseleadas montañas y sierras propicias para la siembra de marihuana y amapola y la posibilidad de promover el apoyo de algunos malos mexicanos, vía corrupción, hicieron factible presentar a nuestro país como un territorio ideal para que las organizaciones criminales internacionales actuaran con relativa facilidad y éxito.

La aparición y actuación de esos grupos criminales en nuestro territorio nos sorprendió literalmente a los mexicanos, con marcos jurídico-penales inadecuados y obsoletos, instituciones de prevención, persecución y sanción de delitos rebasadas, anquilosadas y débiles, personal de policía corrupto y no apto para esta nueva confrontación, ausencia casi absoluta de tecnología moderna y una total incultura ciudadana con relación a la actividad y presencia del crimen organizado internacional, lo que, naturalmente, permitió la prosperidad de una nueva antisocialidad, muy agresiva, tecnificada, poderosa y capaz de mantener en la impunidad sus actos ilícitos.

Al concluir el siglo XX, México se encontraba y se encuentra hoy mismo, desprotegido desde el punto de vista de su política criminal, para contender con esta emergente delincuencia organizada, añadido a esto, el desempleo la corrupción y la impunidad que afectan severamente al país.

Nuestro país ha ido enfrentando un gran problema de seguridad que ha ido en aumento día a día, originada por los factores señalados en párrafos anteriores, ante lo cual las pasadas administraciones así como el actual gobierno del país, han enfrentado la inseguridad por medio de las leyes, de los códigos y de la proliferación en ellos de los tipos penales tanto como en el aumento de las penas privativas de libertad, encuadrando a su vez, más delitos como graves, endureciendo así el régimen sancionador, es decir en otras palabras represión y coerción, como



método de prevención y control de la delincuencia, buscando así inhibirla.

En efecto, las múltiples reformas de ha sido objeto nuestro Código Penal, se han hecho pensando en que se puede enfrentar la inseguridad reinante por medio de las leyes, de los códigos y de las proliferación en ellos de los tipos penales tanto como con el aumento en la cantidad de las penas; creemos que la intención del legislador es, básicamente, agravar las penas, basados en que las penas más largas de prisión tendrán mayor eficacia preventiva.

Entendiendo así a la política criminal sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de delincuencia.

En este sentido, cabe recordar verbigracia lo señalado por el Jefe de Gobierno del a Ciudad de México, Andrés Manuel López Obrador; lo cual se hace sin el objeto de politizar el asunto, el funcionario afirmó que a partir de las reformas recientes al Código Penal del Distrito Federal, que castigan con mayor severidad el delito de robo y la reincidencia (no se tiene en la especie derecho a la libertad bajo caución), se ha incrementado el número de aprehensiones; lo que puede reconoció, significar un crecimiento de la población interna den los penales capitalinos. Aunque esto, a su juicio, siempre será mejor que los delincuentes circulen libre y tranquilamente en las calles.

De igual forma, se trae a cita lo señalado por el Secretario de Seguridad Pública de la Ciudad de México, Marcelo Ebrard, al proponer, aunque parece que luego dio macha atrás, que las famosas arrancadas, llamadas entre nosotros "arrancones", a cargo de jóvenes que manejan sus automóviles a altas velocidades, lo que en muchos casos han tenido consecuencias dramáticas, fueran tipificadas como delitos en el Código Penal. Esto es un absurdo mayúsculo ya que jurídicamente tales acciones no pueden ser delictivas, pues carecen de los ingredientes imprescindibles propios de la conducta criminal. Lo que si deben ser es

causa de severas infracciones en materia de tránsito, con multas considerables y retiro de la licencia para conducir vehículos de motor.

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que el tema de la seguridad pública hoy en día, tenga uno de los primeros lugares en la agenda de gobierno.

La seguridad pública pese a ser un tema de moda en nuestro mundo contemporáneo, no es algo nuevo; es más, el concepto es pilar en la construcción del Estado. La seguridad no es una frase reducible al evento delictivo, el término seguridad va ligado a una sensación, a una preparación de certidumbre de mantener la vida, la salud, la libertad entre muchos otros valores fundamentales de la sociedad.

La construcción de seguridad, adquiere el matiz público cuando el estado asume el compromiso de otorgarla. Se debe recordar que la conformación del estado moderno, se da por la cesión de espacios de libertad de los hombres que confían en la creación de ese ente superior como lo adecuado para regular la vida en sociedad. Nuestro país enfrenta el difícil reto de dar respuesta adecuada al reclamo de la sociedad de someter a los sujetos que la agravan, a un proceso penal que determine su responsabilidad y por ende de encontrar los elementos probatorios objetivos que determinen ésta, posibilitando la sanción adecuada al nivel de reprochabilidad social por la conducta cometida.

La sanción penal y la prisión deben manifestarse desde un enfoque sistemático; la seguridad pública no es un mero acto aislado de una sola instancia, sino que corresponde a la obligación del Estado de garantizar la paz social y la sana interacción de los habitantes.

La sanción penal responde a un desarrollo histórico del derecho punitivo que ha logrado hacerla más humana. Las teorías de la pena generalmente encuentran su razón de ser en el fin de posibilitar la vida en comunidad luchando

contra el delito. La pena se orienta a futuro y busca prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social para contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad.

El jurista debe ser un investigador social que analice y estudie los diversos elementos y componentes en juego dentro de la sociedad, en consecuencia, represión y coerción nada tienen que ver con el sistema nacional de seguridad pública.

Un adecuado desarrollo de políticas sociales permitirá elevar aspectos como la educación, el empleo, la salud, entre otros factores que pueden ser elementos de aparición de conductas antisociales. Esto implica atender la probabilidad de su aparición desde antes que exista siquiera el ambiente propio para su desarrollo, genera además el vínculo necesario entre la política criminal y las acciones sociales del Estado, para comenzar así a trazar los puentes con el carácter subjetivo del concepto, dando inicio a la tan alejada confianza de la sociedad en las instituciones estatales.

#### **5.4 INEFICACIA DEL AUMENTO DE LAS PENAS COMO MEDIO DE PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL**

No compartimos la asunción de que mediante unas normas penales más rigurosas o una aplicación más despiadada de las vigentes pudiera solucionarse el problema de la criminalidad.

En efecto, así no se combaten la epidemia o la endemia criminal prevalecientes. Creemos que el Estado y muy concretamente el Poder Legislativo deben fijar su atención, primero, sobre todo, antes que modificar, reformar o crear nuevas leyes y códigos, en los grandes problemas sociales que propician la violencia y el delito, la inseguridad que nos abrumba y la constante alteración al propio Estado de Derecho, y que son, entre otros, los siguientes: la pobreza, la incomunicación, el

abuso de autoridad, la impunidad, la crisis familiar, la transculturación con la consecuente importación de valores ajenos a los nuestros, la crisis económica, el narcotráfico, la deficiencia en la educación, las malas leyes, la falta de autoridad en el acatamiento de la ley, el mal manejo de los medios masivos de comunicación. Todo esto favorece e impulsa una sociedad criminógena.

Y qué decir de la Justicia penal. No puede haberla si el país es un caos de incertidumbre y desconfianza, si la inseguridad jurídica prevalece por la constante alteración y modificación de las leyes. Los tribunales, los jueces, que tienen que vérselas con procesos cargados de delitos, merecen en su esfuerzo cotidiano que haya menos delitos y que el espacio que la inseguridad concede al crimen sea cedido a una seguridad creciente en que se respeten los derechos del prójimo. Ya se sabe que la erradicación total del crimen es una utopía. Pero lo catastrófico es que la inseguridad criminal se vuelva una tormenta que no cesa, incontenible, y que la paz social se altere al grado de afectar las estructuras del poder que poco a poco se vuelven inoperantes por la desconfianza que su ejercicio acarrea. Y así aparecen los fantasmas de la simulación, de la ineptitud, de la desconfianza.

Nuestros problemas no están en el quantum de la pena, ni tampoco en el refuerzo físico de nuestras fuerzas del orden público; en rigor, nuestros problemas se reducen a la elevada tasa de impunidad en que vivimos, a una ausencia casi cabal de una cultura social de la legalidad, que propicia desorden social y corrupción y a la falla de información e inteligencia policiales y de una política nacional firme, homogénea y decidida de orden criminal.

La lucha contra la delincuencia no es un tema que pueda politizarse ni dejarse al rejuogo de las filias y las fobias partidistas; pagaremos a costos enormes el dejar que sean las sensaciones y ofertas políticas las que decidan el rumbo y las formas para confrontar al crimen. Se trata de temas que exigen conocimiento profundo para su operación. Sólo los especialistas más enterados podrán aportar soluciones viables.

El país requiere, primero, contemplar el problema de manera integral, analizando causas y efectos de la delincuencia: lo antisocial no se combate tan sólo con respuestas represivas, pues antes es necesario cancelar los disparadores de ello, que no son otros que el rezago social, las perturbaciones económicas y el abandono de nuestros auténticos patrones culturales, sin embargo se sigue pensando de manera equivocada que se puede enfrentar la inseguridad reinante por medio de las leyes, de los códigos y de las proliferación en ellos de los tipos penales tanto como con el aumento en la cantidad de las penas. Lo que es un absurdo mayúsculo porque con ello se distrae la atención de las verdaderas causas de la inseguridad, la violencia y del delito.

Sabemos que penas más severas no siempre resultan en la inhibición del delito, conocemos que éste tiene múltiples factores que son estudiados por la ciencia criminológica. (¿por qué no se toma en cuenta esta ciencia para prevenir delitos y no únicamente se aumentan penas para atacar la delincuencia?).

Leyes severas significan más reos pero no menos delitos por lo que es labor fundamental del Estado mexicano el buscar mayor apoyo a las diversas formas de prevención de la delincuencia que el hacer más severas las normas, en todo caso se consigue un efecto intimidatorio mayor con la certeza de la aplicación de la pena, con una garantía de seguridad en la procuración y administración de la justicia, que con el aumento de las sanciones.

Resulta incongruente suponer que los delitos más atroces desaparecerán si usamos la guillotina o la cámara de gases. Nuestra sociedad debe ser, en cambio, educada, dirigida, orientada. Y no hay verdadera pedagogía social cuando empleamos el castigo terrible e irremediable buscando ocultar los defectos de todos en el crimen de uno.

Nadie podrá sostener que sólo con mantener a los presos guardados en

ese edificio, hayan quedado cumplidas las miras del legislador sobre este punto.

En cuanto a los máximos penales, creemos que un sistema penal debe tratar de ser sincero y el código penal no debe engañar a la población y conminar penas racionales pero que se cumplan y no establecer máximos irracionales, pero que son ilusorios desde el inicio, porque todos sabemos que no se cumplirán; porque nuestros hijos y nietos no estarán dispuestos a cargar con ellos y con sus costos sociales, en detrimento de los problemas que deberán afrontar en su presente .

Cabe recordar, que nuestras cárceles no están sobrepobladas de condenados, sino que lo están de procesados, debemos de dejar de incrementar el número de presos, porque si tenemos cárceles sobrepobladas y construimos nuevas cárceles, lo único que tendremos será más cárceles sobrepobladas.

La tradición histórica nos ha señalado que ningún país que ha eliminado la pena de muerte ha tenido un incremento en su criminalidad, ni tampoco quienes la han instaurado ha visto descenso en estos índices, por lo que se concluye que esta pena no intimida al delincuente y sólo se convierte en un hecho de burda eliminación.

La sobrepoblación penitenciaria ha sido provocada, básicamente, por tres factores: a) el exceso en el empleo de la prisión preventiva y de la prisión como pena, b) el rezago judicial y c) la insuficiencia de la capacidad instalada.

Estimamos que la pena es personal, en el sentido de que una persona únicamente puede ser penada conforme al delito que comete, pero la pena no puede fundarse ni agravarse en razón de acciones de terceros o de una publicidad generadora de inseguridad, en suma se refleja una tendencia equivocada en la lucha contra la inseguridad, la de querer enfrentarla con reformas a las leyes y a los códigos creando nuevos delitos y aumentando las penas. ¡Ese no es el camino!.

Siento entonces, que en el caso el concepto de la seguridad pública se ha

visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, policías contra ladrones, viéndose reducida a ello la política criminal.

Es impostergable estructurar una Política Criminal represiva-preventiva en la que no se confundan ni se mezclen las áreas correspondientes a la acción del gobierno, por una parte, con las de procuración e impartición de Justicia. O sea, al Ministerio Público y al Poder Judicial, local o federal, del fuero común o del fuero federal, no les corresponde atender a la seguridad y la creciente inseguridad. Lo que significa que leyes y códigos, procuración e impartición de justicia, nada tiene que ver con el asunto ya que intervienen a posteriori de la comisión del delito. Y de lo que se trata, como se ha dicho, es de evitar que el delito se cometa buscando y localizando, incluso, los "nidos criminógenos" es decir, las fuentes de la epidemia o de la endemia criminal. Y grave error, gravísimo, es o sería querer abatir la delincuencia enviando a los delincuentes a las cárceles, promoviendo así una sociedad malsana, soterrada, casi subterránea que es germen de futura inseguridad.

Añádase al respecto que ningún sistema penitenciario resiste la sobrecarga poblacional de reclusos al extremo de la macrocefalia. Aquí se quiebran o se quebrarían todos los principios concernientes a la reeducación y readaptación social del delincuente.

Resulta entonces alarmante y preocupante, la reiterada insistencia de algunas autoridades al suponer que leyes y tribunales sirven para erradicar el delito, cuando estos sólo se aplican y funcionan después de cometido el mismo. Y lo que se debe buscar precisamente, es evitar su comisión.

Se dice mucho que el problema principal de México es la falta de educación, más aún, de cultura, pero educación y cultura implican correspondencia, es decir, que se tiendan puentes y vasos comunicantes entre gobernantes y gobernados sobre la base de aquellas cultura y educación. O sea, que la cultura tan necesaria equivalga a una armonía de todos, sin descréditos, desconfianzas,

prepotencias o miedos. Esto favorecería enormemente una atmósfera social de seguridad pública. No es una fórmula, es una esperanza, no es una receta, es un proyecto. Pero pongamos manos a la obra o acabará por devorarnos la violencia en perjuicio de la paz propia. El verdadero peligro es no saber cómo enfrentar el peligro y quedarnos rezagados en el ritmo creciente del progreso espiritual y moral. En otros términos, ninguna obra o acción política tienen sentido, ningún plan de gobierno es coherente y patriótico, ningún proyecto se identifica con las necesidades del pueblo, si la inseguridad va poco a poco sentando sus reales en el país y minando lo mejor que tenemos.

Lo terrible es que se diga que se le combate cuando en rigor solo se administra. Por eso tenemos el deber, el derecho, el compromiso de aportar nuestras ideas a un trabajo que es de todos, y de exigir al gobernante que cumpla con sus promesas, con sus decires de campaña, con su glamoroso discurso atiborrado de propaganda. Porque sino es así él está y estará edificando sobre la arena.

Si queremos tribunales pronto y expeditos hay que tener una sociedad sana, limpia, segura y solidaria. ¿Cómo?, por la vía de una Política Criminal equilibrante represiva y preventiva. De plano rechazamos la malsana tendencia de enfrentar la inseguridad con la ley y las reformas a la ley, con el endurecimiento de las penas y la multiplicación de tipos penales.

En síntesis, las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.

Recordamos así, a los miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales que supieron conducir y crear el penalismo mexicano y la política criminal que nos distinguió durante la primera mitad del siglo XX; después, sólo aisladamente, se atendió a sus recomendaciones, por cierto las más certeras, y se entregó el dictado de esa política a improvisados y ocurrentes ahí los fracasos y las vueltas atrás hogaño, no puede el país prescindir del pensamiento lúcido de los mas altos



especialistas en política criminal, si en verdad desea construir en lo ideológico y en lo operativo, instrumentos que brinden respuestas eficaces y viables, sobre todo, ordenadas y probadas, que desde el más alto nivel político diseñe, concense, conduzca y evalúe la política criminal mexicana.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Cuando nos planteamos elaborar este tema de tesis, creímos que nuestro espacio de investigación se limitaría únicamente en poner en tela de juicio la labor legislativa; al elaborar un análisis de la teoría de la pena adoptada por el Código Penal Federal, puesto que teníamos la inquietud de saber que tan eficaz resulta dicha teoría; sin embargo al encontrarnos ya inmersos en el desarrollo de nuestra investigación nos encontramos con temas y tópicos que en un principio no habíamos contemplado, entre ellos el de política criminal.

**SEGUNDA:** El análisis que llevamos a cabo tenía como punto final el comprobar o refutar la hipótesis de que el aumento de las penas previene el delito; teníamos la idea de que después de conocer la teoría de la pena adoptada por el Código Penal Federal, sabríamos si esta era acorde con lo que nosotros pensábamos es decir; que el legislador buscaba inhibir el delito con el aumento de la pena, no obstante, nos encontramos en su momento que no se adoptó una teoría en particular, sino como lo hemos venido mencionando en el presente trabajo se adoptó una postura pragmática.

**TERCERA:** Si bien es cierto que el legislador en el Código Penal Federal de 1931, adoptó una postura pragmática en cuanto a la teoría de la pena, también lo es que al día de hoy, dicha postura ha desaparecido, pues nos encontramos que en los últimos años se ha adoptado tácitamente la teoría de la prevención, pues la única forma que se ha encontrado para combatir el delito ha sido a través de las leyes, aumentando las penas contenidas en ellas, endureciendo así el régimen sancionador, es decir, represión como método de prevención y control de la delincuencia.

**CUARTA:** En esta etapa, aprendimos que el disminuir la delincuencia no dependerá de que el poder legislativo haga y deshaga el Código Penal Federal;

aumente o disminuya los máximos penales; esta lucha deberá librarse de manera conjunta y solidaria entre los tres poderes; ejecutivo, legislativo y judicial, lo cual no será una tarea fácil, ya que habrá que implementarse instrumentos y políticas de prevención eficaces.

**QUINTA:** Aprendimos que para buscar una prevención eficaz no estamos hablando únicamente de activar las fuerzas del legislativo; tenemos que comenzar desde los pilares de la sociedad, esto es desde la familia, apoyada dicha labor por el Estado, traducido esto en educación, en una cultura del respeto, salud, empleo, impunidad, índices demográficos de población, entre otros factores, dicha labor será muy difícil, sin embargo, al ser elementos de aparición de conductas antisociales, éstas deben ser atendidas para así prevenir en lo posible el delito.

**SEXTA:** En esta tesitura, se tiene que para combatir el delito, es necesario primeramente, saber cuales son las causas que lo originan, una vez determinadas, atacarlas, ya que como lo hemos venido viviendo el aumento de la pena como medida de prevención, nada tiene que ver con prevención y control de la delincuencia.

**SÉPTIMA:** Podemos señalar que con la idea de combatir la delincuencia mediante el aumento de las penas ello sólo significa mas reos, cárceles sobrepobladas, lo que implica más daños, pues son costos sociales muy altos, no pasando por desapercibido la total escasez de readaptación social del delincuente, en consecuencia rechazamos la tendencia de combatir el delito con el endurecimiento de las penas.

**OCTAVA:** La experiencia que hasta el día de hoy hemos vivido, nos lleva a saber que el aumento de las penas de ninguna manera inhibe de cometer un delito,

encontrando por el contrario que leyes y tribunales funcionan después de cometido el delito, y lo que se debe buscar es evitar su comisión.

**NOVENA.-** Así tenemos que la tendencia de aumentar las penas para disminuir la delincuencia, resulta del todo ineficaz, por tanto la teoría de la prevención que adoptan nuestros legisladores en nuestro Código Penal Federal, al determinar la pena de los delitos contenidos en dicho código, corre la misma suerte.

**DÉCIMA.-** En efecto, la teoría de la prevención, resulta ineficaz, pues no existe un dato siquiera probable, con el que se pueda sustentar que en la especie, con el endurecimiento de las sanciones, se intimida a los sujetos y con ello se inhibe el delito, por lo cual, consideramos que resulta ocioso pretender como finalidad de la pena la prevención, pues esto sólo genera más problemas y de ninguna manera se cumple con el fin pretendido.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Resultaría utópico hablar de la erradicación de la delincuencia, pero más peligroso resulta que la paz social se altere al grado que se vuelva una tormenta que no cesa, incluso a que el Estado sea incapaz de combatirla, alterando así el fin perseguido por éste, por tanto se debe combatir realmente el delito, pues en rigor solo se le administra, no así se le combate.

**PROPUESTA:** Una vez establecido que el legislador adopta la teoría de la prevención al determinar las penas en nuestro Código Penal Federal, con la finalidad de combatir la delincuencia, y toda vez que, como en su momento concluimos, dicha teoría resulta ineficaz para el fin pretendido, amén de que la pena debe ser la consecuencia justa y necesaria que recae sobre el que rompe con la norma establecida por el legislador, en este orden de ideas, proponemos que para el establecimiento de dicho marco penal, se avoque, única y exclusivamente a la teoría

de la retribución, en donde no se busque la readaptación ni la prevención sino que simple y sencillamente el castigo por el mal cometido.

En este sentido, es inadmisibles que para intimidar se prevean sanciones por encima del valor del bien tutelado, ya que la prevención de la delincuencia debe realizarse a través de otros medios llevados a cabo por el Estado antes de cometido el ilícito, atendiendo los factores que la originan, toda vez, que el atender al aumento de las penas, con ello de ninguna manera se ha inhibido a la comisión del delito, en tal virtud, al establecer la pena, se debe pretender únicamente un acto de justicia y no un medio para alcanzar otro fin, esto, toda vez que al día de hoy se esta muy lejos de alcanzar el fin pretendido, y por el contrario sólo se ha generado más problemas.

## BIBLIOGRAFÍA

Azzolini Bincaz, Alicia B. Culpabilidad y Punición, México, Editorial Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1997.

Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Themis, Bogotá Colombia, 1994.

Baigún, David, De las penas, De palma, Buenos Aires, 1997.

Bustos Ramirez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, España, Promociones y Publicaciones Universitaria, 1994

Carbonell Mateu, Juan Carlos, Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1966

Castellanos, Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Porrúa 1996, México

Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español, Tecnos, Madrid 1997

Cid Moliné, José. ¿Pena Justa o Pena Útil?, El Debate Contemporáneo en la Doctrina Penal Española, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia, 1994

Derechos del Pueblo Mexicano, México a Través de sus Constituciones, Tomo III, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión

De Rivacoba y Rivacoba Manuel, Función y aplicación de la pena, Depalma, Buenos Aires, 1993

Dolcini, Emilio, La Commisurazione della pena, Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979, citado por Azzolini Bincaz, Alicia B

Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona 1943, t.1.

Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, Teoría del galantismo penal, Trotta, Madrid, 1995

Francesco Carrara, Derecho Penal, edición 1997, Harla, México

García Aran, Mercedes, Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, Pamplona España, Editorial Aranzadi

García, Pablos Antonio, Derecho Penal, Introducción, Universidad Complutense, Servicio de publicaciones, Madrid, 1995

Gran Diccionario Jurídico Especializado, De los grandes juristas, (aforismos y latinejos), Libros técnicos, 1999, México

H. Lesch, Heiko, La función de la pena, traducción de Javier Sánchez –Vera Gómez-Trelles, Universidad externado de colombia, 1999

Islas, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, México, Editorial Trillas, 1991

Landrove Díaz, Gerardo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito,.Tecnos Madrid España, 1996

Malu Camacho, Gustavo. Lesión o Puesta en Peligro del Bien Jurídico, en Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Volumen 1, México, Enero-Marzo, 1983

Marchiori, Hilda. Determinación Judicial de la Pena. Marcos Cerner Córdoba. 1995

Mir Piug, Santiago. Derecho Penal Parte General, Barcelona, Editorial Promociones, Publicaciones Universitarias, 1985

Mir Puig, Santiago, Función de la Pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona 1984

Mir Piug, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona, Editorial Bosch, 1976

Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal Parte General, España, Tirant lo Blanch, 1996

Pessagno, Rodolfo G., y Bernardi, Humberto P. J. Temas de Historia Penal, Perrot Buenos Aires, 1953,

Polaino Navarrete, Miguel, Derecho Penal Parte General, t.1, Bosch, Barcelona, 1996

Quintero Olivares, Gonzalo, Curso de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1947

Quintero Olivares, Gonzalo, Curso de Derecho Penal, Parte General, Cedes Barcelona 1997

Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. México, Editorial Siglo XXI, 1998

Rodríguez Manzanera, Luis, Penología, Porrúa, México, 2000

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito, Traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Civitas Madrid España, 1997

Sebastián Soler, Derecho Penal argentino, La ley, Bs. As., 1945, tomo I.

Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992

Villarreal Palos, Arturo. Culpabilidad y pena, México, Editorial Porrúa, 1994

Vives Antón, Tomás S., Fundamentos del Sistema Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

Welzel, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal, una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile, 1993.

Welzel, Hans, Derecho Penal, Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993

Zaffaroni, Eugenio Raúl, En Busca de las Penas Pérdidas, Themis, Bogotá Colombia, 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, México, 1991

### **Legislación Consultada:**

Código Penal Federal, México, Editorial Ecafsa, 2002

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Porrúa, 2002

Legislación Penal Procesal para el Estado de México, México, Editorial Sixta, 2001.