

00781

21
2ej

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

=====

FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho Penal

**INTRODUCCION AL
ESTUDIO DEL
DERECHO PENAL
(BASES PARA EL
ESTUDIO DEL
DERECHO PENAL)**

T E S I S

Que para obtener el Grado de :

DOCTOR EN DERECHO

P r e s e n t a :

JUAN CARLOS RAYO MARES

México, D.F., Febrero de 1996.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS

COMPLETA

The investigation work is titled Introduction to the Penal Law, its divided in five chapters, wich ones include the development of the next subjects: Introduction, Social Control, Formal and Informal Social Control, Penal Law, (method of the Formal Social Control) and its coneccion with the deviate behavior, Penal Law and the called black number of the delincueny, Penal Sistem (part of the formal social control), Corporative Penal Law and Disciplinary Penal Law as eminent partlies of social control ¿where is coming to the state the faculty to dominate to the citizens to so exorbitant penalties like those are aplicated by Penal Law from?, Theoretical Aspect of the State and its punitive faculty. Genesis of the modern state. Synopsis of the several State point of view. Development of the norms of Penal Law in front of the cultural develope of the people, Change in the corporative - political structures, Changes in the economical -social structures, Changes in the social- domestic life, Cientific and technic advantages in the biologic area, Progresses in the domain and use of the new shapes, Modification in the cultural and ethical valuations of the society. The Penal Law, Denomination, Concept and Clasifications, Theoretical basis of the modern criminal political, Law consequenses by the comision of a injust penal: The penalty (Penalty Theory and the security measures (in general and in special), Methodology en the Penal Law: in the naturalis causals systematic, in the value cause, in the finalist and in the functionalism, Relationships of Penal Law with other subjects, Bibliography and aLegislation consulted.

El trabajo de investigación titulado Introducción al estudio del Derecho Penal, está dividido en cinco capítulos, los cuales comprenden el desarrollo de los siguientes temas: Introducción, El control social, Control social formal e informal, El Derecho Penal (medio de control social formal) y su relación con el comportamiento desviado, El Derecho Penal y la llamada cifra negra de la delincuencia, El sistema penal (parte del control social formal), El Derecho penal administrativo y el Derecho penal disciplinario como medios relevantes de control social ¿De dónde le viene al Estado el derecho a someter a los ciudadanos a tan graves sanciones como las que prevé el Derecho penal?, Concepción teórica del Estado y de su facultad punitiva. Génesis del Estado moderno, Sinópsis de las diversas concepciones de Estado, Evolución de las normas del Derecho penal frente al desarrollo cultural del hombre, Cambios en las estructuras político-administrativas, Cambios en las estructuras económico-sociales, Cambios en la vida socio-familiar, Los avances científicos y técnicos en el campo biológico, Progresos en dominio y utilización de nuevas formas, Modificaciones en las valoraciones culturales y éticas de la sociedad, El Derecho penal: Denominación, Concepto y Clasificación, Principios fundamentales de la moderna Política criminal, Las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto penal: Las penas (Teoría de la pena) y Las medidas de seguridad, (en general y en particular), Metodología en el Derecho Penal: en la sistemática causal naturalística, en la causal valorativa, en la finalista y en la funcionalista, Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas, Bibliografía y Legislación consultada.

INDICE

PRIMER CAPITULO.
PANORAMA GENERAL.

	Pág.
Introducción	1
I. El control social.	5
1). Control social formal e informal	5
2). El Derecho Penal (medio de control social formal) y su relación con el comportamiento desviado.....	7
3). El Derecho Penal y la llamada cifra negra de la delincuencia.	8
4). El sistema penal (parte del control social formal).....	10
5). El Derecho penal administrativo y el Derecho penal disciplinario como medios relevantes de control social.....	12
A. El Derecho Penal Administrativo.....	12
B. El Derecho Penal Disciplinario.	15
II. ¿De dónde le viene al Estado el derecho a someter a los ciudadanos a tan graves sanciones como las que prevé el Derecho penal?.....	16
1. Concepción teórica del Estado y de su facultad punitiva. Génesis del Estado moderno.....	17
2. Sinópsis de las diversas concepciones de Estado.....	21
A. El Estado absolutista	21
B. El Estado de Derecho.	21
C. El Estado social.	22
D. El Estado democrático.	23
E. El Estado mexicano: base ideológica, dogmática y orgánica.....	23

III. Evolución de las normas del Derecho penal frente al desarrollo cultural del hombre.....	28
1. Cambios en las estructuras político- administrativas.....	30
A. Crecimiento cada vez mayor de los organismos, oficinas, servicios estatales y administrativos, seguido del consiguiente aumento de los funcionarios públicos y del poder que éstos de derecho o de hecho adquieren sobre los ciudadanos.....	30
B. Irrupción de extensos sectores populares como fuerza política incontrarrestable, consciente de sus derechos, que procura la transformación de los sistemas tradicionales de organización institucional dentro del Estado.....	30
2). Cambios en las estructuras económico-sociales.....	31
A. Economía dirigida por el Estado o libre mercado.....	31
B. Fuerte aumento de las exigencias tributarias del Estado.....	31
C. Acentuación de los antagonismos de clase.....	32
D. Multiplicación de grandes empresas industriales, dotadas de capitales cuatiosos (el llamado "delito de cuello blanco").....	32
E. Explosión demográfica.....	33
F. Atracción urbana.....	34
3) Cambios en la vida socio-familiar.....	34
A. Desintegración de la vida familiar.....	34
B. Igualación de sexos.....	35
4). Los avances científicos y técnicos en el campo biológico...	35
A. Inseminación artificial humana.....	35
B. Los trasplantes de órganos humanos.....	36
C. El cambio de sexo.....	36
D. Los anticonceptivos.....	37
5). Progresos en dominio y utilización de nuevas formas de energía y desarrollo del maquinismo, la electrónica y las técnicas que permiten inesperados efectos del obrar	

III

humano.....	39
A. Desarrollo del maquinismo.....	39
B. Producción, conservación y comercialización masiva de artículos alimenticios.....	39
C. Utilización de medios masivos de difusión de ideas e imágenes; gran desarrollo de la radio y de la televisión.....	40
D. Captación técnica de sonido e imágenes por medio de instrumentos sencillos, portátiles, de acción inmediata y de fácil manejo, capaces de cubrir ciertas distancias.....	41
6). Modificaciones en las valoraciones culturales y éticas de la sociedad.....	41
A. Derrumbamiento del tabú sexual.....	41
B. Acentuación del respeto a la dignidad a la persona humana.....	42

SEGUNDO CAPITULO

I. El Derecho penal.....	45
1. Problema de la denominación del Derecho penal.....	45
2. Concepto.....	47
3. El Derecho penal objetivo y el Derecho penal subjetivo.....	52
4. El Derecho penal como sector del ordenamiento jurídico....	53
5. El Derecho penal como ordenamiento protector de valores fundamentales de la vida comunitaria. La finalidad del Derecho penal.....	58
6. El Derecho penal como ordenamiento regulador de la facultad estatal de exigir y castigar.....	60
7. El ius puniendi.....	61
8. Los medios de reacción del Derecho penal.....	62
A. La pena.....	63
B. La medida de seguridad.....	64
C. El sistema vicarial.....	65

IV

II. Principios fundamentales de la moderna Política criminal...	66
1. Principio del Estado democrático social de Derecho.....	67
2. Principio de intervención legalizada, de legalidad, de positividad, de reserva de la ley, de concentración legalizada o de predominio exclusivo de la ley.....	68
3. Principio de no retroactividad de la ley mas gravosa.....	83
4. Principio de obligatoriedad de la retroactividad de la ley penal benigna.	84
5. Principio de no validez ulterior de la ley penal.....	85
6. Principio de determinación, taxatividad o precisión del tipo.	85
7. Principio de prohibición de la analogía.....	86
8. Principio de ne bis in idem.....	87
9. Principio del bien jurídico.....	87
A. La formación del concepto del bien jurídico.....	88
B. Creación de bienes jurídicos.....	95
C. Límites de la Política criminal del bien jurídico.....	96
9. Principio de objetividad material.....	98
10. Principio de ponderación de intereses.....	98
11. Principio de proporcionalidad.....	99
12. Principio preventivo.....	99
13. Principio de personalidad de la responsabilidad penal.....	100
14. Principio de abolición de la pena de muerte.....	101
15. Principio de humanidad de las penas o de protección de la dignidad humana.....	101
16. Principio de respeto a las sanciones penales.....	102
17. Principio de intervención mínima.....	103
18. Principio de judicialización de las penas y medidas de seguridad o de exclusividad del juez.....	105
19. Principio de justicia distributiva.....	105
20. Principio de la función protectora de la sociedad.....	105
21. Principio de culpabilidad.....	106

TERCER CAPITULO.

I. Las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto penal.....	123
1. Consideraciones generales respecto a la pena.....	123
A. Teorías absolutas de la pena.....	128
B. Teorías relativas de la pena.....	131
a. Prevención general (prevención del delito por medio de la acción psíquica sobre la generalidad)..	132
b. Prevención especial (prevención de la repetición del delito, mediante la acción particular sobre el autor).....	132
C. Teorías mixtas, de la unión o unificación.....	133
D. Consideraciones críticas sobre la retribución. Retribución, justicia y culpabilidad.....	136
E. Consideraciones críticas sobre la prevención general.....	137
a. modalidades de la prevención general.....	137
b. Prevención general negativa.....	137
c. Prevención general positiva (directa). La postura de Jakobs.....	141
d. Prevención general positiva (indirecta).....	143
e. Limitaciones a todas las modalidades de la prevención general.....	145
F. Consideraciones críticas sobre la prevención especial.....	146
G. Límites de la resocialización.....	148
H. Teoría de la pena de Roxin.....	149
I. Los fines de la pena y la regulación legal.....	150
J. Artículos 51 y 52.....	152
K. Caracteres de la pena.....	156
L. La pena de muerte.....	159
2. Las medidas de seguridad.....	167

VI

A. Consideraciones generales respecto a las medidas de seguridad.....	167
B. Fin y límites de las medidas de seguridad.....	168
C. Concepto.....	169
D. Fundamento y fines de la medida.....	170
E. La medida como límite de la prevención en el Derecho Penal.....	171
F. Medidas de seguridad en particular.....	172

CUARTO CAPITULO

I. Metodología en el Derecho penal.....	187
1. Italia y la evolución del objeto de la ciencia penal....	194
A. El método de estudio de la escuela clásica.....	194
B. El método de la escuela positiva.....	197
C. El método de la "terza scuola".....	201
D. El método de la dirección técnico jurídica.....	202
2. Alemania y la historia del método dogmático.....	207
A. Los inicios del método dogmático.....	208
B. El positivismo.....	214
a. El positivismo jurídico como normativismo....	214
b. El positivismo naturalista.....	218
3. El neokantismo.....	222
4. Método del finalismo.....	233
5. El funcionalismo en el Derecho penal contemporáneo.....	239

QUINTO CAPITULO.

I. Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas...	251
1. Relaciones con el Derecho constitucional.....	251
A. Artículo 5°.....	251
B. Artículo 6°.....	256
C. Artículo 7°.....	260

D. Artículo 10.....	261
E. Artículo 13.....	262
F. Artículo 14.....	265
G. Artículo 15.....	267
H. Artículo 16.....	269
I. Artículo 17.....	278
J. Artículo 18.....	280
K. Artículo 19.....	282
L. Artículo 20.....	292
M. Derechos de la víctima o del ofendido.....	323
N. Artículo 21.....	325
O. Artículo 22.....	336
P. Artículo 23.....	337
Q. Artículo 73.....	338
R. Artículo 102.....	339
S. Artículo 107.....	344
T. Artículo 108.....	348
U. Artículo 109.....	349
V. Artículo 110.....	350
W. Artículo 111.....	351
X. Artículo 112.....	352
Y. Artículo 113.....	352
Z. Artículo 114.....	352
2. El Derecho Penal y los Derechos Humanos.....	353
3. Relaciones con el Derecho Procesal Penal.....	356
4. El Derecho Penal y Derecho de ejecución penal.....	356
5. Derecho Penal y Derecho Penal Militar.....	357
6. Derecho Penal y Derecho del menor.....	358
7. Derecho Penal y Derecho Administrativo.....	359
8. Relaciones con el Derecho Internacional.....	359
9. Relaciones y delimitaciones del Derecho Penal respecto de la Criminología y otras disciplinas.....	362
A. La Criminología positiva.....	363
B. La Criminología de "reacción social".....	364

VIII

10. Relaciones del Derecho Penal con la Filosofía	366
11. Relaciones del Derecho Penal con la Teoría General del Derecho.....	367
12. Relaciones del Derecho Penal y el Derecho Civil	368
13. Relaciones del Derecho Penal y el Derecho Mercantil.....	368
14. Relaciones del Derecho Penal con la Historia del Derecho Penal	368
15. Relaciones del Derecho Penal con el Derecho comparado.....	371
16. Relaciones del Derecho Penal con la Política.....	371
17. Relaciones del Derecho Penal con la Política Criminal o penal.....	371
A. Concepto.....	372
B. Relaciones de la Política Criminal con el Derecho Penal y la Criminología. Evolución Histórica reciente.....	372
C. Política criminal y dogmática penal.....	373
D. Política Criminal y Criminología	373
E. Dogmática Penal, Criminología y Política Criminal, como elementos de una ciencia total del Derecho Penal. Criminología	377
F. Función de la Política Criminal.....	379
18. Relaciones del Derecho Penal con la Economía Política.....	379
Bibliografía y Legislación consultada	381

INTRODUCCION

El trabajo **Introducción al Derecho penal (Bases para el estudio del Derecho penal)** que presento con el carácter de tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, como se advierte de su título, pretende brindar al lector un panorama actual -no obstante la nunca acabada especulación científica- de sus fundamentos para su cabal comprensión, habida cuenta de que realizamos una exposición sistemática sobre imprescindibles temas para quien se inicia en el estudio del Derecho penal, entendido en sentido amplio: sustantivo, adjetivo y de ejecución de sanciones; todo ello bajo la óptica de criterios de Política criminal.

Parafraseando al penalista mexicano Ignacio Villalobos, no ha sido nuestro propósito iluminar el mundo con ideas nuevas o concepciones brillantes, ni enriquecer la Doctrina penal, sino que "la experiencia en la cátedra, nos ha hecho comprender que no es completa ni eficaz una labor docente si no se proporciona al estudiante el material accesible que pueda tener en sus manos, consultarlo privadamente, repasarlo con frecuencia, poder discutir y asimilar sus ideas o rechazarlas de manera consciente y reflexiva, todo lo cual conforma el verdadero aprendizaje". En este orden de ideas es factible afirmar que la finalidad de este trabajo es doble: responde en primer lugar, de forma inmediata, a constituir una investigación de divulgación científica, con la pretensión de obtener el grado académico citado; en segundo término, de manera mediata, trata de constituir un libro de consulta para los estudiantes de Derecho.

La valía de este trabajo se cifra, pues, en la captación del saber penal presente, contemporáneo, realizado bajo la regulación de los principios fundamentales de la moderna Política criminal, pues sólo teniéndolos presentes, se puede hacer una interpretación adecuada de los postulados dogmáticos inmersos en nuestras normas jurídico-penales; cuestión planteada que los autores nacionales no realizan por muchas razones, entre otras, por motivos de honradez científica (algunos), al no convencerles después de una meditada labor de estudio, las actuales tendencias por la que discurre la Ciencia penal; o bien (otros, los pocos) no se han permitido analizarlas (desconocimiento), o en fin, porque simplemente, bajo un dogmatismo irracional detestan todo adelanto (apatía), olvidando -como hemos señalado en otra ocasión- que el deber nacional, patriótico, ineludible del jurista, es incompatible con el estudio de un Derecho positivo que muchas de las veces repugna a nuestras instituciones democráticas, que se opone a exigencias racionales y a la experiencia a veces desastrosa de otros pueblos. máxime si se difunde el conocimiento científico, como la mayoría de nuestros tratadistas, teniendo la calidad de profesor universitario, ya que en este caso es preciso cultivar en el estudiante y estudioso -si se anhela a que sea un jurista y no un mísero picapleitos- la conciencia del valor y significado real del sistema jurídico evolucionado, poniéndolo en

contacto con las ideas centrales de la ciencia jurídica, para que en el futuro esté en aptitud de resolver los problemas sociales. El menosprecio de la teoría jurídica, como enseña Gómez Benitez, conduce a un caos argumental, a una discontinuidad, incoherencia y arbitrariedad en la resolución de los casos concretos, y, además ese menosprecio no puede fundamentarse en el deseo de compromiso, es decir, de huir del neutralismo técnico, puesto que, como se entrevé con facilidad, las soluciones técnicas siempre incluyen una oculta vinculación con la realidad del delito. De otro modo, el resultado (que se percibe actualmente) como diría Vélez Mariconde, es la ausencia de sensibilidad jurídica en la mayoría de los abogados, los que creen en la bondad de nuestro antiguo sistema penal, porque no conocen otros, que son enemigos del progreso por deficiencia de sus estudios universitarios, por su obcecada pereza intelectual para investigar, y por la comodidad mental que depara el simple hecho de no innovar.

En este sentido, no comprendemos por qué si el Derecho penal, como lo señalan la mayoría de los autores de la materia, por su importancia y por la elevación intelectual de sus investigaciones, cautiva por sí sólo, no se estudia y por qué, el profesor universitario -si tiene conciencia de su misión- no lo enseña (partiendo de la premisa de que "lo conoce" o "lo debe conocer").

Estamos conscientes del grado de dificultad que conlleva el requerimiento que hacemos, dado que la Ciencia penal en los últimos años se ha venido ocupando de la evolución (vertiginosa) de conceptos e instituciones jurídicas, que a nuestro entender han revolucionado todo el pensamiento en el área de esta disciplina. Paradigmáticamente se ha centrado la atención en la interpretación de las cuestiones penales, desde el prisma de un Estado democrático social de Derecho, como lo es el mexicano; en el respeto a los principios fundamentales de la moderna Política criminal; en la transformación de los contenidos de los fundamentos que constituyen el delito: teoría jurídica del delito; de las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto: penas y medidas de seguridad y, del respeto a los derechos humanos y al marco constitucional que los garantiza, etc. Todo lo anterior en esencia ha sido generado por el cambio democrático-social, el avance científico y dentro de este ámbito el que respecta al campo jurídico.

En efecto, el avance cultural de lo que se denomina sociedades post-industriales de hoy, propio de los países desarrollados, ha generado necesidades y expectativas que las trascienden y llegan a las sociedades de economías emergentes como la nuestra, fenómeno que se observa de manera clara particularmente en los centros urbanos.

Por lo que hace al campo jurídico, se establece que constituye una condicionante a la instrumentación de oportunas decisiones y delimita el **modus** operante de los poderes públicos, que deben, insistimos, ser respetuosos siempre de los derechos humanos, de modo que la Política criminal no ha de desembocar en un terror penal

estatal, sino que es preciso respete el marco perfilado por la Constitución federal mexicana.

Si se procede de manera inversa a la exigencia acabada de apuntar, como ha dicho Hassemer, la Política criminal tendría como base simplemente lo "emocional", haciendo surgir el peligro de que se adopten, como lo estamos viendo en la actualidad, decisiones político-criminales desconectadas del objetivo que persiguen: prevención más que represión, pues se crean tipos penales innecesarios ya que con los que se cuenta son suficientes; se eleva la pena de prisión a su máximo posible (cuarenta y cincuenta años), pese al conocimiento que se tiene por los que están bien informados, de que tal proceder no comporta efecto especial alguno; se recortan en general los derechos de los detenidos y procesados, vulnerando con ello el principio de humanidad, a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido número; se insiste en planteamientos que buscan el retorno de instituciones arcaicas, como la reglamentación de la pena de muerte; se introducen leyes especiales: de seguridad pública, de lucha contra la delincuencia organizada, etc., reformas a los Códigos penal, de procedimientos penales y de ejecución de penas, que ofrecen serios reparos constitucionales.

Este tipo de reacciones, en tiempos de alarma social provocada por el temor generalizado al incremento de los índices delictivos, es muy capaz a corto plazo de echar por tierra los esfuerzos de muchas décadas por conseguir un Derecho penal equilibrado y moderno y puede reducirlo a una mera función simbólica, en el sentido de transmitir la apariencia de efectividad y protección social. Un Derecho penal que en muchos de sus ámbitos tenga tan sólo un efecto simbólico no será capaz a la larga de cumplir con su tarea ni en éstas ni en otras materias, pues habrá perdido toda credibilidad.

En mérito de lo expuesto, es menester resaltar la originalidad de este trabajo de tesis doctoral, siquiera sea por constituir una investigación con sentido de divulgación, en cuyo desarrollo abarcamos como subrayamos, temas básicos para la comprensión futura del ámbito penal, esto es, tratamos el fenómeno de los medios de control social informal y formal, planteamos y damos respuesta a la interrogante consistente en el origen y fundamento del poder punitivo del Estado, para lo cual se destacan su génesis; hablamos de la repercusión del desarrollo cultural del hombre en las normas del Derecho penal; analizamos algunos principios fundamentales de la moderna Política criminal; estudiamos los conceptos esenciales del Derecho penal, como son el formal y material, se examina el **ius puniendi**; se considera de manera general los medios de reacción: las penas y las medidas de seguridad, con los que cuenta el Estado; empero de forma particular se desarrolla la teoría de los fines de la pena, la teoría de las medidas de seguridad, la problemática que envuelven éstas y se enuncian algunas medidas en particular; se destaca la evolución del método en el Derecho penal y los resultados a que se llega en cada concepción con la sistemática de la Teoría del delito, y finalmente, enumeramos las relaciones del Derecho penal con otras disciplinas, en especial, con el

Derecho constitucional, donde se abordan las garantías penales, procesales y de ejecución de penas.

Si con lo anterior logramos la finalidad inmediata propuesta y sembramos la semilla, que esperamos fructifique, para el logro de la segunda encomienda, la labor iniciada con el desarrollo de este trabajo tendrá algún futuro.

En el presente trabajo no se incluye un apartado referente a conclusiones, dado que en cada punto explicado se arriba a una de ellas o, se está de acuerdo con la opinión de algún autor.

Febrero de 1996.

**PRIMER
CAPITULO**

PRIMER CAPITULO.

PANORAMA GENERAL.

I. El control social.

1. Control social formal e informal.

De los mecanismos que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social, el Derecho penal forma parte. Esta función la participa -entre otros- con la moral, la familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, los partidos políticos, la moda, las reglas del trato social, la medicina, la educación, la religión, la actividad artística y científica, incluso hasta el sexo del sujeto, aunque no puede identificarse con éstos, por su carácter altamente formalizado de aquél¹. El control social se vale lo mismo de medios más o menos difusos y encubiertos, que de otros específicos y explícitos, como es el sistema penal (policía, Ministerio Público, jueces, personal penitenciario, etc.). Exteriormente, el Derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertas conductas como indeseables y amenazando su realización con consecuencias jurídicas de un rigor considerable; se diferencian de otras en atención a que éstas se estiman las más intolerables para el sistema social.

Para comprender mejor el fenómeno, debe partirse de la base de que toda sociedad es, como enseña Zaffaroni², una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Con forme a esta estructura, se "controla" socialmente la conducta de los hombres, condicionamiento que no sólo se ejerce sobre los grupos más cercanos al poder, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse (en la misma sociedad de castas, los miembros de las más privilegiadas no pueden casarse con los descastados).

Toda sociedad tiene una estructura de poder político y económico; entonces tenemos grupos con centralización y marginación extremas y otros en los que el problema se presenta atenuado.

¹ - Véase Bergalli, Bustos Ramírez/ González Zorrilla/ Miralles/ De Solá/ Vidalás. *Pensamiento Criminológico II, Estado y control*, págs. 37 y ss. Ediciones Península. Barcelona. España, 1982. En sentido similar se pronuncia Bustos Ramírez en la obra *Control social y sistema penal*, págs 11 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. España, 1987. Jescheck. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Vol. I. Traducción y notas de Derecho penal español de Francisco Muñoz Conde y José Cerezo Mir*, págs 4 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1981. Pavarini. *Control y dominación*, págs 55 y ss. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1988.

² - Cfr. *Manual de Derecho penal. Parte general, 2ª reimpresión*, págs. 22-23, Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1994. María de la Luz. *Control social en México-Tenochtitlán*, págs. 7 y ss. y *El control social y las tendencias criminológicas actuales*, por Gerardo Gabaldón, págs. 23 y ss., ambos trabajos publicados en *Revista Criminalia*, Enero- diciembre, 1986. Editorial Porrúa, S.A. México. Pavarini. *Control y dominación*. Editorial Siglo Veintiuno, págs. 55 y ss, 1988.

La centralización-marginación teje una maraña de múltiples y variadas formas de control social (influencia de la sociedad delimitadora del ámbito de conducta del individuo). Investigando la estructura de poder es factible obtener datos para explicarnos el control social e, inversamente, analizando éste, se esclarece la naturaleza de la primera.

El ámbito del control social es amplísimo, dada su múltiple configuración. Su carácter oculto es más pronunciado en los países centrales que en los periféricos, siendo en éstos últimos los conflictos más manifiestos. De cualquier modo, incluso en los países periféricos, tiende a ser más anestésico entre las capas privilegiadas, que adoptan las pautas de consumo de los países centrales.

Así, por ejemplo, los medios masivos de comunicación social, inducen pautas de conducta sin que la población, en general, perciba eso como control social, sino como formas de recreación. Cualquier institución tiene una parte de control social que es inherente a su esencia.

La enorme extensión y complejidad del fenómeno demuestra que una sociedad es más o menos autoritaria o más o menos democrática, según se oriente en uno u otro sentido la totalidad del asunto y no únicamente la parte institucionalizada o explícita.

Para valorar el control social en determinado contexto, no debe detenerse el observador en el "sistema penal", y menos aún en la mera letra de la ley penal, sino que le es menester analizar las varias instituciones; por ejemplo la estructura familiar (autoritaria o no), la educación (la escuela, los métodos pedagógicos, el dominio ideológico de los textos, la universidad, la libertad de cátedra, etc.), la medicina (la orientación "anestésica" o puramente organicista o más antropológica de su ideología y práctica) y muchos otros aspectos que hacen al complicadísimo tejido nacional. La misma criminalidad es una etiqueta -de acuerdo a Hassemer-³ que se aplica por la policía, los fiscales y los tribunales penales, es decir, por las instancias formales de control social. Algunos representantes de esta orientación, menos radicales, reconocen que los mecanismos del etiquetamiento no se encuentran sólo en el ámbito de lo formal, sino también en el de lo informal. Este es el caso de los procesos de interacción simbólica en los que la familia define tempranamente a la "oveja negra" entre los hermanos, o los maestros y escolares al estudiante difícil o marginal; y con ello los estigmatizan con el signo social del fracaso, hecho que con posterioridad es remachado y profundizado por otras instancias del predominio referido y que terminan por hacer que el mercado asuma por sí mismo, como parte de su propia historia vital, ese papel impuesto y acuñado desde fuera. Quien pretenda formarse una idea del modelo de sociedad con que se enfrenta, olvidando esta pluridimensionalidad del fenómeno del control, caerá en un simplismo ilusorio.

³ - Fundamentos del Derecho Penal, págs. 82 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

En atención a lo antes asentado, se puede establecer que es un instrumento de control social formalizado el Derecho penal, que opera junto con otros de idéntica finalidad, pero que se deslinda de ellos por la manera formal en que se aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional.

En la moderna terminología, el Derecho penal junto con otros instrumentos de control social forma parte del control social primario, por oposición al secundario que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados, sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el ya mencionado sistema educativo).

2. El Derecho penal (medio de control social formal) y su relación con el comportamiento desviado⁴.

El Derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado, único titular del ejercicio de esta forma de intervención en las sociedades modernas (**ius puniendi**), amenaza con sanciones concretas. El concepto de comportamiento desviado se encuentra, por lo tanto, estrictamente vinculado al control social. Sin embargo, dichas desviaciones no siempre son materia del Derecho penal, razón por la cual su identificación exclusiva con la conducta criminal es totalmente errónea. Se puede establecer **a priori** que las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una selección de procederes que serán objeto del Derecho penal.

Los criterios de selección se explican desde diversos puntos de vista, según sea la afiliación política del analista. En parte actúan en el momento en que los órganos del Estado (formalmente las cámaras legislativas determinan que ciertas acciones u omisiones serán perseguidos con ciertas penas. Pero, además, inciden en el instante en que los órganos de control social (policía, Ministerio Público, jueces, tribunales, etc.) aplican las normas legales que prescriben las sanciones para dichas conductas. Por su complejidad, la identificación es sumamente difícil: frecuentemente operan en forma inconsciente -pero con reflejo y respeto de cierta ideología- en las decisiones de los órganos de control social.

El Derecho penal, contemplado desde esta perspectiva, cumple -junto con otros ordenamientos normativos-, una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado, en el caso del primero, por la comisión de un injusto penal.

Delito, entendido en el sentido más general de la expresión, será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema

⁴ - Cfr. Rodríguez Manzanera. Criminología, 4ª ed. págs. 21 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Gabaldón. El control social y las tendencias criminológicas actuales, págs. 23 y ss. Revista Criminalia, Enero- diciembre, 1986. México.

social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello. Lo que lo singulariza, es su divergencia respecto de los modelos aceptados de conducta; se espera que los destinatarios cumplan con las expectativas institucionalizadas. Estas expectativas se expresan en **normas**, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos (a este respecto seguimos la teoría comunicativa de la norma, de Calliess). Una norma, en este sentido, puede caracterizarse como un orden que pone de manifiesto una conducta que no debe realizarse o que reclama la ejecución de una acción necesaria para la conservación de cierto estado benéfico para un grupo humano. Ejemplo de la primera variante sería la norma que dice "no debes privar de la vida a otro"; modelo de la segunda, la que impone el pago de impuestos: "debes pagar al Estado determinada cantidad de dinero por concepto de contribuciones".

3. El Derecho penal y la llamada cifra negra de la delincuencia.

El Derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, por lo que en atención a los fines de prevención general y especial, amenaza y castiga la relación de injustos penales. Empero, es preciso distinguir entre los ilícitos cometidos y los que son efectivamente sancionados, dado que la suma de ambos casi nunca coincide. **La diferencia es conocida como cifra negra de la delincuencia**, expresión con la que se quiere designar a los casos no descubiertos pero que se sabe, con un grado posible de seguridad, que han sido cometidos. El problema varía considerablemente de uno a otro delito, por ejemplo la cifra negra cambia tratándose de robos que de abortos, pues en éstos es generalmente más alta, mientras que en otros ilícitos no lo es tanto, verbigracia el homicidio. El tema se vincula en la actualidad con el problema sociológico-criminal de los mecanismos de selección de los que hemos hablado con anterioridad. La interpretación del significado de este fenómeno de la cifra negra ofrece muy diversas alternativas en la actualidad, sobre todo en la medida en que se parte de la base de que la cifra negra no es una resultante casual del enigma criminal, sino que tiene un significado más profundo e, incluso, una función social específica⁵.

De acuerdo a Zipf se debe considerar como "cifra negra" la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocerse oficialmente. Esta latencia de los hechos punibles es un problema político-criminal de primera magnitud. Si el conocimiento de los órganos de persecución penal sobre los hechos punibles efectivamente perpetrados es sólo fragmentario, resulta de ello para la Criminología la apremiante tarea investigadora de eliminar este déficit de información⁶.

⁵ - Cfr. Bacigalupo. Principios de Derecho penal. Parte general, 2a. ed. págs. 9-11. Ediciones Akali, S.A. Madrid. España, 1990. Zipf. Introducción a la política Criminal, págs. 112 y ss. Traducción de Miguel Bajo Fernández. Edersa. España, 1979. Zaffaroni. Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo I, págs. 27 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1980.

⁶ - Zipf. Introducción a la Política criminal, págs. 112 y ss. Traducción de Miguel Bajo Fernández. Edersa. España, 1979.

La Criminología se ha dedicado mas intensamente a este problema con proyectos de investigación empíricos sólo en los últimos años. En primer lugar deben figurar las consideraciones sobre cómo tiene lugar la cifra negra. Por de pronto es concebible que el autor o la víctima nada sepan sobre el hecho punible acontecido. Esta situación se presenta en el autor -por ejemplo- en hechos punibles culposos, si nada sabe de su conducta indebida o de la realización del resultado. La ignorancia de la ley o una estimación inexacta por parte del autor pueden también conducir a que éste no considere punible una conducta que objetivamente lo sea. Más frecuentemente dado, y prácticamente mucho más importante, es el caso en que la víctima nada sabe del hecho punible ocurrido. Esto sucede a menudo, por ejemplo, en el delito de fraude -principalmente en materia de seguros-. Tiene relevancia mayor cuando la víctima no puede o no quiere denunciar el hecho, *verbi gratia* la violación a menores cometida por sus familiares u otro tipo de allegados, y los delitos sexuales donde la víctima por vergüenza, opta por la ocultación. En todos estos casos existe aún, ciertamente, la posibilidad de que los órganos de persecución penal fijen su atención mediante propia percepción directa en el hecho punible; no obstante, ello es una situación prácticamente insólita, principalmente si la propia colectividad no se ve afectada notablemente por la conducta condenable.

De ello resultan tres posibles puntos de partida para la aclaración empírica de la cifra negra; en primer término, en la víctima; a continuación, en el autor del injusto; y finalmente, mediante averiguación por muestreo de los datos socialmente relevantes con inclusión de la participación activa o pasiva en los hechos punibles de las personas seleccionadas para la investigación. Con ello, se tratan también los tres puntos de partida empíricos de investigación hasta ahora intentados. Interrogatorio de la víctima, lo mismo que del presunto autor, e investigación en serie. En delitos aislados, se añade la valoración de datos adicionales como son el número de tratamientos posteriores necesarios en abortos malogrados, como indicio para la cifra oscura en este tipo de ilícitos, o una revisión minuciosa, efectuada por muestreo, de notificaciones de daños en seguros, como indicio de la frecuencia de fraude en esta materia. Aquí debe sacarse solamente el resumen para la Política criminal. Y éste es hasta ahora marcadamente negativo. De los tres puntos iniciales de investigación tratados, los interrogatorios a las víctimas han revelado hasta ahora en algún modo a lo sumo el enigma de la cifra negra. Pero prescindiendo de que éste método ha de fracasar allí donde no existe una víctima capaz de declarar, o cuando la propia víctima no conoce el hecho, las investigaciones hasta la actualidad, sólo han confirmado que la cifra de hechos punibles efectivamente perpetrados es mucho más elevada que la de los hechos punibles conocidos.

El problema aquí, consiste en que no se suministran particularizadamente puntos de apoyo seguros sobre relaciones de probabilidad entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que llegan a conocerse. Los interrogatorios a los autores y las investigaciones en serie, no se han empleado hasta ahora en investigaciones extensivas, de modo que, en último término, no puede aún emitirse un

juicio seguro sobre su eficacia. En todo caso, en el ámbito experimental, ni siquiera se ha elevado el problema de la cifra negra desde el estado de mera estimación, al de declaración de probabilidad.

Por ello, nuestro conocimiento de la verdadera extensión de la criminalidad es actualmente fragmentario y no está confirmado en perfiles generales.

Se señala por Parsons, en este sentido, que el Derecho penal forma parte del "aparato de imposición" necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato; la que "consiste en la utilización de la fuerza física para impedir conductas perturbadoras"⁷.

4. El sistema penal (parte del control social formal).

La enorme amplitud que tiene el control social hace que pueda ser difuso (medios masivos, familia, rumores, prejuicios, etc.) o institucionalizado (escuela, universidad, psiquiátrico, policía, tribunales, etc.). Dentro de éste último hay una forma punitiva: el sistema penal, que abarca cualquier otro control social cuando en la práctica, pese al discurso no punitivo, sino preventivo, opera punitivamente. Paradigmáticamente, es lo que con frecuencia sucede en la psiquiatría o con la institución del anciano⁸. Por otro lado, la **Criminología crítica** a puesto de manifiesto que la institucionalización del anciano puede ser una amenaza punitiva contra su falta de productividad. Aunque son muchas las posibles formas de control social punitivo (realmente punitivo) con discurso no punitivo (formalmente no punitivo), cabe tener presente que siempre que el control social opera por medio de institucionalización de personas (manicomios, asilos, orfanatos), se revela una seria posibilidad de punición real⁹.

El sistema penal, es por consiguiente, la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo. Llamamos **sistema penal** -siguiendo a Zaffaroni- al control social institucionalizado, que en la

⁷ - Parsons, Talcott. Citado por Bacigalupo, Enrique, en Principios de Derecho penal. Parte General. 2a. ed. pág. 11. Ediciones Akali, S.A. Madrid, España, 1990. Zaffaroni. Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo I. págs. 27 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1980. Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 9 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, España. 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 25 y ss. Traducción del Doctor José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada, España. 1993. En esta obra señala el autor que para investigar las cifras negras, la criminología recurre al interrogatorio de delincuentes y víctimas, así como a los cálculos. Al volumen global de la criminalidad se aproxima más la estadística policial que la judicial, porque aquélla se elabora tomando todos los delitos que llegaron a conocimientos de la policía. En cambio, la estadística judicial sólo registra el número mucho menor de los casos que llegan a los tribunales pero proporciona gracias a la fiabilidad de sus datos una imagen exacta en cuanto a las personas condenadas y las sanciones impuestas. Aunque existe una considerable diferencia cuantitativa entre la criminalidad real y la registrada se piensa que son posibles las conclusiones sobre su estructura cuantitativa.

⁸ - Es fácil advertir que los aparatos empleados para administrar electrochoques con fines reales o supuestamente terapéuticos, pueden equipararse con verdaderos instrumentos electrónicos de tortura.

⁹ - Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, 2a. reimpression, pág. 29. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994. Pavarini. Control y dominación, págs. 95 y ss. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1988. Baratta. Criminología crítica y crítica del Derecho penal, pág. 35 y ss. Traducción de Alvaro Bünster. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1986. Zaffaroni. Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo I, pág. 39 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1980.

práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta (por los órganos policíacos y Ministerio Público) una sospecha de delito, hasta que se impone o ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que reglamenta el procedimiento, la actuación de los fenómenos, y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la general idea de sistema penal en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del Ministerio Público, de la policía, de los jueces y de los funcionarios de la ejecución penal¹⁰.

Bustos Ramírez¹¹ entiende el sistema penal como una forma especial del control. En su criterio, la llamada criminalidad no es algo puramente individual o social, sino una construcción ideológica del control, entendido como forma de organización concreta del poder. Esta problemática está ligada a la historia de la lucha del ciudadano frente al poder y control del Estado, por sus garantías y derechos, y por recibir una defensa igualitaria de sus bienes e intereses -incluida la víctima que también es ciudadano, lo que se olvida en algunos planteamientos radicales-. En otras palabras, esta lucha implica buscar que toda fundamentación del control ha de constituirse al mismo tiempo en su límite.

Por tanto, fundamentar la construcción de un determinado delito y con ello el control del Estado ha de significar también poner límites en relación con su ejercicio sobre el ciudadano. La cimentación del acto no se basta a sí misma, no se legitima, si al mismo tiempo no constituye un límite del control. Es el control del control. Por eso el ciudadano, además, ha de estar en posibilidad de revisar la fundamentación de los límites del control y con ello su legitimación; revisión del poder y control del Estado, que no está sólo en relación con el aparato, con la sociedad política, sino también con la sociedad civil, pues básicamente hasta ella se extiende ese poder, y es expresión del sistema en su conjunto.

La única diferencia es que en la sociedad política aparece siempre evidente y formalizado, sin perjuicio de que estas características también se observen en la sociedad civil (las costumbres y usos son una clara expresión de ello). El desconocimiento de esta realidad podría hacernos creer ilusamente en la utopía, hoy más o menos difundida, de pretender **desplazar todo el control hacia la sociedad civil**, como si ésta fuera independiente del sistema y, por tanto, pura, "suprimiendo" así el poder y el control. Dicha situación sólo logra hacer menos transparente y legitimado al control por sí mismo, con lo cual resulta ajeno a la revisión crítica del ciudadano. Hoy la cuestión criminal no debe pasar por la supresión del aparato del

¹⁰. - Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, 2a. reimpression, pág. 30. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994. Del autor anterior también Tratado de Derecho penal. Parte General. tomo I, pág. 39 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1990. Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 9 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 25 y ss. traducción del doctor José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.

¹¹. - Control social y sistema penal, págs. 11 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, España, 1987. Del mismo autor. Manual de Derecho penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs. 58 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

Estado y del sistema penal, como su forma concreta (hecho que no sólo es una irrealidad, y por ello únicamente se encubriría o disfrazaría el problema), sino es menester reducirlo al mínimo en cuanto control, hacerlo efectivamente igualitario y someterlo constantemente a revisión crítica.

Por cuanto hace al Derecho penal, como parte del sistema penal, tenemos que se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves -las penas y las medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos: los delitos. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado (el artículo 21 constitucional indica que "... la persecución de los delitos incumbe al Ministerio público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél...") y, por otra parte, constituye una de las áreas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución Francesa se hizo necesario delimitar con la máxima claridad como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, aprobadas por los "representantes populares"¹², los integrantes del Congreso de la Unión o de los Congresos locales. Tales normas constituyen el Derecho penal. Más adelante, veremos con la mayor precisión posible, qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen. Es lo que conocemos con la expresión "principio de legalidad", cuya versión latina debida a Von Anseln Feuerbach se plasma en la fórmula **nullum crimen, nulla poena sine lege**, y en ello consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue al Derecho penal de otros medios de control social¹³.

5. El Derecho penal administrativo y el Derecho penal disciplinario, como medios relevantes de control social.

A. El Derecho penal administrativo.

El Derecho penal no es el único medio de control social, que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas. La Administración Pública puede imponer múltiples sanciones cuya gravedad en ocasiones es similar o mayor a las del Derecho penal, verbigracia, multas, clausuras, suspensión, retiro o desaprobación de concesiones o licencias, arrestos, etc. Y, sin embargo, ellas no se hallan previstas por el Derecho penal, sino por el Derecho administrativo. El Derecho penal sólo determina las penas o las medidas de seguridad que pueden imponerse en un proceso judicial penal. El legislador es quien decide qué

¹².- Aunque tengamos los ciudadanos experiencias desagradables, pues dichos mandatarios del pueblo (Diputados y Senadores) generalmente invierten su estatuto y creen ser mandantes, asumiendo legislativamente determinaciones contrarias a los intereses de los gobernados, lo cual se explica hasta cierto punto, si no hemos perdido de vista lo expuesto acerca del control social.

¹³.- Véase Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 310 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984. Zaffaroni. Tratado de Derecho penal. Parte General. tomo I, pág. 39 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1990. Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General, Vol. I, págs. 9 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1981.

sanciones puede confiar al Derecho administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse al Derecho penal, y adquieren el valor de penas. Para garantizar la legalidad de la imposición de las sanciones referidas, es conveniente exigir la intervención de un juez o tribunal plenamente autónomos. Para su previsión normativa es necesario por ello que al legislador le guie el **criterio de la gravedad del injusto y de la sanción**, dejando para el Derecho penal la regulación de hechos y sanciones que en mayor medida afecten a los ciudadanos. El Derecho penal ha de pasar a ser el último recurso **-ultima ratio-**, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes¹⁴.

El deslinde entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, plantea una problemática interesante tanto de **lege lata** como de **lege ferenda**¹⁵. Desde el primer punto de vista, lo único seguro es que las sanciones administrativas se distinguen de las penas por razón del órgano llamado a imponerlas: si la sanción ha de decidirla una instancia de la Administración Pública, se tratará de una sanción administrativa, mientras que será una pena la que imponga la facultad jurisdiccional penal. También es cierto que las consecuencias más graves del ordenamiento jurídico son penas. Por otra parte, la intervención del Derecho penal viene requerida por una necesidad más elevada de protección de la colectividad y, en consecuencia, el injusto penal comparativamente con la infracción administrativa, ha de encerrar una ilicitud y una culpabilidad más elevadas. En otras palabras, hecho criminal es un injusto merecedor de pena. La necesidad de pena presupone que se la merezca, y para decidir esto es fundamental determinar cualitativa y cuantitativamente, el valor del bien jurídico protegido, la mayúscula peligrosidad o modalidad del ataque del objeto de la acción en que se encarna el correspondiente bien jurídico (desvalor de la acción), la concurrencia más elevada de un determinado grado de responsabilidad de la actitud interna del autor (desvalor de la actitud interna). La convergencia de estos tres pilares convierten el hecho en un "ejemplo insoportable" (Mayer) para el gobernado, que sería un mal precedente si el Estado no lo combatiera con la pena o con la medida de

¹⁴ - Cfr. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. págs. 5 y 6. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1990. En México, Acosta Romero y López Betancourt critican la denominación Derecho penal administrativo, y sustentan "algunas dudas acerca de la precisión de la terminología empleada y de que su objeto es precisamente materia penal"; creen que sobre el particular se debe determinar: 1. Lo ilícito y los diferentes tipos de sanciones. 2. El contenido del Derecho penal. 3. Los delitos previstos en leyes administrativas forman parte del Derecho penal, pero no son Derecho penal administrativo. 4. El Derecho de las infracciones administrativas tiene un metodología distinta al Derecho penal y no constituye Derecho penal administrativo. 5. El Derecho de las infracciones administrativas debe tener esta denominación y constituir una rama independiente especializada del Derecho administrativo". Y a continuación explican que "la mayoría de la leyes mexicanas tiene un capítulo de sanciones en el que prevén delitos e infracciones. Los delitos son considerados por las leyes como contrarios al orden jurídico general y no sólo al orden administrativo, por lo que pudieran formar parte del Derecho penal especial. No cabe duda de que estos forman parte del Derecho Penal. Lo que en realidad es objeto de controversia son los ilícitos administrativos denominados infracciones, cuya naturaleza es la que se discute; pero, no podemos ni debemos denominarlo bajo el rubro de Derecho penal administrativo, ya que por éste se debiera entender, más bien, el conjunto de delitos que tienen su fuente en normas administrativas, como una especie de Derecho penal; y no faltas a contravenciones, de distinta naturaleza a los delitos, que sí tienen su fuente en leyes administrativas, pero que son prevenidas por autoridades administrativas, así como también en lo referente a la aplicación del castigo. Así pues, sería conveniente llamarlo Derecho de las infracciones administrativas". Delitos Especiales. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia, 2ª ed. págs. 25- 26. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

¹⁵ - De acuerdo a Mir Puig, Santiago, es imposible una distinción cualitativa y es sólo practicable una diferenciación cuantitativa según su mayor o menor gravedad. Derecho Penal. Parte General. 3a. ed., págs. 6 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1990. En el mismo sentido se pronuncia Cerezo Mir, José. Curso de Derecho penal español. Parte General. Introducción. Tomo I, págs 46 y ss. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1976.

seguridad. Puesto que el merecimiento de tales consecuencias jurídicas depende de las tres variables citadas, debe tomarse en cuenta que muda -con excepción de los delitos basados en **Ius naturales**- de un ordenamiento jurídico a otro y de una época a otra el concepto material de delito, situación que es relevante para deslindarlo de la falta administrativa¹⁶

Ahora bien, aunque referido a las consecuencias jurídicas, nuestra Carta Magna deslinda el injusto penal del civil y del administrativo, pues dogmáticamente tenemos que determina en el artículo 21, que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"; en el numeral 18 preceptúa que "sólo por el delito que merezca pena corporal¹⁷, habrá lugar a prisión preventiva"; el dispositivo 20, en su antepenúltimo párrafo, indica que "en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención". Tocante a la responsabilidad de carácter civil (que obviamente abarca la de carácter administrativo), el precepto 17, párrafo inicial, precisa que "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil"; el artículo 20 fracción X, párrafo primero, dispone que "en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causas de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo"; y finalmente el numeral 21, en lo conducente, asienta que "compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, los que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se le permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuere jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso."

Sin embargo, conforme a las leyes secundarias (básicamente de índole no penal), la multa es una sanción que puede ser penal o administrativa¹⁸, y ocurre a veces que las multas administrativas son mucho más elevadas que las penales. Ello abre la discusión de **lege ferenda** acerca del carácter de **última ratio** que se atribuye al Derecho penal. También es interesante la cuestión de si convendría en México introducir un "Derecho penal administrativo" o como se le quiera denominar, tal cual

¹⁶ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. Y, págs. 70 yss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 50 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. Y. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1981.

¹⁷ - Tradicionalmente se ha interpretado éste término como comprensivo de la sanción privativa de la libertad, o incluso, de la pena de muerte, factible de imponerse en el medio castrense.

¹⁸ - Cabe destacar a propósito de ello la reglamentación del injusto de contrabando llevada a cabo en el Código Fiscal de la Federación, respecto del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunas ocasiones le ha dado rango de ilícito penal y otras de injusto administrativo.

existe en países como Alemania¹⁹. Se pretendería con ello dotar a las sanciones administrativas de todas las garantías que rodean a las de carácter penal²⁰.

Un problema importante que suscita la coexistencia de sanciones penales y administrativas en el ordenamiento jurídico, es el de si cabe sancionar un mismo hecho con ambas clases de sanciones. Tal interrogante debe contestarse en sentido negativo, de acuerdo con el principio *ne bis in idem* enarbolado por la doctrina y estatuido como garantía individual por el artículo 23 constitucional que dispone la prohibición de sancionar al autor doblemente por un solo hecho, es decir, en sede penal y administrativa, no sólo por tribunales de idéntica jerarquía, especialidad y competencia, sino también por los de diverso fuero -local o federal-. Aquí cabe maximizar la cualidad de mínima intervención del Derecho penal, para que sólo pueda admitirse la tutela de carácter administrativo, resultando de esto la labor de decriminalizar los comportamientos que converjan en la doble regulación²¹.

B). Derecho penal disciplinario.

Desde hace mucho tiempo el Derecho penal disciplinario ha sido reconocido como una rama autónoma del Derecho. Su delimitación con respecto al Derecho penal también presenta ciertas dificultades. La fórmula tradicional sostiene que el servidor del Estado, el funcionario y el soldado por ejemplo, no solamente serían portadores de deberes especiales, sino que deben garantizar con su comportamiento total la consideración dispensada a su "estado". De acuerdo con esto, el Derecho disciplinario no se vincula con el orden jurídico exterior, sino con la integridad y la confiabilidad de la persona; la lesión culpable del deber del servicio, debe considerarse, en consecuencia, "en lo esencial sólo como un síntoma" (Maurach). Tales teorías que se remontan al Derecho constitucional de principios del siglo XIX, no resultan adecuadas para comprender la situación jurídica actual: los deberes de los servidores del Estado se refieren exclusivamente al ejercicio adecuado a la naturaleza de la función y jurídicamente correcto de sus tareas oficiales; el comportamiento más allá del servicio solamente puede interesar en la medida en que roza el respeto y la confianza que requiere el desempeño de un cargo. La oposición entre lesión "interior" del deber de lealtad y la conmoción "externa" de la consideración del poder del Estado, que determina la relación del Derecho penal disciplinario con el Derecho penal general, de esta manera resulta eliminada. El Derecho penal disciplinario ya sólo se utiliza para sancionar lesiones de deberes que no resulta tan graves como para aplicarles la pena correspondiente a un hecho punible en sentido propio, y por lo demás, regula las consecuencias administrativas (limitación

¹⁹ - Véase Mir Puig, quien señala como partidarios de ello a Wolf, Schmidt, Lange, Mechels, etc. Derecho penal. Parte General. 3ª ed. corregida y puesta al día, pág. 64 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990. También Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal español, pag. 52 y ss. Parte General. Tomo I. Introducción, págs. 52 y ss. Tecnos. Madrid, España, 1976.

²⁰ - Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, tomo I. El hecho punible, págs. 24 y ss. Edersa. Madrid. España. 1982.

²¹ - Cfr. Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo I. Introducción, págs 56 y ss. Editorial Tecnos Madrid. España, 1976.

de las posibilidades de ascenso en la carrera administrativa, pérdida del empleo, etc.) que, mientras no se hayan producido por virtud de una ley, tienen aplicación en el ámbito administrativo como consecuencia de la condena dictada por un tribunal penal. El Derecho disciplinario complementa al Derecho penal en lo que se refiere a faltas leves y a las consecuencias secundarias de un hecho punible.²²

II. ¿De dónde le viene al Estado el derecho de someter a los ciudadanos a tan graves sanciones como las que prevé el Derecho penal?

En realidad, dos diferentes cuestiones se esconden tras de esta interrogante. La primera se refiere a la determinación de qué es lo que puede prohibirse al individuo mediante una pena. Con seguridad se podrá convenir fácilmente en que el matar a otro debe ser castigado penalmente y no, en cambio, la libre emisión del pensamiento (la doctrina alude a que "el pensamiento no delinque", cuestión que va estrechamente unida a que se tenga en cuenta un Derecho penal de conducta o hecho y no de autor). Sin embargo, para resolver si deben castigarse penalmente determinadas formas de comportamientos desviados, el homosexualismo, el lesbianismo, la zoofilia, el incumplimiento de un contrato o la realización de cópula consentida en lugar público (concurrido o solitario), se requiere disponer **de una concepción teórica acerca del poder punitivo del Estado**. La segunda cuestión se asienta sobre la anterior y se refiere al modo en que deben conformarse el contenido y las características de la pena a imponer, por lo que debe analizarse el presente trabajo en su contexto, pues el estudio de la pena se realiza en el último capítulo. En fin, de la conclusión de que el Estado tiene derecho a prohibir una determinada conducta, digamos el robo, mediante una pena, no autoriza decir acerca del modo y el fin que ha de tener y perseguir la aplicación de un medio tan singular. Es decir, con la justificación de que el robo debe ser castigado no se ha decidido en absoluto si debe ser con la pena de muerte o con una larga pena de prisión para amedrentar a los "aficionados de lo ajeno". El modo y la gravedad de las sanciones son cuestiones que requieren una anterior y particular justificación.

En relación con lo anterior y desde una perspectiva muy al estilo de los "criminólogos críticos", Zaffaroni apunta que llama la atención que en la gran mayoría de los casos, quienes son señalados como delincuentes, pertenecen a los sectores sociales de menos recursos. En general, es bastante obvio que casi todas las cárceles del mundo están pobladas de pobres. Esto indica que hay un proceso de selección de las personas a las que se califica como delincuentes, y no, como se pretende, un mero proceso de selección de las conductas indeseables o acciones calificadas como tales.²³

²² - Cfr. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. EL hecho punible, págs. 26 y 27. Edersa. Madrid. España, 1982. Maurach. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, págs. 19 y ss. Editorial Ariel. Barcelona. España, 1962.

²³ - Manual de Derecho Penal. Parte General, págs. 20 y ss. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994.

1) Concepción teórica del Estado y de su facultad punitiva. Génesis del Estado moderno.

La palabra **Estado** apareció hacia el siglo XVI como establece Miaille²⁴, en la época del absolutismo, y es de uso generalizado desde el siglo XVII. Por ende, cualquier análisis que se haga de aquel concepto tiene que partir de sus orígenes: el Estado absoluto, que es precisamente el originario²⁵, al cual se le considera incluso de transición, según Anderson, como una prolongación del feudalismo, pues "el absolutismo fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal"²⁶. Empero, tal planteamiento no es sostenible si partimos de la tesis de O'Connor, consistente en que el de corte "capitalista debe cumplir dos funciones básicas y con frecuencia mutuamente contradictorias: la acumulación y la legitimación; o sea, tratar de mantener o crear las situaciones en que es posible la acumulación rentable del capital, así como las condiciones para la armonía social".²⁷

El nuevo orden político, económico y social (el Estado absoluto), resultaba necesario ante las circunstancias imperantes de los siglos XV y XVI, verbigracia el desarrollo de la banca, el ascenso de la manufactura especializada, el emergente sistema de relaciones sociales, etc. Estas condiciones permitieron el acelerado encumbramiento y desarrollo de la burguesía y, consecuentemente, la necesaria gran acumulación de capital. La centralización permitía unir soberano con Dios, y a través de ello a aquél con moral, derecho y justicia; estructura que legitimó el orden social existente.²⁸

Los derechos y las libertades del individuo se niegan en aras de la conservación y seguridad del Estado. La dependencia personal ha de ser absoluta. De ahí resulta la inseguridad del individuo, que con su adhesión total ofrece, en contraste, seguridad, autonomía y subsistencia al Estado.

La crisis del Estado originario o absoluto no sólo fue de legitimación, sino de acumulación de la riqueza; ésta no resultaba posible si no había al mismo tiempo una reproducción de la fuerza de trabajo, pues la capacidad de hombres y mujeres para desempeñarlo, requiere precisamente de libertad e igualdad.²⁹

²⁴ - Miaille. *Etat su Droit*. Editorial Maspéro. Grenoble, Francia, 1978.

²⁵ - Wolfe, citado por Bustos Ramírez en *Pensamiento Criminológico*, II. Estado y Control, págs.33 Ediciones Península. Barcelona. España, 1982.

²⁶ - Anderson. *El Estado Absolutista*. Editorial Siglo Veintiuno. Madrid. España, 1977.

²⁷ - O Connor. *Estado y Capitalismo en la Sociedad Norteamericana*. Editorial Periferia. Buenos Aires. Argentina, 1974.

²⁸ - Bustos. y Hormazábal. *Pena y Estado*. *Papers*, Revista de Sociología, número 13 (Sociedad y Delito). Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial Península. Barcelona, España, 1980. En este sentido es ilustrativo la Epístola de San Pablo a los romanos "1.- Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino por Dios, y las que hay, por Dios han sido ordenadas de suerte que quien resiste a la autoridad resiste a la disposición de Dios, y los que la resisten se atraen sobre sí la condenación. 3.- Porque los magistrados no son de temer para los que obran bien, sino para los que obran mal. (Queréis vivir sin temor a la autoridad). Haz el bien y tendrás su aprobación porque es ministro de Dios para el bien. Pero si haces el mal, teme, que no en vano lleva la espada. Es ministro de dios vengador para el castigo del que obra mal..."

²⁹ - Gough. *Economía Política del Estado del Bienestar*. Editorial Blume. Madrid. España, 1980.

La evolución del sistema capitalista burgués es la que provocó una transformación hacia el Estado liberal de Derecho.

El capitalismo, para la concentración de la riqueza, requería la reproducción de la fuerza de trabajo, y ello demandaba la existencia del "libre mercado". El absolutismo que se había concentrado en la acumulación, la ponía paradójicamente en peligro, al no cumplir con las exigencias necesarias para ello; era indispensable que se diese dentro de un marco de libertad e igualdad entre los poseedores y no poseedores de los medios de producción: sólo se podía hablar de mercado en tanto se aseguraran la libertad y la igualdad.³⁰

La nueva situación exigía una renovada fuente de legitimación, y la más viable fue el contrato social. Concreción de él fueron **los derechos del hombre** en tanto expresión de un acuerdo entre burgueses y trabajadores, que implicaba el reconocimiento jurídico y organizado de la libertad e igualdad, con lo cual al Estado, al mismo tiempo, se le asignaba como función principal el garantizarlos y, paralelamente, se creaba un límite a su actividad; se legitima sólo en tanto que ejerza el control social precisamente para que funcione el contrato social, y actúe básicamente como garante de la libertad e igualdad en la competencia del mercado.

En esta etapa, el sistema político y económico aparecen completamente confundidos. De ahí la persecución y prohibición de los sindicatos, de las huelgas, que resultan no sólo un problema de orden económico, sino un ataque a la seguridad del Estado.

El régimen logrado en el Estado guardián, aparentemente diáfano, en razón del mercado mismo estaba sujeto a un cúmulo de tensiones y contradicciones subrepticias, las surgidas por la existencia de poseedores y no poseedores de los medios de producción: libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética, etc.

La infinidad de contradicciones, imposibles de resolver dentro de la racionalidad del mercado, originó una serie de disfunciones en el sistema, y el Estado debió abandonar su papel de protector del mercado, para intervenir precisamente en su regulación. Por tanto, el control tenía que asumir el carácter de una defensa social.³¹

El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación ya que la ciencia (positiva) fundamentaba el orden, la disciplina, lo organizado.

³⁰ - Bustos Ramírez, Estado y Control. La ideología del control y el control de la ideología, págs 14 y ss, en "El pensamiento criminológico II. Estado y Control. Editorial Península, Barcelona, España, 1983.

³¹ - Véase Bustos Ramírez y Hormazábal. Pena y Estado. Papers. Revista de sociología, número 13 (Sociedad y Delito). Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial Península. Barcelona, España, 1980.

La teoría de la defensa social, como una hipótesis con pretensiones científicas y sociológicas, es la nueva doctrina del intervencionismo, justamente para someter a toda otra ideología. Con más nitidez que nunca el Estado aparece ligado intrínsecamente a una disciplina del control para el control del sistema y bajo el manto de la neutralidad y objetividad científica, que le permite desdecirse de toda ideología, salvo la propia. Se marca, pues, el inicio de una etapa en que el Estado, sobre la base de lo científico, lo racional y lo técnico, construye un conjunto de mecanismos que encubren la realidad política e ideologizante de sus actividades. De lo que se trataba no era de luchar por el perfeccionamiento de las garantías, sino de la técnica del control.³²

Este sistema de mediación del Estado sobre el mercado, que aplicaba para ello la ciencia, incluida la sociológica, necesitaba de una legitimación mayor de la que le podía brindar aquélla. Esta búsqueda lleva a la crisis más profunda del Estado moderno, pues hace surgir al de tipo fascista y al nacionalsocialista, constituyendo una vuelta hacia la forma del Estado absoluto.

El Estado intervencionista había desconocido que el modo de producción capitalista exige concentración, pero también reproducción de la fuerza de trabajo, lo cual requiere la existencia de libertad e igualdad política y jurídica de los individuos.

Un paso ulterior lo constituye el Estado de bienestar o Estado social de Derecho, que recobra la función de garante del Derecho en un sentido amplio, pues reconoce la existencia de un vasto campo de derechos a la vida social de los individuos que resultan indispensables para una reproducción sin tensiones de la fuerza de trabajo; por eso es Estado social de Derecho. De todos modos, en esta clase de Estado estará presente la idea puramente intervencionista de defensa social, en que el Derecho pasa a ser una simple técnica de control y no una garantía, no una concreción práctica del acuerdo entre poseedores y no poseedores de los medios de producción.³³

La intervención, la planificación y el desarrollo industrial acelerado intentan legitimarse a través del consenso, para lo cual nuevamente la Sociología en general presta su apoyo. El consenso permite reemplazar la idea del control social que no se muestra apta para fundamentar la intervención del Estado sobre los propios contratantes y que precisamente desnaturaliza toda posibilidad de contrato social y de autonomía de la libertad. Por otra parte, el consenso permite distinguir entre los que entran en él y los que no: los disidentes. El control ha de ejercerse, pues, sobre los últimos, disciplinándolos para el consenso. De ahí la gran importancia que cobran los llamados controles informales de la vida cotidiana, la escuela, la profesión, la familia,

³².- Bustos Ramírez, J. Estado y Control; La ideología del control y el control de la ideología en el pensamiento criminológico, II. Estado y Control. Ediciones Península. Barcelona. España, 1983.

³³.- Bustos Ramírez, J. Estado y Control; La ideología del control y el control de la ideología en el pensamiento criminológico, II. Estado y Control. Ediciones Península. Barcelona. España, 1983.

la pareja, los medios de comunicación de masas, la moda, los partidos políticos, la iglesia etc.³⁴

El Estado de bienestar³⁵ se basa en el planteamiento de que la acumulación y la reproducción de la fuerza de trabajo requieren un gasto social, que permita su aprovechamiento y apropiación por el capital privado (carreteras, industria básica, ejército, etc.), empero, también ese gasto mantiene y crea fuerza de trabajo para el mercado, y todo ello en su conjunto va en beneficio de la acumulación. A su vez, esto genera crisis no sólo de legitimación, sino de acumulación, porque la aceleración del proceso impide la financiación del gasto social y se llega entonces a un callejón sin salida, ya que, si para impedir tal falta de financiación se afecta al gasto social, se provoca desestabilización de la fuerza de trabajo y de manera similar, de las condiciones necesarias de la actividad de los poseedores del capital. Pero además, mantener un aumento acelerado del gasto social no financiado afecta al proceso de acumulación.

Para superar esta crisis, tanto de acumulación y reproducción de la actividad productiva, como de legitimación, han surgido últimamente dos vías: El Estado neoliberal y el Estado corporativo.

En el Estado neoliberal³⁶ se intenta volver al liberalismo primitivo de mercado, planteando la ley de la oferta y la demanda como ley natural, como expresión de la libertad, y requiriendo como antaño una intervención mínima del Estado en cuanto a lo social (la intervención o gasto social), pero máxima en la protección del mercado. El ejemplo concreto y preclaro del significado de esta teoría neoliberal lo constituyó la dictadura de Pinochet en Chile, que durante varios años, con la asesoría de Friedmann, Von Hayek y de la Sociedad del Mont Pelerin, de la que son fundadores, establecieron un sistema en que precisamente **todo resulta prohibido menos el "libre mercado"**; recurren de modo simplista a **reducir al máximo el gasto social**, provocando con ello un ahondamiento de la crisis de una intensidad incalculable en los países de poco desarrollo.

El Estado Corporativo³⁷, por su parte, trata de unir **en torno de un pacto (social)** a los organismos centrales de los sindicatos con las coordinaciones empresariales, para de este modo controlar las aspiraciones de unos y otros dentro de

³⁴ - Bustos, J. y Hornazábal, H. Pena y Estado, pág. 114 y ss. Papers. Revista de Sociología, número 13 (Sociedad y Delito). Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial Península. Barcelona, España, 1980; y Bustos Ramírez, J. Estado y Control. La ideología del control y el control de la ideología en el pensamiento criminológico II, pág. 19 y ss. Estado y control. Ediciones Península. Barcelona. España, 1983.

³⁵ - Gough, A. Economía Política del Estado del Bienestar. págs. 169 y ss. Editorial Blume. Madrid; y O'connor, J. Estado y Capitalismo en la Sociedad Norteamericana, pág. 115 y ss. Editorial Periferia. Buenos Aires. Argentina, 1974.

³⁶ - Bustos Ramírez, J. Estado y Control; La ideología del control y el control de la ideología, págs 20 y ss. en El pensamiento criminológico II. Estado y Control. Ediciones Península. Barcelona, España. 1983.

³⁷ - Gough, A. Economía Política del Estado del Bienestar, págs. 258 y ss. Editorial Blume. Madrid, 1980; y Bustos Ramírez, J. Estado y control. La ideología del control y el control de la ideología, págs. 22 y 23 en El pensamiento criminológico II. Estado y Control. Ediciones Península. Barcelona, España, 1983.

los marcos de un sistema capitalista trasnacional (economía globalizada). Hay, pues, una combinación de la teoría del contrato social (pacto social) y del consenso (a través de las grandes asociaciones de individuos).

El Estado del Socialismo³⁸ real o estaliniano, no es un Estado alternativo, pues se centra en el establecimiento de un poder vertical, concentrado en un partido burocrático que impide el libre desarrollo de los individuos. De ahí la importancia de experiencias como la de la Unidad popular en Chile, "de un socialismo en libertad", que sin duda apuntaba realmente hacia un Estado alternativo, y por eso mismo fue agredida directamente por el capitalismo trasnacional e imperialista, e indirectamente por el socialismo real a través de su falta de apoyo efectivo: los unos querían libertad, pero sólo dentro de un sistema puro de mercado; los otros, socialismo pero sin libertad.

2). Sinopsis de las diversas concepciones de Estado.

A.- El Estado absolutista.

El Estado originario es el Estado absoluto, que de acuerdo con el planteamiento de O'Connor³⁹ se implantó para cumplir con las exigencias de los siglos XV y XVI, luego del abandono del sistema feudal, y debía cumplir dos funciones básicas, consistentes en la acumulación de la riqueza y la legitimación del proceso de producción: la armonía social. La centralización del poder permitía unir soberano con Dios y, a través de ello, al primero con la moral, el Derecho y la Justicia.

B. El Estado de Derecho.

El **Estado de Derecho**⁴⁰ es aquel cuyo poder y autoridad están regulados por el Derecho. Se utilizó por primera vez tal expresión por Robert Von Mohl (1830), quien le dió una connotación técnica debido a la firme influencia del constitucionalismo liberal. A este tipo de Estado lo sustentan varios principios, de los que sobresalen los siguientes: a). La división del poder, en ejecutivo, legislativo y judicial, con su necesaria colaboración y control recíprocos; b). La supremacía de la Constitución, como ley que consagra los mínimos derechos o garantías que debe respetar el Estado a los gobernados, y a la cual se ajustarán y no contravendrán las normas de rango inferior; c). El sometimiento de la actuación pública (en cualquiera

³⁸ - Merton, R. K. Teoría y estructura sociales. págs.257 y ss. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1964.

³⁹ - O'Connor. Estado y Capitalismo en la Sociedad Norteamericana, pág 115 y ss. Editorial Periferia. Buenos Aires. Argentina. 1974, págs 115 y ss.

⁴⁰ - Orozco, Enriquez. Voz: "Estado de Derecho ", págs. 146 a 157., en Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991, quien indica que " El Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos, entre los que se encuentran un conjunto de hombres produciendo, creando y defendiendo un orden jurídico. Por tanto, Estado y Derecho se encuentran en una relación de todo a parte, porque no se concibe al primero sin segundo, ni al Derecho como realidad positiva separada del Estado. El papel del Derecho es encausar al Estado sus funciones dentro de un sistema normativo. En otros términos, el Derecho limita al Estado, por cuanto regula las instituciones de éste y el funcionamiento de las mismas".

de sus formas: administrativa, legislativa o jurisdiccional) a las exigencias de la ley, con respeto a la garantía de audiencia de los particulares; y, d). La instrumentación efectiva de los derechos constitucionales, o como se les denomina ahora, derechos humanos.

Por otra parte, cabe subrayar que el Estado de Derecho surgió (como quedó plasmado) del liberalismo y, por lo que se refiere a su aspecto formal, se haya supeditado al principio de legalidad que debe regir todo acto de autoridad, cuando afecte, o pueda afectar, la esfera jurídica del gobernado,⁴¹ por lo que queda prohibida la analogía, la irretroactividad de la ley en perjuicio del ciudadano, la costumbre como fuente de ilícitos y sanciones, la imprecisión o indeterminación legal de las regulaciones que contienen la materia de la prohibición, en las normas administrativas o penales, etc. Empero, si bien su origen se ubica en el liberalismo, lo cierto es que con el tiempo, se ha dado paso a otros "Estados de Derecho", que por el sólo hecho de serlo, no necesariamente constituyen uno de carácter "democrático", sino que para que aparezca esta última peculiaridad, se requiere que el Derecho sirva para cada ciudadano; por ello es que hablar simple y llanamente de un "Estado de Derecho" no tiene sentido, ya que también pueden adoptar éste carácter, regímenes autoritarios, como sucedió durante el tiempo del nacionalsocialismo y del socialismo real o estaliniano.

C. El Estado social.⁴²

A mediados del siglo XIX, se dan las condiciones para que operen ciertos cambios y se pase de un Estado liberal a uno social de Derecho. De una filosofía del Estado que le asignaba el papel de mero guardián del orden jurídico, no legitimado para invadir activamente la configuración positiva de la sociedad que se consideraba exclusiva competencia de los particulares, se pasa a una concepción intervencionista. Así, el Estado no sólo se considera ahora autorizado, sino incluso obligado a incidir en la estructura de lo social. Se desbordan las barreras que separaban Sociedad y Estado, y surge una nueva concepción del hombre, la de un ente social susceptible de ser influido por causas exteriores, y que debe estar al servicio de la organización social (del Estado) que se encuentra por encima de los intereses individuales de los gobernados.

⁴¹.-Cfr. Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del Delito del Estado Social y Democrático de Derecho, págs. 151 y ss. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 1979.

⁴².- Ver Zaffaroni, en Política Criminal Latinoamericana, págs 69 y ss. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Argentina, 1982

D. Estado democrático.⁴³

Se estima que un Estado es de corte democrático, cuando el poder, además de estar reglado, conformado o ajustado a Derecho (Estado de Derecho), sirve a cada ciudadano como garante del desarrollo de sus potencialidades.

En otros términos, se le entiende como un sistema político que junto con el respeto a la **libertad** formal del Estado liberal y de la **fraternidad** del Estado Social, procura la efectiva y concreta **igualdad** de los ciudadanos.

El planteamiento que sirve de base a esta concepción Estado democrático "se aviene con el signo que preside la evolución del pensamiento de nuestro siglo... la filosofía contemporánea ha ido de lo abstracto a lo concreto: del hombre ideal-racional de Kant al hombre situado del existencialismo, en el que falta incluso una esencia distinta a su existir temporal, pasando por el hombre condicionado socialmente que inauguró el materialismo dialéctico. En la filosofía política habrá, pues, que pasar, de forma paralela, de una democracia formal y abstracta, que el liberalismo imaginó para el ciudadano ideal, no determinado socialmente y, por tanto, teóricamente igual a todos sus semejantes, a una democracia que sirva al hombre real y concreto, inmerso en los condicionamientos particulares que le impone la vida social".⁴⁴

E. El Estado mexicano: base ideológica, dogmática y orgánica.

En México, la tendencia hacia las ideas liberales proviene de la labor de los precursores independentistas, que las asimilaron de Europa y luego las incorporaron a las constituciones como postulados reivindicatorios.

Esas ideas e instituciones, extrapoladas de la cultura europea, se utilizan como bandera en el anhelo de las élites criollas para obtener la independencia de la corona española, pero divergen de sus fuentes al caer en la aceptación de las estructuras sociales verticales y jerarquizadas que regían en la Nueva España; éstas fueron las bases de coexistencia entre latifundistas y grandes comerciantes que monopolizaban el poder económico y social, con una mentalidad autoritaria contrastante con el servilismo de las grandes masas campesinas.

En ese contexto, el modelo constitucional del Estado resultó más de carácter meramente oficial, que auténticamente aplicado. La ignorancia y la pusilanimidad de las grandes masas impedía su aproximación a ese modelo constitucional en el que se reconocían derechos y garantías fundamentales extractadas

⁴³.- Cfr. Zipf. H. Introducción a la política criminal, págs 28 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidos. España, 1979.

⁴⁴.- Véase Hassemer. Fundamentos de Derecho Penal, págs 94 y ss. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1984.

de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. Su acercamiento real se daba a las instituciones sociales de dominación como el cacicazgo, los regímenes serviles latifundistas, etc. Toda la labor evangelizadora de la colonia había surtido pleno efecto instaurando el sometimiento físico y espiritual.

Como resultado de la sangrienta lucha revolucionaria (fratricida) que se desarrolla en la primera década del presente siglo en México, y una vez triunfante el movimiento insurgente, se trata de pacificar al país (ante las secuelas del levantamiento armado, significadas por grupos que se mantenían beligerantes comandados por sus caudillos) y dotarlo de un ordenamiento jurídico fundamental donde se plasmaran una serie de principios que, en su momento, a modo de ideales - de libertad, igualdad y justicia social- fueron abanderados por el pueblo mexicano que se sublevó.

El Estado mexicano constitucionalmente, sigue los lineamientos del modelo liberal, con su separación de poderes tendentes a su mutua limitación y equilibrio, de entre los diferentes órganos o ramas que los integran: ejecutivo (régimen presidencialista), legislativo (Congreso de la Unión: bicameral) y judicial (sistema de justicia de Derecho codificado).

No obstante, se ha dado un desfase entre norma y realidad, entre constituciones escritas y constituciones políticas reales, signo de la idiosincrasia de pueblos sometidos al yugo colonial.

Aun hoy, cuando las reformas constitucionales siguen el paso de las europeas, incorporando derechos y prestaciones sociales, o incluso cuando como en el caso de la mexicana, ya los encuentran contemplados, resulta que las normas terminan siendo letra muerta, situación característica del subdesarrollo económico (ahora se le llama de países de economías emergentes), dado que aquéllas difícil o parcialmente se cumplen.

En cuanto al régimen político, ha sido claro el predominio del ejecutivo sobre las otras ramas del poder público. En gran parte el ejecutivo ha invadido la función legislativa a través de mecanismos de iniciativas de ley o de la seducción a los representantes (diputados y senadores) con base en la propuesta -al ser jefe del partido político en el poder: situación que actualmente trata de encubrirse al divulgar la versión del deslinde del jefe del ejecutivo con el órgano político en cuestión- para ocupar puestos de elección o posibles cargos en la administración pública, aunado ello al sometimiento por vía burocrática y presupuestal. A lo anterior habría que agregar el vasto y acentuado fenómeno de la corrupción de los servidores públicos, claro con sus honrosas excepciones.

Tocante a la impartición de justicia, la injerencia que los poderes ejecutivo y legislativo tienen en la nominación de los jueces (ministros y magistrados, locales y

federales; disfrazado un tanto ahora con la implantación de los llamados consejos de la judicatura) ha coartado notoriamente su autonomía. La misma gestión administrativa de la procuración de justicia por parte del ejecutivo ha servido para su manipulación. Verbigracia expulsión de delincuentes extranjeros existiendo en su contra orden de aprehensión, o manipulación de leyes procesales alegando causas de exclusión del delito, cuando en el fondo se trata del desistimiento de la acción procesal penal en razón de motivos políticos, etc.

La brecha entre norma y realidad, entre el modelo oficial y el aplicado, ha sido un fenómeno de los países de economías emergentes, lo que en parte ha evidenciado una actitud pretenciosa de hacerse a una superestructura de países independientes y avanzados. El discurso de legitimación jurídico ha estado siempre presente en los actos de poder del ejecutivo, y lo mismo ha pasado con el discurso político vacío, calificado de manera espuria como "revolucionario" o "democrático".⁴⁵

Por tanto, no es dable hablar en nuestro país, simple y llanamente de un Estado de Derecho sino de un Estado Democrático (liberal) Social y de Derecho, (punto de vista formal aunque no material), anhelo de naciones, incluso desarrolladas, en las que sus ordenamientos fundamentales muchas veces carecen de normas como las contenidas en la ley suprema de México.

Es característica de las constituciones como la mexicana, la perfección jurídica (formal) para la efectiva protección de las garantías individuales y sociales; esto es, se prevé un instrumento para su respeto: el juicio de amparo (artículos 103 y 107). Se advierte consecuentemente, que los derechos fundamentales se encuentran por encima de los actos de poder que pudieran nulificarlos o limitarlos, ya por medio de leyes secundarias, reglamentos o circulares, o en actos (sin fundamento jurídico) de los gobernantes, dado que aquéllas -las garantías- están contenidas en la ley suprema de toda la Unión (artículo 133).

Al ser la Constitución mexicana de carácter liberal y social, incluye una parte dogmática. En el Título Primero, capítulo I, denominado **De las garantías individuales**, consagra derechos fundamentales, tanto de índole personal (particular) como social -a los cuales se le adicionan los contenidos en el artículo 123- y colectivos. Tal es el grado de excelencia en su declaración legal, que se ha proclamado que si se tratara de definir a la sociedad mexicana por su Constitución, no habría diferencia entre ella y la de la mayor parte de los países desarrollados (liberales) del orbe.

⁴⁵ - La ideología revolucionaria que exige libertades individuales y derechos económicos y sociales -gestada mucho antes a consecuencia de la Revolución Industrial y el protagonismo del proletariado- se plasma en la Constitución mexicana de 1917. Igual que sucedería en la Constitución alemana de Weimar de 1917, al lado de las garantías propias del Estado liberal, aparecen las del Estado Social, pero además se agregan a esta mixtura un característico corte democrático.

México es, pues, un Estado de Derecho, dado que se autolimita, vela por la esfera de libertad y seguridad jurídica del ciudadano, en particular frente al mismo poder del Estado, al tener plena operatividad el principio de legalidad (artículo 14), según el cual sólo se puede castigar o intervenir en los derechos de los particulares, cuando se trate de casos previamente establecidos por una ley que recoja el supuesto de hecho configurador de delito o falta, y únicamente con sanción que también señale de antemano la propia ley. Tal principio encierra tanto el sentido de ofrecer seguridad al ciudadano, como el significado político liberal, de que sean sólo los representantes del pueblo (el Congreso de la Unión o el Congreso Local) los que puedan deslindar lo prohibido de lo permitido.

El centro de gravedad del principio de Estado de Derecho teóricamente ha evolucionado progresivamente de la configuración formal hacia una realización material, que pretende la libertad y la seguridad individual del ciudadano, no sólo mediante la abstención del Estado (su apartamiento de la esfera de derecho individual), sino con la garantía positiva, a cargo del Estado, de una existencia digna del ser humano; de ello resulta como finalidad la defensa de la dignidad humana y la garantía de la libertad general de acción.

Es un Estado democrático el mexicano, dado que el poder se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial (artículo 49), y aquél (el poder) exclusivamente, dimana del pueblo y se **instituye para beneficio de éste** (artículo 39), de lo que se evidencia que no permitiría para sí, gobiernos tiránicos o absolutistas, dado que la voluntad del pueblo mexicano es constituirse en una República representativa y democrática (artículo 49).

Un Estado democrático de Derecho adquiere singular importancia en lo concerniente a las garantías penales que está llamado a respetar, debiendo asegurar además del principio **nullum crimen, nulla poena sine lege**, otros límites en el uso de las sanciones, como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, según el cual no pueden castigarse hechos meramente inmorales; el principio de culpabilidad **base y medida de la pena**- por el hecho, que prohíbe castigar más que en la medida en que al sujeto le sea atribuible una conducta antijurídica; el principio de proporcionalidad, que exige una clara equivalencia entre la gravedad del hecho realizado y la pena a imponer, o la medida de seguridad adecuada al sujeto peligroso; y el principio de resocialización, hoy muy debatido, pero sancionado por la constitución (artículo 18), que faculta al Estado a orientar las penas facilitando (¡no imponiendo, ni obligando!) al delincuente alternativas al comportamiento criminal o por lo menos, cuando eso no sea posible, a esforzarse en evitar que la sanción ejerza efectos desocializadores innecesarios.

El Estado mexicano en los últimos años ha asumido la peculiaridad de un Estado corporativo, dado que los "**pactos sociales**" que ha instrumentado, tienen

como finalidad regular las relaciones de producción entre los intervinientes en la generación y acumulación de la riqueza y de los satisfactores, es decir, mantener la estabilidad en el intercambio comercial, detener el índice inflacionario (aunque sea artificialmente) y justificarse brindando a la ciudadanía un ligero aumento de bienestar social, sobre todo a las capas económica y culturalmente marginadas, con su intervención a través de programas gubernamentales, similares al denominado, en el sexenio pasado, "Solidaridad."

Sin embargo, la tendencia del Estado mexicano, si bien como hemos apuntado responde formalmente a las características del modelo democrático-social de Derecho, paulatinamente va declinando a uno de corte neoliberal, lo cual encierra el peligro de que a la larga no garantice (o sea letra muerta), la fáctica realización de ese cúmulo de derechos humanos previstos positivamente en la constitución; que se pierda por el gobernado -ante este estado de cosas- el respeto a las instituciones y se de una "sublevación de las conciencias", dado que va en aumento de parte del ciudadano su desconfianza en las leyes, en los sistemas de justicia, y en los que ejercen, de uno u otro modo el control social formal, al grado de que en tiempos como los que vivimos, de descomposición social e inseguridad, particularmente frente al temor generalizado a la delincuencia, se engendran reacciones sociales, que se convierten en un factor políticamente significativo, que hace surgir el peligro de que se adopten decisiones político criminales desconectadas del objetivo de prevención, dado que se crean tipos penales nuevos a pesar de que aquéllos de que se disponen son suficientes; se elevan las penas al máximo -40 o 50 años de prisión- (creando un terror penal y nulificando el principio de readaptación o resocialización), a pesar de que todos los que están bien informados saben que proceder de esta forma no comporta efecto especial alguno; se recortan en general los derechos constitucionales de los procesados y condenados (creándose verbigracia cárceles de "máxima seguridad"), a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido número de sujetos (selección y estigmatización); se introducen leyes especiales para terroristas y duras medidas penitenciarias, así como se reducen o niegan beneficios, que ofrecen serios reparos constitucionales, a un sistema de readaptación y no de retribución.

A mayor abundamiento, no resulta por demás afirmar que responder a la alarma social ante el aumento de hechos antisociales, con la tortura policial, el linchamiento inmediato en la plaza pública, el lavado de cerebro y la lobotomía, indudablemente serían algunos métodos que probablemente resultarían en sí mismos eficaces, comparativamente con una sanción impuesta dentro de los márgenes legales y poniendo en marcha todo el aparato judicial: con sus lentos mecanismos, complicadas redes jurídicas y costo económico. Sin embargo, ello no legitima que tales procedimientos de lucha contra los comportamientos antisociales puedan ser preferidos desde el prisma de un Estado democrático social de Derecho, como el que constitucionalmente es base del mexicano.

Este tipo de reacciones, en tiempos como los que vivimos, de temor generalizado ante la delincuencia,⁴⁶ puede echar por tierra los esfuerzos de muchos decenios por conseguir un Derecho penal equilibrado y moderno, y reducirlo a una mera función simbólica. Un Derecho penal que en muchos de sus ámbitos tenga tan sólo un efecto simbólico, hará que se vuelva la mirada a sistemas que no responden a nuestro entorno cultural, propios de países quizás tecnológicamente desarrollados, pero bárbaros en su forma de administrar "justicia", y no será capaz a la larga de cumplir con su tarea: mantener la paz social, pues habrá perdido toda credibilidad.

Si el Estado mexicano quiere fortalecer y mantener vigente su formalmente aceptado (en la Constitución) Estado democrático (liberal) social de Derecho, tiene que pasar de ese plano, de ese nivel de declaración normativa, a una efectiva realización de las garantías individuales, de las sociales y de las colectivas, hoy denominadas derechos humanos.

En consecuencia, el Estado y su poder punitivo no derivan de una disposición divina, sino que responden a un determinado tipo de ideología y afirmación o protección de los intereses económicos del grupo que detenta el poder. Pese a ello, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando trata la cuestión de la soberanía, indica que el "poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este" (artículo. 39). **En esa consideración, debe prevalecer la idea (aunque en el fondo utópica) de que, de común acuerdo, los ciudadanos se organizan y establecen un poder que asegura la convivencia pacífica frente a los ataques que puedan sufrir por parte de terceros.**

El modelo derivado de las diversas concepciones de Estado ha tenido plasmaciones sustanciales en la definición de las tareas y límites del poder punitivo. En tal virtud, una conducta sólo debe ser conminada con una pena cuando afecte dañosamente a los derechos de otras personas y no cuando resulte meramente pecaminosa o inmoral. Así, por ejemplo, la herejía, que en su tiempo fue considerada como un gravísimo pecado (recuérdese al tribunal de la Santa Inquisición), no debe ser castigada penalmente de conformidad con la moderna concepción del Derecho penal, pues es una conducta que afecta tan sólo a la "salud" del alma del propio hereje, sin afligir para nada a los derechos de otros. Igualmente, la sodomía y las relaciones sexuales con animales, que en aquél tiempo estaban castigadas con las más graves penas, pueden ser en gran medida conductas inmorales, pero no deben ser castigadas penalmente porque no dañan a otras personas, es decir, no suponen obstáculo alguno para la convivencia pacífica.

III. Evolución de las normas del Derecho penal frente al desarrollo cultural del hombre.

⁴⁶ - Cfr. Hassemer. Fundamentos de Derecho Penal, págs. 105 y ss., Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

En este punto, hemos sintetizado el pensamiento de Eduardo Novoa Monreal⁴⁷, Gerardo Landrove Díaz⁴⁸, Hans Lüttger⁴⁸, Reinhart Maurach⁵⁰, Heinz Zipt⁵¹ y García-Pablos de Molina⁵², entre otros, abundando desde nuestra particular óptica en torno a la problemática que desarrollan.

Es evidente que nunca, en su ya larga historia, la humanidad ha vivido tan bruscos y profundos cambios como en la época actual. Todo se altera y modifica, la mayor parte de las veces en un sentido positivo de progreso y acrecentamiento. Esto lo advertimos en todos los órdenes de la vida humana y de los factores que la condicionan, en especial dentro del campo de los conocimientos, tanto científicos, como tecnológicos, de las estructuras y formas de vida social, e incluso de los valores éticos y jurídicos que reconocen y sostienen la cultura de los pueblos; en tanto, otras nuevas formas de vida tienen un contenido negativo.

Como destaca Maurach, constituye un "fenómeno ligado inseparablemente al general desarrollo cultural" el incremento o reducción del campo del Derecho penal, tanto desde el punto de vista cualitativo (gravedad de las conminaciones penales) como cuantitativo (número de tipos de conducta punible). Nuevas formas de delito obligan al legislador a seguir el compás del progreso técnico que produce una ampliación del Derecho penal "completamente natural",⁵³ piénsese - por ejemplo- en las figuras de usura, estafa, quiebra o concursos, en cuanto manifestaciones de una nueva dimensión del tráfico económico-jurídico, o en aquellas formas de delincuencia surgidas con la aparición de la electricidad, las distribuidoras automáticas, el inquinamiento del aire o de las aguas, etc. Con ilustrativos ejemplos, ha evidenciado Cornil mecanismos restrictivos o de ampliación mediante los cuales todo sistema se adapta a las situaciones nuevas.⁵⁴ Más recientemente, nos dice Landrove Díaz⁵⁵, y con relación al Derecho Penal suizo, aborda Graven algunos aspectos de esta reconciliación del Derecho Penal con la realidad. En España también la moderna elaboración del delito denominado masa es uno de los ejemplos más característicos y expresivos de este intento permanente de adecuación a las nuevas modalidades delictivas de la justicia punitiva.

Cabe destacar, dentro de esa esfera de transformaciones y evolución del conocimiento humano, las alteraciones suscitadas en las siguientes áreas.

⁴⁷ - Véase Progreso Humano y Derecho Penal. Trabajo publicado en Revista Mexicana de Derecho Penal. pág. 91 y ss. 5ª Época número 4. Julio- diciembre. Editada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1978.

⁴⁸ - Cfr. Los fraudes colectivos, págs. 33 y ss. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1978.

⁴⁹ - Medicina y Derecho penal, págs. 13 y ss. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. España, 1984.

⁵⁰ - Tratado de derecho penal. Parte General, tomo I, págs. 27 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, España. 1962.

⁵¹ - Introducción a la Política Criminal, págs. 111 y ss. Edersa, 1979.

⁵² - Estudios penales. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

⁵³ - Tratado de Derecho penal. Tomo I, Págs. 27 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, España, 1962.

⁵⁴ - Citado por Landrove Díaz, Gerardo. Los fraudes colectivos, págs. 16 y ss. Bosch, Casa Editorial S. A. Barcelona. España, 1978.

⁵⁵ - Los fraudes colectivos, págs. 17 y 18. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1978.

I. Cambios en las estructuras político- administrativas.

A. Crecimiento cada vez mayor de los organismos, oficinas, servicios estatales y administrativos, seguido del aumento de los funcionarios públicos y del poder que éstos, de derecho o de hecho, adquieren sobre los ciudadanos.

Así, el no otorgamiento de un certificado, licencia o constancia indispensables, puede ser el medio de paralizar una actividad lícita y de ocasionar perjuicios graves. Tal situación hace que proliferen normas administrativas que adquieren un sentido hermético o permanecen desconocidas (inflación legislativa, diríamos nosotros, en la que cae en los tiempos que corren, el legislador mexicano).

La reforma de las leyes penales ha de considerar, por consiguiente, la necesidad de revisar con mucha atención los tipos delictivos correspondientes a delitos que cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, en especial, los de cohecho, enriquecimiento ilícito, negativa a prestar el servicio debido y extralimitación de facultades. También han de revisarse las penas asignada a esos tipos delictivos, para aumentarlas proporcionalmente a la gravedad del injusto, si fuera necesario.

B. Irrupción de extensos sectores populares como fuerza política incontrarrestable, consciente de sus derechos, que procura la transformación de los sistemas tradicionales de organización institucional dentro del Estado.

En México tenemos casos ejemplares. Extensos sectores de la población pertenecientes a estratos sociales económicamente bajos, se agrupan o son inducidos a afiliarse a partidos políticos u organizaciones de "izquierda", que explotan sus ilusiones, esperanzas, anhelos o aspiraciones de obtener por ejemplo mejoras económicas, sociales, laborales, viviendas o servicios públicos de urbanización para los sitios -las periferias, o barriadas o las llamadas "ciudades perdidas"- que habitan, o que reclaman la ayuda para la construcción de sus moradas, etc. O bien, que engañados y mediante la incitación a utilizar medios violentos, pretenden lograr reivindicaciones de clase o "justicia social". De esto deriva la necesidad de una consideración más cuidadosa y comprensiva de muchas figuras penales relativas a la seguridad interior del Estado, como son las de justicia de propia mano, sedición, insurrección y terrorismo.⁵⁶

⁵⁶ - Las ansias de justicia social son válidas, pues el Estado no ha brindado a todos iguales oportunidades de desarrollo. Los efectos son directos y contundentes en perjuicio de terceros: plantones, marchas, mitines que dan lugar al entorpecimiento de vías y medios de comunicación (caso típico es el de la circulación vehicular en las grandes ciudades), con el consecuente deterioro de la vida comunitaria, miles de usuarios se ven imposibilitados para realizar actividades de toda índole, llegar a sus centros de trabajo, recibir atención médica, concretar algún negocio, etc. Hay pues, a partir de este tipo de movilizaciones, repercusiones concretas como la paralización de la planta productiva y de servicios, en detrimento de la economía nacional y de los particulares. No obstante, ante estos problemas debe buscarse una solución alterna, que no implique la simple criminalización de los comportamientos; aun cuando en ciertas ocasiones se desborden en violencia, si no se quiere acentuar los vicios del sistema, no deben ser asimilados a la delincuencia común. El concepto de "delito político" debe ser mejor categorizado y ha de entenderse también a la llamada

2. Cambios en las estructuras económicos-sociales.

A. Economía dirigida por el Estado o libre mercado.

La defensa de la "economía nacional" preconizada en algún tiempo por el Estado, llevaba a restricciones de importaciones, prohibición y explotación de cierta mercadería, combate al contrabando y a la defraudación fiscal, fiscalización de operaciones sobre moneda extranjera y de comercio de divisas, etc. De esto surgió el vasto campo de los delitos económico-sociales y fiscales, abundantes en la legislación, poco trabajados por la doctrina y mal sistematizados dentro de la ley penal o las leyes especiales, que lleva en muchos casos a duplicidad normativa o a una defectuosa regulación. Figuras delictivas como violación de precios, negativa de venta, resistencia a producir, especulación con divisas extranjeras, importaciones ilegales, forman parte de él, entre muchas otras. Empero, lo que se ha dado en llamar globalización de la economía, principio propio del llamado neoliberalismo, implicó la apertura de la economía nacional a sistemas productivos de países del "primer mundo" con una consecuencia de desmantelación de la incipiente planta productiva local, la cual al gozar durante décadas de un proteccionismo estatal, careció siempre de solidez y competitividad en relación con la del exterior. Por ello, es recomendable reglamentar sobre la competencia desleal, la entrada o salida de capitales de inversión foráneos y nacionales, el pago de contribuciones, transformación de tecnología, el cuidado del medio ambiente, los ecosistemas, y los desechos industriales tóxicos, etc.

B. Fuerte aumento de las exigencias tributarias del Estado.

Las necesidades financieras del Estado adquieren tal preeminencia, que debe reprimirse cualquier elusión de las obligaciones tributarias por parte del particular.

Con ello cobran mayor importancia los delitos de contrabando, defraudación fiscal (en el que incluso se emplean las modernas computadoras para la transferencia de capitales de un Estado a otro sin el pago de las contribuciones respectivas, o la salida ilegal de divisas) y aduaneros, y nace toda una serie de hechos punibles constituidos por actividades productivas o económicas clandestinas, burla de fiscalización estatal; eliminación de boletos, oficios o constancias de comprobación, alteración de declaraciones a la administración, adulteración de contabilidades y fraudes tributarios de muy variada naturaleza.

delincuencia político-social. Téngase presente la insurrección en algunos poblados del Estado de Chiapas que recientemente conmovió al país, así como los otros muchos movimientos reivindicadores de intereses campesinos, obreros, electorales, etc.

C. Acentuación de los antagonismos de clase.

Se da una polarización de los individuos en grupos sociales, ante el desigual reparto de la riqueza nacional. Cada vez es mayor la distancia entre pobres y ricos; los gremios o sindicatos, por ejemplo, agudizan la tensión entre ellos, lo que facilita la aparición de huelgas, **lockout** y hasta sabotaje industrial.

D. Multiplicación de grandes empresas industriales, dotadas de capitales cuantiosos (El llamado "delito de cuello blanco").

El que un Estado quiera reservarse el control de áreas estratégicas, a partir de una política basada en la libre determinación soberana y el consecuente derecho de planificar un sector de la economía, puede acarrear conflictos con los intereses de pequeños y grandes consorcios nacionales y extranjeros, que sientan la amenaza de ser desplazados o afectados en sus capitales. Brota de aquí una legislación que intenta superar la contradicción a través de la creación de delitos de monopolio, agio, competencia desleal y **dumping**.

Los cambios analizados anteriormente inciden de manera directa en lo que se conoce como delincuencia "de cuello blanco".

Se le ha llamado de diferentes formas: criminalidad de los negocios, criminalidad económica, etc. Pero ha prevalecido el término de "**white collar crime**" (delito de cuello blanco), que fue acuñado en 1943 por el criminólogo norteamericano Edwin Sutherland en un discurso pronunciado ante la Sociedad Americana de Criminología, y luego recogido en un libro que tituló así y en el que hace un informe sobre 70 de las más grandes empresas mineras y comerciales sobre las que hubo decisiones de tribunales y comisiones administrativas de los Estados Unidos y 15 corporaciones de servicio público de ese país. Sus conclusiones fundamentales indican que las más importantes empresas productoras de aparatos eléctricos norteamericanos se habían dividido el territorio de ese país en cuatro sectores, cada uno dominado por una de las cuatro más grandes e importantes sociedades de ese tipo. Estas empresas, en forma por demás arbitraria, es decir, sin tener en cuenta los costos de producción ni las leyes de la oferta y la demanda, se ponían de acuerdo para fijar los precios en detrimento del consumidor. Además, observó que cuando con esos propósitos se reunían los representantes de esas empresas, lo hacían clandestinamente, en hoteles de provincia, y utilizaban una especie de **argot** característico para disimular el contenido de los acuerdos. Así, en vez de hablar en sus cartas, por ejemplo, de listas de precios o listas de personas que concurrían a las reuniones, hablaban de listas de tarjetas de navidad. Se telefoneaban generalmente desde casetas públicas; cuando se registraban en los hoteles no daban nombres de las compañías representadas y así sucesivamente.

De allí que para Sutherland, delito no es todo lo atrapado por el Código Penal, sino también lo que ocasiona un daño importante a los intereses de la colectividad, aun cuando no esté tipificado en la ley sustantiva; basta que esté configurado en forma de multas, suspensión de licencias, etc. Casos de delincuencia de "cuello blanco" son: la violación a las leyes contra el acaparamiento; violaciones a las leyes relativas a alimentos y drogas (que tratan de evitar que se pongan en circulación alimentos y drogas en malas condiciones o que no reúnen las cualidades anunciadas); violación a la ley de seguridad y de salud pública; violaciones a las leyes que establecen sistemas de licencias aduaneras; prácticas profesionales deshonestas (médicos, farmacéuticos y abogados); la falsa publicidad; las violaciones a las leyes de patentes y fábrica y derechos de autor; a las leyes laborales; el mercado negro; el contrabando en las empresas; la evasión de impuestos; las quiebras fraudulentas; las infracciones que hacen los bancos a leyes especiales; el uso abusivo de marcas (por ejemplo, la falsa indicación de que un objeto ha sido hecho en un país determinado o en una fábrica determinada); las prácticas deshonestas de las grandes compañías de seguros; la venta de cuadros falsos como auténticos; la publicidad que anuncia precios rebajados que no están auténticamente rebajados, es decir, que el objeto que se ofrece por ese precio es de una calidad menor del que se ofrece habitualmente; las violaciones de las leyes de regulación de alquileres y traspasos de viviendas; los fraudes al control de divisas; los desfalcos; la malversación de fondos públicos; la corrupción de altos funcionarios; la contaminación ambiental, etc.

Algunos agregan a estos "ilícitos" otros tales como los informes fraudulentos o falsos de los medicamentos, el uso irrestricto de narcóticos por parte de estas especialidades, la prevaricación de los abogados, las prácticas laborales injustas, los delitos de guerra, e incluso se vislumbra una tendencia a responsabilizar en casos de accidentes de trabajo al administrador de una gran empresa por falta de seguridad en el trabajo, que aquél consideraba era de orden público "social". Se incluyen también, dice Lola Aniyar de C., a la criminalidad política (Indochina, Corea, Vietnam), el genocidio (desde el de los judíos hasta los de Biafra y la Amazonia), las torturas oficiales, la brutalidad policiaca especialmente, la dirigida desde las esferas políticas, etc. Aunque este tipo de delincuencia parece más bien delincuencia dorada que de "cuello blanco", ya que no es de tipo económico.⁵⁷

E. Explosión demográfica.

El incremento de la natalidad en los países periféricos, que se acentúa especialmente en los grupos humanos más pobres y en gente de origen campesino que se traslada a las grandes ciudades en busca de trabajo, o de mejores posibilidades de vida, intensifica los problemas de sobrevivencia. Sin poder abandonar un círculo vicioso que cada vez lo aleja más de un mejoramiento económico estable, este sector

⁵⁷ - Marco del Pont K. y Nadelsticher Miltrani. Delitos de cuello blanco y reacción social. Cuaderno número 8 del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1981.

de la población forma callampas, villas miseria o barriadas, que a su vez se convierten en refugio de maleantes habituales, asaltantes nocturnos, ladrones profesionales, receptadores y comerciantes en especies mal habidas, prostitutas, vagos y mendigos. Este fenómeno tiene en ocasiones proporciones tales que debe ser abordado, primeramente con medidas de carácter económico-social, pero que desde el punto de vista penal cabe considerarlo mientras se mantenga, desde el doble enfoque preventivo, mediante la instrumentación por parte del Estado de una Política criminal que englobe una política social: anticipándose a la perpetración del hecho, verbigracia excluyendo a los conductores sin aptitud del permiso de manejar vehículos de motor; reclusión de enfermos mentales peligrosos, eliminación de factores criminógenos que ejercen en el entorno social; adecuada configuración del tiempo libre; uso óptimo de los medios de comunicación social ante la presión consumista; alertar sobre el efecto criminógeno del abuso del alcohol; normativa de asistencia a la juventud y particularmente evitarles el contacto con los modelos de conductas criminales; respetar el pluralismo de sistemas de valores; mantener lo mas posible alejados del proceso evolutivo con los contactos con personas y ambientes criminales; dar importancia a la educación escolar para la lucha preventiva contra el delito; eliminación de riesgos para ser víctimas de delitos, etc. Por ello se recomienda la aplicación de medidas de seguridad predelictuales entendidas como las que busquen combatir los factores sociales, sin con ello lesionar las garantías individuales de los que integran ese sector de la población, ya que el enfoque represivo sólo es menester utilizarlo en caso extremo -prevención social-, con el perfeccionamiento de los preceptos punibles aplicables.

F. Atracción urbana.

Las grandes ciudades ofrecen a los desposeídos de las zonas rurales un espejismo: "mayores posibilidades" para superar su difícil vida, sea por la vía de una actividad lícita o por la que se aparta de la ley. Ciertos adelantos urbanos, obran además, como especiales atractivos que los desarraigan de su ambiente, llevándolos a establecerse en medios particularmente peligrosos para su moral y comportamiento social, en especial para los jóvenes. Piénsese, por ejemplo, en salones de baile, garitos, casas de prostitución, bares y otros lugares parecidos.

3. Cambios en la vida socio-familiar.

A. Desintegración de la vida de familia.

Las necesidades de la vida económica llevan a una gran parte de las madres de familia a buscar un trabajo mejor remunerado fuera de su hogar. Si este fenómeno, que en sí no tiene grandes inconvenientes, no es atendido por el Estado mediante la creación de establecimientos educacionales especialmente apropiados para acoger y atender debidamente a los menores o de hogares infantiles destinados a hacerse cargo de los párvulos durante la jornada de trabajo de los padres, en forma de

promover la convivencia del grupo familiar en momentos libres, las consecuencias pueden ser muy negativas.

La ausencia de los padres durante lapsos prolongados, así como las dificultades conyugales o la ruptura de la vida en común, pueden acarrear a los hijos daños en su formación psíquica, afectiva y moral que llegan a traducirse en manifestaciones muy variadas de lo que con impropiedad se denomina "delincuencia juvenil". Las pandillas juveniles, la adicción temprana a las drogas o al alcohol, los atracos cometidos por jóvenes y el robo de automóviles o de partes de éstos, figuran entre las principales manifestaciones de ella.

B. Igualación de los sexos.

De manera cada vez mas acelerada caen las barreras y las diferencias sociales que separaban a los sexos. Ello origina que tipos delictivos como el rapto, estupro, adulterio y el hostigamiento sexual, tengan sus días contados en los códigos penales que aún los contemplan. Particularmente, porque el aumento de sus funciones se ha debido en los últimos tiempos a presiones de "organizaciones feministas", que buscan irracionalmente el incremento desmedido de las penas que se prevén para los delitos de contenido sexual, abanderando una hipócrita moral de este tipo.

4. Los avances científicos y técnicos en el campo biológico.

A. La inseminación artificial humana.

El problema que en este inciso se reseña, no es meramente jurídico, tiene implicaciones jurídico-penales y civiles, religiosas, éticas, sociológicas, fisiológicas, médicas y psicológicas.

Por inseminación artificial se entiende la puesta en contacto del semen del hombre con los órganos reproductores de la mujer, o su inoculación en tales órganos, sin que medie el acto sexual.⁵⁸

La posibilidad de fecundar a una mujer artificialmente con el espermatozoide un individuo muerto, daría origen a lo que algunos han denominado los "hijos *post mortem*". Claro está que en rigor legal, la inseminación, para la que se utilizara el semen de un hombre que ha dejado de vivir, no generaría una inseminación entre cónyuges. Además, surgen otras múltiples cuestiones, por ejemplo, en lo relativo a la filiación de los menores. Supongamos que la mujer es fecundada - dada la esterilidad del cónyuge- con el semen del suegro, habiendo o no de por medio la autorización del primero. Esto acarrea dificultad en relación, como hemos dicho,

⁵⁸ - Lüttger, Hans. Medicina y Derecho penal págs. 13 y ss. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1984.

con la filiación del producto en su parentesco consanguíneo con el padre y el cónyuge de su madre, así como la problemática atinente a algunas figuras delictivas de índole sexual (por ejemplo, el delito de incesto).

En el campo civil, se producen problemas relacionados con la legitimidad del hijo habido mediante inseminación heteróloga (con semen que no es del marido) en una mujer casada. Sin duda, no cabe subsumir el comportamiento femenino correspondiente, en el tipo penal de adulterio. También pueden surgir cuestiones acerca de si podría incriminarse el hecho como la creación falsa de un estado civil, en el caso de que la mujer fecundada sea casada, teniendo en cuenta que se ha introducido en la familia a alguien ajeno a su sangre (esto, aun cuando el marido hubiese consentido) y que puede haber perjuicio para la descendencia regular.

B. Los trasplantes de órganos humanos.

Hasta hace poco, solamente se habían intentado trasplantes de un hombre vivo a otro hombre vivo, de piel, de trozos de hueso y, en raras ocasiones, de uno sólo de aquellos órganos dobles que posee todo ser humano, como puede ser un riñón. De cadáveres ahora se extraen córneas, arterias y huesos, para su implantación.

Actualmente, es común enterarse de trasplantes de corazón, además de la posibilidad de la cirugía estética, y la relativa a la corrección de deformidades o malformaciones, etc. En consecuencia, la ley positiva debe resolver expresamente en qué casos un sujeto vivo está autorizado para disponer de un órgano de su cuerpo, entendiéndose que jamás cabría la privación de un órgano o de una parte que ciertamente le causara la muerte o la privación de alguna extremidad indispensable para sobrellevar una vida normal. La extracción del órgano o partes corporales de cualquier especie de un cadáver (bien entendido que se haya comprobado el hecho de la muerte, y para esto la ley debe acreditar resguardos suficientes), debe ser permitida por la ley, sin perjuicio de reconocer ciertas facultades decisorias a los deudos del difunto. No debe aceptarse una constancia de muerte que emane de los mismos médicos que van a practicar el trasplante. Una operación de trasplante efectuada en condiciones que no asegure, dentro de la *lex artis* y de posibilidades racionales, una mejor supervivencia del receptor, puede originar responsabilidad por homicidio doloso o culposo, según los casos.

C. El cambio de sexo.

Aun cuando en opinión de los médicos no hay operaciones que importen un verdadero cambio de sexo, sino sólo permiten definir a un sujeto indiferenciado sexualmente o poner de manifiesto el verdadero sexo de un sujeto con apariencia del contrario, es el hecho que mediante ellas se altera la condición o apariencia sexual que hasta entonces había tenido el invertido.

Distinto es lo que acontece con las castraciones y mutilaciones que sujetos de sexo masculino llevan a cabo consciente o inconscientemente, a efecto de asemejarse a personas de sexo femenino.

Estas intervenciones van a transformar enteramente el género de vida que llevaban en sociedad y la forma como podrian "engendrar eventualmente" o receptor el implante de un óvulo fecundado para su desarrollo, cuando ello pueda acontecer. Se exigirán variaciones en su documentación personal y cambiará en forma muy importante su estatuto y deberes legales (pongamos por caso la prestación obligatoria del servicio militar, o el lugar de reclusión en el supuesto de comisión de ilícitos penales, en la sección varonil o femenil, etc.). Todo esto requiere como exigencia ineludible, el consentimiento expreso del afectado.

Sería conveniente por ello, contemplar un tipo penal que describiera y sancionara actos tendentes a modificar la apariencia sexual de un sujeto, o a definirla, sin su consentimiento. Todo esto fuera de las indispensables regulaciones que se harían necesarias en materia civil.

D. Los anticonceptivos.

Hay determinados anticonceptivos que parecen exceder lo que su nombre indica y que, más que impedir la fecundación del óvulo, evitan que el óvulo ya fecundado se implante en el útero femenino para continuar su gestación.

Se trata de saber si la protección penal contra el aborto comienza ya con la fecundación del óvulo o con la posterior anidación del óvulo fecundado en el tegumento del útero de la mujer, es decir, el proceso que estadísticamente se cierra en el decimotercer día después de la concepción.

Los medios que impiden la anidación en forma mecánica, medicamentosa u hormonal, entre el momento de la fecundación y la anidación (por ejemplo, los que se colocan dentro del útero y la "morning after pill"), no serán métodos abortivos, si es que el comienzo de la punibilidad por aborto se inicia con la anidación. Por tanto, es interesante indagar a partir de qué momento debe comenzar a contarse el plazo de punición, si desde la fecundación o desde la anidación, esto es, cuándo hay producto de la concepción (que es la expresión que utiliza la ley penal en el artículo 329).⁵⁹

La cuestión surge también especialmente con cierto tipo de dispositivos intrauterinos, destinados a obrar mecánicamente dejando deslizar el óvulo al exterior. Tal es el caso de los anillos uterinos, principalmente. No acontece lo mismo con el empleo de hormonas, ya que estas obran en el óvulo impidiendo su maduración,

⁵⁹.- Cfr. Lüttger. Medicina y Derecho penal, págs. 39 y ss. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, España. 1984. El Código Penal Federal en el artículo 329 define al delito de aborto indicando que "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

luego, si no hay óvulo no puede darse la fecundación. Por consiguiente, a partir de cuándo debe comenzar el plazo de impunidad ¿antes de la fecundación o de la anidación?

Como la generalidad de las legislaciones penales no describen detalladamente el tipo de aborto, o encierran en sí un tipo penal abierto, pues se limitan a mencionar "al que practique un aborto", "al que dé muerte a un feto" o al que "prive de la vida al producto de la concepción", es evidente que queda indeterminado por la ley el momento inicial en que puede existir la acción abortiva, cuando se entiende que ya hay feto o bien cuando hay producto de la concepción. Mezger, exponiendo una opinión muy seguida, piensa que hay feto (y, por consiguiente, aborto) desde el momento "en que el óvulo queda fecundado por el semen en el vientre materno". Principio análogo puede aplicarse respecto de cuando hay producto de la concepción.⁶⁰

Los dispositivos intrauterinos a que nos hemos referido, tienen el efecto de operar sobre el óvulo ya fecundado, bien haciéndolo pasar a la cavidad uterina en forma demasiado rápida y en un momento en que no es apto para la anidación, bien llevándolo a un útero que aun no está debidamente preparado para permitir su implantación. Como resultado de ello, el óvulo sería expulsado del vientre después de fecundado y, consecuentemente, se destruiría un germen biológico apto para originar una nueva vida humana.

De aquí que en opinión de algunos estudiosos, esos dispositivos intrauterinos no serían precisamente "anticonceptivos, puesto que no impedirían la concepción (recuérdese que la ley habla de producto de la concepción), sino que obstaculizarían la anidación de un óvulo ya fecundado, unidad biológica independiente, aun cuando necesitada de la implantación en el útero para su normal desarrollo. Se requiere, nos preguntamos, una vinculación interna de la instalación del huevo fecundado en el cuerpo materno, o se requiere que haya surgido una simbiosis entre ambos. ¿Se trataría, por consiguiente, de verdaderos "microabortivos"?

Ante los nuevos medios técnicos para impedir el embarazo, debe preguntarse si el concepto tradicional de aborto se aplica o no a estos "microabortos", o si en razón de motivos de política criminal, debe cambiarse el concepto de aborto contenido en el artículo 329 del Código Penal Federal.

⁶⁰ - Derecho penal. Parte Especial. Libro de estudio. Traducción de Conrado Firzi, págs. 57 y ss. Editorial Bibliográfica Argentina, 1959. Lüttger, Hans, indica que "el Derecho penal alemán describió el "aborto" entre 1943 y 1974 (parágrafo 218 de la vieja redacción del Código penal) como la "destrucción del feto". En esta última etapa de la vigencia de este texto legal surgió la cuestión de si se podría hablar de "feto o embrión" ya desde el momento de la fecundación o si ello era propio solo a partir de la anidación. A partir de la reforma legal de 1974, el delito recibió el nombre de "interrupción del embarazo (parágrafo 218 de la nueva redacción del Código penal). Medicina y Derecho penal. pág. 40. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid. España, 1984.

5. Progresos en el dominio y utilización de nuevas formas de energía y desarrollo del maquinismo, la electrónica y las técnicas que permiten inesperados efectos del obrar humano.

A. Desarrollo del maquinismo.

Los encargados del manejo de máquinas y los que se sirven de ellas, deben poner un especial cuidado en su operación, en su buen funcionamiento. Tal situación hace que surja ante el Derecho la posibilidad de que infrinjan su deber de cuidado (comportamiento culposo), provocando graves riesgos hacia ellos mismos o hacia los demás. También el Derecho puede tratar de prevenir daños tipificando determinadas conductas que se estiman como apropiadas para poner en peligro la vida o la salud personal o, en ciertos casos, la seguridad de bienes materiales.

Para el Derecho penal esta nueva situación ha exigido una mayor atención en torno a las fuentes del deber de cuidado y a su posible infracción por parte de los que viven en sociedad. Al respecto cabe hacer mención de la trascendente reforma al Código Penal Federal, que en el artículo 60, párrafo segundo, inserta el sistema de **numerus clausus** o de incriminación específica, a diferencia del que desde 1931 hasta el 1º de febrero de 1994 prevalecía, que era el denominado de **numerus apertus** o de incriminación abierta, modificación legislativa que obedece a la opinión doctrinal de que el delito culposo debe sancionarse excepcionalmente, por revestir un injusto de menor gravedad en relación con el doloso, por ello se reserva la punición de los comportamientos culposos para los casos de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales o prioritarios de mayor rango de los que protege el Derecho penal.

En los últimos tiempos, se ha visto un considerable aumento de los delitos culposos, dado el sorprendente progreso de la ciencia y la técnica. Destacan los concernientes a la circulación de vehículos, especialmente terrestres (sin dejar de lado el notable avance de los aéreos), que requieren en razón de su notorio incremento, de medidas especiales de política criminal, de mayor intervención de la técnica en su investigación y prevención, y de legislación represiva seleccionada y perfeccionada. Otro tanto podría afirmarse de los hechos atentatorios contra la vida y la salud personal, derivados del incumplimiento de normas de seguridad industrial y sobre todo de actividades científicas o peligrosas. Al respecto, cabe recordar el lamentable accidente de la planta nuclear de la entonces Unión Soviética, que causara grandes estragos en la vida de millones de personas y afectara a una gran extensión territorial de esa zona.

B. Producción, conservación y comercialización masiva de artículos alimenticios.

El hombre de hoy consume casi exclusivamente productos alimenticios que han sido objeto de una elaboración industrial en mayor o menor medida. Esos productos se guardan mediante procedimientos que en ciertos casos arriesgan alterar su aptitud para el consumo. Su distribución a través de organizaciones extensas exige precauciones especiales para mantenerlos en óptimas condiciones de higiene y hacerlos llegar en buen estado al consumidor. De aquí la gran importancia que adquieren los delitos que se llaman contra la salud pública, entre los cuales adquieren relieve particular los **delitos de peligro** y los **culposos** que pueden ser cometidos en relación con las sustancias alimenticias.

En lugar secundario, dentro de este plano, se hayan los delitos de adulteración de marcas, la reproducción de productos (la llamada "piratería") y el aprovechamiento del prestigio de ciertas marcas.

C. Utilización de medios masivos de difusión de ideas e imágenes; gran desarrollo de la radio y de la televisión.

Las organizaciones publicitarias y de propaganda, puestas al servicio de ciertos intereses, adquieren un poder extraordinario, que les permite moldear aspiraciones, gustos y hasta costumbres en extensos grupos humanos. Como ellas están constituidas generalmente con fines comerciales, surge el peligro de fraudes masivos,⁶¹ que aunque solamente originen perjuicio reducido a cada víctima en particular, por la forma multitudinaria en que se organizan, permiten alcanzar inmensas utilidades ilícitas a quienes lo preparan. Es claro que ningún particular se interesa individualmente por perseguirlos ni por probarlos; su indagación judicial, considerándolos como un cúmulo de pequeños delitos es farragosa e ineficaz, pero estimándolos como problema social de conjunto, se observa la existencia de grupos peligrosos y organizados que pueden originar enormes ganancias fraudulentas. La técnica penal intenta en razón de esto, personalizar la conducta delictiva en los individuos del ente social, para no contradecir el postulado básico de que no existe pena sin culpabilidad personal⁶². Aunque se probaran sus fraudes considerados cada uno aisladamente, la pena no podría alcanzar una debida proporción dada la gravedad social de esta clase de atentados. De esta manera, en tanto no se constituyan tipos delictivos nuevos, destinados a comprender en su conjunto estos fraudes masivos, las penas que hoy se aplican a sus autores, especialmente de orden pecuniario en el ámbito administrativo, constituirán sólo un riesgo económico más, que las grandes utilidades del negocio absorben holgadamente. Entran en estos casos las empresas de ventas de terrenos para construir viviendas que cobran precios y no otorgan título, las ventas de artefactos de uso doméstico defectuoso o de una calidad enteramente inferior a la anunciada, la venta de productos de belleza, de los que supuestamente

⁶¹. - Cfr. Landrove Díaz, Gerardo, quien establece que "en España la moderna elaboración del denominado delito masa es uno de los ejemplos más característicos y expresivos de este intento permanente de adecuación a las nuevas modalidades delictivas de justicia punitiva". Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1978

⁶². - Véase Landrove Díaz, Gerardo, Los fraudes colectivos, págs 20 y ss. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, 1978.

hacen que vuelva a salir el cabello, de los que permiten adelgazar a las personas sobradas de peso, etc.

D. Captación técnica de sonido e imágenes por medio de instrumentos sencillos, portátiles, de acción inmediata y de fácil manejo, capaces de cubrir ciertas distancias.

Aparatos fotográficos y de filmación y grabadores magnetofónicos entran en este grupo. Todos ellos permiten a cualquiera invadir la vida privada de otro, muchas veces sin que el afectado se percate de ello.

Actitudes o palabras íntimas, no destinadas a la divulgación y ni siquiera a ser conocidas por algún otro, pueden ser captadas, conservadas y difundidas a voluntad.

Con ello se produce, por una parte, una invasión a la intimidad del ser humano y, por otra, se facilitan atentados en contra de su dignidad. Chantaje, violación de secretos, difamación y otra serie de hechos importan una evidente violación a derechos esenciales del ser humano: el reconocimiento de su dignidad y el respeto de su intimidad.

En la práctica los preceptos penales tradicionales se centran principalmente en la protección de lo que se acostumbra llamar "el honor" de las personas, pero generalmente se revelan insuficientes para los hechos que mencionamos antes, y fácilmente esquivables por los autores de ellos.

6. Modificaciones en las valoraciones culturales y éticas de la sociedad.

A. Derrumbamiento del tabú sexual.

El rechazo a los viejos valores por parte de la juventud moderna, unas veces con mayor acierto que otras, a contribuido a echar por tierra una errónea concepción ética que centraba su preocupación en el cuerpo humano y en las funciones genésicas, para reprobar casi todo lo que a ellos se refiere. Se trata de una antigua moral "de cintura hacia abajo", dedicada a imponer un hipócrita silencio sobre todo lo concerniente al sexo y a la vida sexual; daba origen a muchos males que podrían haber sido corregidos, y dejaba en el olvido aspectos morales mucho más importantes, preferidos en favor de esa exagerada deformación de lo sexual.

Esta diversa posición frente al sexo trae muchas consecuencias en el ámbito penal. Las nociones de moralidad pública, obscenidad, pornografía, buenas costumbres y escándalo, han experimentado indudable alteración. Un cuerpo humano en gran parte descubierto o aun totalmente desnudo, no se tiene por sí sólo, como algo cuya exhibición pueda originar inculpaciones por atentados de esa especie. Se

especifica mejor la obscenidad como algo tendente a lastimar el respeto hacia nobles funciones humanas, y la pornografía, como manifestaciones que buscan provocar, especialmente en los adolescentes, una inconducente excitación erótica, desatar incontrolables instintos o desviar normales inclinaciones, con daño social.

B. Acentuación del respeto a la dignidad de la persona humana.

Cada día progresa el concepto de que todo hombre tiene dentro de sí un santuario inviolable, que no solamente debe ser protegido en sus posibilidades de verterse hacia el exterior, sino en su manutención como vida interior auténticamente personal, fiel a la individualidad en que se genera, inseparable e intransferible de la persona, guardada de toda intromisión desde fuera que procure penetrarla sin el consentimiento de esa persona o que procure alterarla de cualquier manera.

Los llamados "lavados cerebrales" y, en general, todos aquellos actos que en cualquier forma procuran despersonalizar a un ser humano, total o parcialmente, bien sea para modificar en algunos aspectos sus reacciones psíquicas, bien para alterarlas radicalmente, deben ser proscritos jurídicamente y sancionados penalmente.

Otro tanto puede decirse de aquellas acciones que intentan dar a conocer a otros sin voluntad del afectado, los pensamientos o manifestaciones de cualquier clase que él no quiera revelar, salvo que se proceda con fines terapéuticos (el psicoanálisis). Por ello es que ciertas máquinas o el "suero de la verdad", empleados en procedimientos que procuran obtener de otro individuo (así sea acusado penalmente), la manifestación de lo que él realmente sabe o recuerda, sin su plena voluntad, quedan también reprobados. Los llamados "detectores de mentiras" y los procedimientos hipnóticos o en los que se hace uso de drogas, a que muchas veces se acude o se propone acudir, deben ser rechazados. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla esta máxima en la fracción II, del artículo 20, cuando establece que "en todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: **no podrá ser obligado a declarar**. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio". Garantía que por mandato del párrafo penúltimo del citado numeral, también será observada durante la averiguación previa ante el Ministerio Público.

La intimidad del ser humano, en cuanto solamente a él le corresponde decidir sobre lo que quiere dar a conocer de aquello que existe en su interioridad psíquica, debe ser, asimismo, muy bien salvaguardada.

Las legislaciones penales empiezan recientemente a ocuparse de la elaboración de preceptos que tiendan a sancionar hechos como los señalados, que constituyen serios atentados en contra de la dignidad de la persona humana.

Muchas otras novedades del mundo actual podrían ser sancionadas en su relación con una necesaria revisión o complementación de las legislaciones.

**SEGUNDO
CAPITULO**

SEGUNDO CAPITULO

I. El Derecho penal.

1. El problema de la denominación del Derecho penal.¹

La denominación **Derecho penal**, que en el sistema jurídico continental europeo goza de una gran tradición, nunca ha sido del todo generalizada. Así, en el Derecho anglosajón y a veces, en el Derecho francés se le ha contrapuesto la denominación **Derecho criminal** (*criminal law, droit criminel*).

Entre las obras que circulan en México², se encuentran utilizando el adjetivo **penal** las siguientes: Abarca, **El derecho penal en México**; Almaraz, **Tratado teórico y práctico de la ciencia penal, Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931, Exposición de Motivos del Código Penal**; Cárdenas, **Derecho penal mexicano del robo**; Carranca u Trujillo, **Derecho penal mexicano, La unificación de la legislación mexicana, Teoría del juez penal mexicano, Principios de sociología criminal y Derecho penal, Código penal anotado**, Castellanos Tena, **Lineamientos elementales del Derecho penal**; Ceniceros, **Trayectoria del Derecho penal contemporáneo, Derecho penal y criminología, Datos preliminares del nuevo Código Penal de 1931**; Ceniceros y Garrido, **La ley penal mexicana, Colegio de estudios penales: Problemas penales de México**; De medina y Ormachea, **Código Penal Mexicano, Sus motivos, concordancias y leyes complementarias, Legislación penal de los pueblos latinos**; Franco Sodi, **Nociones de derecho penal**; García Ramírez Sergio, **Derecho Penal**; Garrido, **Ensayos penales**; González de la Vega, **Derecho penal mexicano. Los delitos, El Código Penal comentado**; Jiménez Huerta, **Derecho penal mexicano**; López Betancourt, Eduardo, **Introducción al Derecho Penal**; López de Goicochea, **El Código Penal comentado y concordado del Estado de Guanajuato**; Macedo, **Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano**; Machorro Narváez, **Derecho penal especial**; Matos Escobedo, **La responsabilidad penal de las personas morales**; Moreno, **Curso de derecho penal mexicano**; Pavón Vasconcelos, **Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Nociones de derecho penal mexicano. Parte General**; Porte Petit Candaudap, **Legislación penal mexicana, El Código Penal mexicano del**

¹ - Cfr. Porte Petit, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 14ª ed., págs. 13 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Del mismo autor véase también *Programa de Derecho Penal. Parte General*, 3a. ed., págs. 17 y ss. Editorial Trillas, S.A. México, 1990. Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2a. ed., pág. 27. Madrid. España, 1946. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pág. 27. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1950. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General*, 35a. ed., págs. 19 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

² - Cfr. Porte Petit, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 14ª ed., págs. 13 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Del mismo autor véase también *Programa de Derecho Penal. Parte General*, 3a. ed., págs. 17 y ss. Editorial Trillas, S.A. México, 1990. Mezger. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2a. ed., pág. 27. Madrid. España, 1946. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pág. 27. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1950. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General*, 35a. ed., págs. 19 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

porvenir, **Importancia de la dogmática jurídico penal**, Programa de la parte general del Derecho penal, **Apuntes de la parte general Derecho penal**, **Evolución de la legislación penal en México**; Rivera Silva, **Naturaleza, cultura y Derecho penal**; Teja Zabre, **Principios de ciencia penal**; Villalobos, **Derecho penal mexicano**.

Con una clara referencia a la estructura de la norma penal, se polemizó sobre si había de ser el presupuesto -el crimen, el delito- o la consecuencia jurídica -la pena- quien ejerciera el papel rector. Al final, se impuso convencionalmente, el elemento **pena**, a efectos de denominación, pero igualmente pudo haber sido al revés. Se ha entendido después que conservar la denominación Derecho penal obedece simplemente al deseo de mantener una tradición. En este contexto se ubica Petrocelli al indicar: "conservemos la denominación de Derecho Penal, porque contenido y fin fundamental del sistema de normas que es objeto de nuestro estudio es la represión del delito mediante la pena; porque el término pena, por la eficacia de la extensa tradición del lenguaje jurídico y del lenguaje ordinario, tiene la idoneidad suficiente para distinguir por sí misma la sanción establecida para los delitos propiamente tales, de otras sanciones de carácter aflictivo, previstas para otras formas de hechos ilícitos, cuya disciplina jurídica nunca se ha pensado comprender en el Derecho penal; porque nuestro derecho positivo denomina penal y no criminal al Código que comprende, en forma principal y fundamental, la materia de los delitos, de las penas y en forma complementaria, la materia de las medidas de prevención; porque con el término criminal, derivado de la palabra crimen que tiene un significado restringido y vago, no se alcanzaría el fin de una comprensión mayor ni de una delimitación neta".³

En Alemania Jescheck al tratar el problema planteado, analiza la evolución de las citadas denominaciones, indicando que "la designación de <Derecho Penal> (**Strafrecht**) que apunta a la <pena> (**Strafe**, término que en el alemán de los siglos XII a XV significaba <censura>, <reproche>) como consecuencia jurídica del delito, no se impuso hasta principios del s. XIX, mientras que con anterioridad la expresión usual era <Derecho Criminal> (**Kriminalrecht**), que alude al <crimen> como la otra integrante fundamental del Derecho Penal. A una etapa histórica anterior pertenece la expresión <**peinliches Recht**>. Esta última deriva de la palabra <**pein**>, que procede del verbo latino <**poena**> (penitencia, pena), que proviene, a su vez, del griego <**poiné**> (penitencia). En 1532 se realizó el primer ordenamiento jurídico-penal del Imperio alemán, denominado en alemán <**Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V**>, y en latín <**Constitutio Criminalis Carolina**>. En francés se utiliza indistintamente <**droit pénal**> y <**droit criminel**>, y en inglés <**pennal law**> y <**criminal law**>, sin que se atribuya significación alguna a una u otra expresión. En

³.- Citado por Porte Petit Candaudap, en Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14ª ed., pág. 13 y 14. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

los países socialistas se utiliza tanto la expresión rusa <Ugolownoje Prawo> (Derecho criminal) como la polaca <Prawo Karne> (Derecho Penal)".⁴

En contra de este planteamiento, que no prejuzga nada acerca del contenido esencial de la disciplina, se podría objetar que la denominación "Derecho penal" no abarca toda el área de esta disciplina pues ahora la medida de seguridad se sitúa junto a la pena, empero, si bien esto es cierto, la expresión tradicional es defendible para el Derecho penal en general, puesto que la pena se emplea en primera línea, y difícilmente podría encontrarse algún argumento de importancia en favor de alguna otra expresión.

Habida cuenta de que la medida de seguridad esta ausente de la denominación de esta disciplina, -Derecho penal-, es por lo que se pone de relieve que nuestro Derecho penal es hoy, por encima de todo, un Derecho penal de la culpabilidad, que estima al hombre como responsable de sus actos, como fin en si mismo, como ente capaz de autodeterminarse. En consecuencia, puede reprochársele su actuar cuando constituya un injusto penal sólo mediante la pena, que propicia de acuerdo con la tradición más pura la reconciliación del infractor y de la sociedad tras el daño causado.

Sin embargo, no cabe pasar por alto la reiterada premisa de que parten algunos autores para que se asuma la denominación **Derecho criminal** pues, definido el delito como grave alteración de la convivencia social, lo cierto es que existirá siempre aunque varíe de una época a otra, en tanto que se desea ver desaparecer la pena, sustituyéndola por medios más racionales de control social. Se afirma que la criminalidad es un hecho inevitable, en la medida en que no existe sociedad humana que esté excenta del crimen.

2. Concepto.

Apunta Morillas Cuevas que "toda definición se muestra condicionada por una actitud previa del que la va a desarrollar ante una opción de valores y expresiones que en definitiva marcan y delimitan la línea conceptual en la que se mueve. No es de extrañar, por tanto, que también en el Derecho penal exista la dificultad de encerrar en una breve formulación la vasta materia que le da sentido con la multiplicidad de hipótesis que han sido presentadas por la doctrina".⁵

⁴ - Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4 ed. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, págs. 8 y ss. Editorial Comares. Granada, España, 1993. Del mismo autor Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. I., págs 15 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1981.

⁵ - Manual de Derecho Penal (Parte General. I. Introducción y Ley Penal, pág. 21. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.

Las fórmulas definitorias que se utilizan por la doctrina para ofrecer un concepto de Derecho penal, son numerosas; parece que cada autor trata de dar el suyo, aunque las diferencias esenciales entre unos y otros son mínimas. Puede afirmarse **a priori** que cualquiera puede ser aceptada como válida. Si entre ellas quisiera descubrirse una diferencia esencial, no podría encontrarse más que en la distinta perspectiva desde la que se contempla el objeto de definición. Conforme a esa óptica, pueden inscribirse las fórmulas (transgresión penal y consecuencia jurídica), que encuentran su raíz en la definición que diera Von Liszt, y las que expresamente mencionan el contenido sustancial del ordenamiento, esto es, los valores e intereses que las normas penales tutelan, sin perjuicio de aludir también a la transgresión penal y a sus consecuencias jurídicas. Igualmente tenemos tendencias que van desde las que resaltan un carácter objetivo o subjetivo, hasta las que se conforman de pura formalidad descriptiva o material.

La fórmula de von Liszt fue: "Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia". La mayoría de los autores posteriores a él han seguido su estructura sin más modificación que añadir a la "legítima consecuencia" o pena, la otra que actualmente todos los ordenamientos incorporan (sistema dual, binario o de doble vía), la medida de seguridad. Recordemos algunas de las definiciones, para lo cual a este respecto seguimos en lo general, la recopilación llevada a cabo por Sáinz Cantero.⁶

1.- Carrancá y Trujillo (1937): "Objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación".

2.- Villalobos (1948): "El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro".

3.- Anton Oneca (1949): "conjunto de preceptos jurídicos que regulan la imposición por el Estado de penas y medidas de seguridad a los autores de delitos".

4.- Jiménez de Asua (1950): "conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la

⁶.- Lecciones de Derecho Penal. Parte General, págs. 6 y ss. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1990. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol I, págs 70 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General, págs.50 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde . Volumen I. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1981.

responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".

5.- Stampa (1953): "ordenamiento jurídico autónomo, perteneciente al Derecho Público, que tutela determinados intereses fundamentales del individuo y de la sociedad, mediante la aplicación de una pena o de una medida de seguridad a las conductas que contra aquéllos atenten (delitos)".

6.- Del Rosal (1959): "Aquella parte del ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de poder punitivo del Estado y anuda, a causa del hecho cometido, penas y otras medias afines, ante y postdelictuales, y según la personalidad del autor".

7.- Castellanos Tena, Fernando (1959): "Es la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social".

8.- Maurach (1962): "conjunto de normas jurídicas que asocian los efectos jurídicos exclusivos del Derecho penal a un determinado comportamiento humano".

9.- Quintano Ripolles (1965): "conjunto de normas jurídicas, establecidas por los órganos adecuados de la comunidad, que determinan las acciones y omisiones consideradas como delitos o faltas, las personas responsables criminal y civilmente de las mismas y las consecuencias derivadas acordadas mediante un proceso criminal previo".

10.- Porte Petit Candaudap, Celestino (1969): "conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordena ciertas acciones bajo la amenaza de una sanción en caso de la violación de las mismas normas".

11.- Mezger-Blei (1970): "conjunto de normas jurídicas que se asocian a un determinado hecho la pena como su consecuencia jurídica".

12.- Pisapia (1970): "conjunto de normas jurídicas que determinan los hechos ilícitos a cuya comisión el ordenamiento jurídico asocia consecuencias jurídicas".

13.- Jescheck (1970): "conjunto de normas que determinan qué acciones contrarias al orden social constituyen delito, y amenazan con la pena como su consecuencia jurídica".

14.- Schmidhauser (1970): "el sector del ordenamiento jurídico que regula el fenómeno de la pena estatal".

15.- Cuello-Camargo (1971): "conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas".

16.- Baumann (1975): "conjunto de normas jurídicas que asocian a un hecho determinado una pena o medida de seguridad determinada".

17.- Bockelman (1975): "conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto asocian penas y/o medidas de seguridad".

18.- Mir Puig (1976): "conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones preparatorias de naturaleza civil.

19.- Cerezo Mir (1976): "el Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad".

20.-Rodríguez Mourullo (1977): "conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad y corrección."

21.- Rodríguez Ramos (1978): Derecho Penal es "la parte del ordenamiento jurídico público sustantivo, reguladora de la facultad estatal de castigar y prevenir las acciones criminales, que, por estar enmarcadas en ámbito de seguridad y justicia, resulta exclusiva y estrictamente determinada por la ley, que a su vez aplican y ejecutan también órganos públicos, teniendo un carácter puramente personal la responsabilidad específica que de tales infracciones resulta". Las concepciones reseñadas y muchas otras que se han emitido tienen como característica común el situar como núcleo esencial del Derecho penal los delitos, y como su legítima consecuencia a las penas y a las medidas de seguridad.

22.- Zaffaroni (1985): "El Derecho penal (legislación penal) es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor. En segundo sentido, Derecho penal (saber del del Derecho penal) es el sistema de comprensión (o de interpretación) de la legislación penal".

Para nosotros, el Derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores (bienes jurídicos) fundamentales de la vida en sociedad, regulando la facultad estatal (**ius puniendi**) de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas (**ius poenale**: normas de determinación en caso de

imputables, o de valoración en el supuesto de inimputables) y además previendo ciertas reglas -esencialmente pertenecientes a la parte general del Código Penal- para aplicar o no en su caso, las penas o las medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atentan, mediante hechos considerados como desviados o dañosos en atención a la modalidad e intensidad del ataque de que los hagan objeto.

Si el Derecho penal en general es el conjunto de normas, de ello se deduce su naturaleza de ser un medio de control social, que liga a los miembros de la colectividad con el objetivo de salvaguardar la convivencia social. De esto se sigue que es el sector del ordenamiento jurídico cuyas amenazas son sanciones rigurosas, las más temibles, las que defienden el sistema social.

Junto a la alusión a los valores que el Derecho penal tutela (**ius puniendi**), se destaca igualmente en la definición propuesta, que la facultad del Estado de exigir la observancia de determinados comportamientos, y su facultad de castigar y aplicar medidas de seguridad, que constituyen indiscutible atributo de la soberanía estatal, vienen reguladas por el Derecho penal objetivo conforme a ciertos límites (principios de Política criminal). Se alude con ello al carácter fragmentario del ordenamiento punitivo que sólo protege determinados valores fundamentales y éstos solamente frente a los ataques de mayor intensidad (las acciones más intolerables). El Derecho Penal es, en su esencia, un medio de control social que protege intereses vitales.

Actualmente se establece que los tres pilares básicos en los que se apoya el Derecho Penal moderno son: hecho ilícito, sujeto activo y consecuencia jurídica.

a) El hecho ilícito constituye el requisito previo e imprescindible del Derecho punitivo. Sin la conducta delictiva la norma penal no tiene sentido y, en todo caso, pasaría a convertirse en un Derecho de la intención abocado a la búsqueda de elementos subjetivos, de caracteres sintomáticos del sujeto, "perseguido por lo que es y no por lo que ha hecho". Un Derecho contrario, en definitiva, a las exigencias básicas de un Estado democrático y de Derecho que requiere como dato imprescindible para la intervención punitiva la realización de una conducta concretada como delictiva por las normas penales.

b). El sujeto activo que ejecuta esa acción. Delito y delincuente "son una unidad inescindible, siendo el hecho la proyección de la personalidad del autor y viviendo el autor compenetrado con el hecho".

c). Las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un injusto, se presentan como las claves que constituyen los instrumentos disuasorios adecuados con los cuales la sociedad intenta combatir y controlar el fenómeno criminal.⁷

Al mencionar la pena y la medida de seguridad (consecuencias jurídicas, que constituyen la reacción estatal contra el atentado a determinados valores fundamentales, es decir, de un injusto penal), no se hace referencia a otras medidas reparatorias que el ordenamiento punitivo asocia también a la comisión de un delito (las que constituyen el contenido de la responsabilidad civil que del hecho punible se deducen) y que un gran sector de la doctrina incluye en su definición del Derecho penal. La tradicional corriente de opinión se muestra contraria al sistema empleado por el Código penal al propugnar la separación y, por tanto, la exclusiva naturaleza privada de la responsabilidad civil nacida de un injusto penal. Otros, por el contrario, a pesar de asumir el componente civil por su nombre y esencia mantienen que por su nacimiento, condicionantes y ejercicio es netamente penal al ser el hecho que la origina como de ese tipo.

Ahora bien, un hecho constatable en nuestro ordenamiento jurídico es la presencia de las normas referentes a la responsabilidad civil derivada de la comisión de un injusto de los que describe el Código Penal, pero éste es sólo un argumento formal. Su presencia en nuestra legislación obliga a su estudio en el seno de la disciplina penal pero ello no genera una naturaleza penal ni tampoco su inclusión específica en el concepto de Derecho Penal. Así tenemos que nuestro ordenamiento punitivo en su artículo 30 establece: "La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

3. El Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo.

Las posturas de los autores en esta materia se bifurcan:

a. Unos dividen al Derecho penal en esa doble perspectiva de objetivo y subjetivo, llevando a cabo respecto de ellos en un estudio independiente;

b. Otros opinan que no se trata de dos sentidos distintos, sino de aspectos diferentes de un todo.

⁷ - Cfr. Morillas Cuevas, Lorenzo. Manual de Derecho Penal (Parte General). I. Introducción y Ley Penal, pág. 23 Editorial de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.

Antes de tomar partido por una u otra postura, debemos puntualizar que el llamado Derecho penal subjetivo no es ilimitado. La facultad punitiva del Estado tiene que ser ejercida dentro del marco jurídico que como límite establece el propio Estado a través de las normas de Derecho. El principio general de Derecho de que **todo lo que no está prohibido está permitido** en este sentido adquiere vigencia. Por tanto, nadie está obligado a ejecutar lo que la ley no ordena ni le está negado lo que la ley no prohíbe. El Derecho Penal objetivo se traduce luego entonces en control de esa facultad estatal. Y aquí concluimos que de las ideas proyectadas, tanto el Derecho penal objetivo como el Derecho penal subjetivo, son simplemente dos matices dentro del concepto unitario de Derecho penal propuesto.

Bajo la idea de la tradicional separación del Derecho penal, Porte Petit alude a que "se divide en Derecho penal subjetivo y en Derecho Penal objetivo, debiendo entenderse por el primero, la facultad del Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Y correspondiendo al segundo, el concepto de Derecho penal... como ordenamiento jurídico".⁸

4. El Derecho penal como sector del ordenamiento jurídico.

El Derecho penal -condensado en el Código Penal- es la parte del ordenamiento jurídico que fundamentalmente contiene el catálogo de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, sin que quepa pasar por alto que hay leyes que regulando esencial y generalmente relaciones de Derecho público o de Derecho privado, contemplan la posibilidad de imponer las consecuencias jurídicas apuntadas, a determinadas conductas (los llamados delitos especiales) de las mismas. El artículo 6o., párrafo primero, del Código Penal, alude a los delitos especiales cuando prescribe que "cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo."

El Código penal está dividido en dos grandes libros, el primero (Parte General) reglamenta normas en sentido amplio, de aplicabilidad para la mayor parte de delitos. Esto es sí por motivos de técnica legislativa, pues de otro modo habría que repetir su contenido en cada tipo de delito, de los que reglamenta la Parte Especial prevista en el libro segundo del citado ordenamiento, junto con las eventuales

⁸ - Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14ª ed., pág. 18. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Fontán Balestra-Ledesma anotan que "el Derecho penal subjetivo, en su sentido más amplio, es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad: es el llamado *ius puniendi*. Es facultad, porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con autoridad a toda intervención estatal de tipo represivo. Ese conjunto de normas legales, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia, constituye el Derecho penal objetivo. El Derecho penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía que, juntamente con la tutela de bienes jurídicos, constituye el fin del Derecho penal". Derecho penal. Introducción y Parte General, 12a. de., pág. 11. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina, 1989.

circunstancias agravantes o atenuantes, que dan lugar a los tipos complementados cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

En una consideración puramente formal, el Derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas.

Al Derecho penal lo diferencia, respecto de las reglamentaciones llevadas al cabo por otras ramas del Derecho, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas (de privación de libertad, de multa, de privación o suspensión de derechos, etc.) y las medidas de seguridad (destinadas a impedir la reincidencia -en nuestro medio no tienen lugar las llamadas **medidas predelictuales-**, sin consideración al grado de responsabilidad individual, esto es, atentos exclusivamente a la peligrosidad del autor; algunas de ellas pudieran ser, medidas curativas, educativas, de internamiento, de desintoxicación, de deshabitación, de terapia social, etc.). Debe agregarse que la gravedad del injusto previsto por las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena o de la medida de seguridad, se vincula directamente con el principio de culpabilidad en un caso y en el otro con el de proporcionalidad de la medida.

Según el interés que guía el estudio del Derecho penal, el objeto de investigación estará constituido por una descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales: básicamente, la jurisprudencia de los tribunales en materia penal, o el conjunto de disposiciones legales que éstos invocan en la fundamentación de sus decisiones, esencialmente el Código Penal. En general, ambos aspectos son parte de la inquietud de los juristas abocados al conocimiento del Derecho penal, aunque actualmente se percibe un creciente interés por la investigación de la práctica del Derecho penal, es decir, por la jurisprudencia de los tribunales.⁹

El Derecho penal como parte del ordenamiento jurídico, está constituido por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las infracciones de éstas, que constituyen los delitos (por ejemplo, el artículo 302 del Código Penal que contiene el tipo del delito de homicidio). Pero además, forman parte del Derecho penal, **reglas en las que se establece qué presupuestos condicionan** las penas o las medidas de seguridad por los injustos realizados en su caso, por ejemplo, los ámbitos de validez de las normas del Código Penal (artículos 1^º al 5^º); cuándo hay un delito instantáneo, permanente o continuado (artículo 7^º); qué se entiende por dolo o culpa (artículos 8^º y 9^º); cuándo estamos en presencia de una tentativa de un delito (artículo 12 párrafo primero); quiénes son autores o partícipes en un injusto penal (artículo 13), etc. Igualmente las reglas pueden contener lineamientos respecto a la operatividad de las causas de exclusión del delito,

⁹ - Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14^ª ed., pág. 18. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

verbigracia cuándo hay ausencia de conducta (artículo 15, fracción I); cuándo se da una causa de atipicidad (artículo 15, fracción II, III en algunas hipótesis, y VIII, inciso a)); cuándo se actualiza una causa de licitud (artículo 15, fracciones IV, V estado de necesidad justificante y VI); en que casos el sujeto activo es inimputable (artículo 15, fracción VII); cuándo se da la inculpabilidad (artículo 15, fracciones V, en el supuesto de estado de necesidad exculpante, VIII inciso b) y IX); y finalmente la reglamentación del caso fortuito (artículo 15, fracción X).

Finalmente, el ordenamiento jurídico de la materia contiene enunciados que describen consecuencias jurídicas que se prevén para la infracción de las normas, es decir, para los delitos.¹⁰

Tenemos por ejemplo que el artículo 24 del Código penal establece el catálogo de las penas y de las medidas de seguridad, sin que se distinga específicamente qué previsiones contempladas en los diferentes apartados que conforman dicho numeral son penas y cuáles son medidas de seguridad, cuestión criticable porque, como veremos adelante, se pudiera pensar -postura no admitida por nosotros- que se acoge un sistema monista o de única vía, en relación con las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto penal.¹¹

La unidad del injusto hace que se vincule íntimamente el Derecho penal al ordenamiento jurídico general, en el sentido de que lo que es lícito en este último no puede ser ilícito en el punitivo. Así sucede que determinadas conductas típicas no tienen relevancia jurídico-penal, pero esto no es más que consecuencia de la técnica de reglamentación que da lugar a las figuras delictivas: el ordenamiento jurídico-penal, al crear los tipos, parte de las conductas ilícitas (contrarias al Derecho), pero de ellas no deriva significación penal de todas (no hace de todas ellas un injusto penal) sino sólo a aquellas cuya realización resulta más intolerable para la convivencia. Welzel expresó gráficamente esta peculiaridad de nuestro ordenamiento diciendo que

¹⁰ - Cfr. Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., págs. 11 y 12. Ediciones Akalis, S.A. Madrid, España, 1990.

¹¹ - Íntimamente relacionado con la pena está la responsabilidad civil derivada del delito. Esta responsabilidad, por su naturaleza, pertenece al Derecho civil no al penal, aunque se regule en el Código penal, ya que establece efectos exclusivamente civiles entre autor y ofendido, (de la misma forma que quien incumple un contrato con perjuicios para otro debe indemnizarle los perjuicios económicos ocasionados, también a la parte ofendida por el autor del delito deben ser compensados), con independencia de la responsabilidad penal subsidiaria. El Código penal Federal reglamenta la reparación del daño en el artículo 30, indicando que comprende: I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados. Tal determinación se basa en una relación entre el autor del delito y el Estado por el daño público que produce el delito. Aunque conceptualmente, pues, la responsabilidad civil derivada del delito no tiene nada que ver con la responsabilidad penal, no puede ocultarse la importancia que tiene para el ciudadano y para la credibilidad en la justicia penal que compensa satisfactoriamente el daño ocasionado con el delito, ya que de nada le serviría a ésta saber que se restablece la justicia pública (penal) y no, en cambio, la justicia privada (indemnización). No puede olvidarse incluso, que en algunos delitos (por ejemplo los ejecutados en contra de las personas en su patrimonio), al menos sociológicamente, suele interesar más la responsabilidad civil que la pena. Sobre la naturaleza y función de la responsabilidad civil en Derecho Penal, véanse Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 39 y ss. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1990. Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas. Derecho Penal. Parte General. págs. 799 y ss. México, 1980. Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, págs. 709 y ss. Editorial Harla. México, 1990. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. El hecho punible, págs. 26 y 27. Edersa. Madrid. España, 1982. Welzel Derecho Penal. Parte General. págs. 1 y 4. Ediciones de Palma. Buenos Aires. Argentina, 1956.

el Derecho penal sólo contiene la protección de los bienes jurídicos frente a determinada clase de agresiones.¹²

La norma penal establece una vinculación, una "relación histórica",¹³ entre un hecho o estado peligroso y una consecuencia jurídica; asocia una pena o una medida de seguridad a un determinado presupuesto. Su estructura externa, por tanto, está integrada por dos partes: el presupuesto o supuesto de hecho, enunciado en forma hipotética, y la consecuencia jurídica. El primero consiste en la descripción de una conducta y en otros países incluso también en la de un estado peligroso, la segunda en la fijación de una pena o una medida de seguridad para el caso de que el presupuesto tenga lugar. Verbigracia, el artículo 265, párrafo primero, del Código Penal establece que "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo" (presupuesto o supuesto de hecho), "se le impondrá prisión de ocho a catorce años" (consecuencia jurídica). Al no regularse en México previamente "estados peligrosos" para la imposición de una medida de seguridad, el presupuesto será también la realización de un injusto penal por un sujeto activo peligroso.

Las dos partes señaladas se encuentran en toda norma penal que sea completa. Ocurre a veces, sin embargo, que no toda disposición legal (el artículo de un determinado texto punitivo) contiene una norma penal completa. Unas veces, una disposición legal recoge el presupuesto o supuesto de hecho, artículo 302, y se encuentra en otra la sanción, artículo 307, como es el caso del delito de homicidio. Otras veces, la disposición legal de carácter penal contiene sólo la sanción y remite a una disposición de distinto rango para la determinación del presupuesto (las llamadas normas en blanco). Supuestos como el señalado en último término son frecuentes en las reglamentaciones de los delitos especiales, un ejemplo ilustrativo lo tenemos en lo preceptuado en el artículo 445 de la Ley General de Salud, donde se establece: "Al que sin autorización de las autoridades sanitarias competentes o contraviniendo los términos en que esta haya sido concedida, importe, posea, aísle, cultive, transporte, almacene o en general realice actos con agentes patógenos o sus retores, cuando éstos sean de alta peligrosidad para la salud de las personas, de acuerdo con las normas técnicas emitidas por la Secretaría de Salud, se le aplicará de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario general vigente en la zona económica de que se trate". En estos casos corresponde al intérprete recomponer la norma penal, partiendo de las distintas disposiciones que la integran, pues en la hipótesis citada, el reenvío se hace al catálogo de normas técnicas emitidas

¹² - Welzel. Derecho Penal. Parte General. pág. 1. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1956. Del mismo autor, Derecho Penal Alemán. págs. 11 y ss. Editorial Jurídica de Chile, 1970. También, El nuevo sistema del Derecho Penal, pág. 30. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1964. Por nuestra parte afirmamos que como otros sectores del ordenamiento general, el Derecho penal está formado por un conjunto de normas jurídicas, reglas de conducta que se imponen a los ciudadanos mediante un mandato de hacer u omitir, y la amenaza de una sanción, para quienes desobedezcan el mandato. La diferencia específica radica en el carácter de la sanción, en la naturaleza penal de ella.

¹³ - Rodríguez Mourullo. Derecho Penal, Parte General. pág. 76. Editorial Civitas. Madrid. España, 1977.

por la Secretaría de la Salud, las cuales evidentemente son de un rango inferior a la Ley que contiene el injusto penal especial.¹⁴

La norma penal contiene un juicio de valor sobre un determinado hecho, ya que al asociar a su ejecución una sanción se está formulando un juicio de disvalor sobre el mismo. En este sentido la norma penal es norma objetiva de valoración. Pero además la norma penal contiene un imperativo que, según Rodríguez Mourullo, "presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social",¹⁵ funcionando de esta manera como razón de la conducta del hombre, junto a otras motivaciones, muchas veces de más peso e influencia que la norma penal, que lo apartan de la realización de hechos delictivos. Este doble aspecto del contenido de la norma penal -juicio de valor e imperativo- permite señalarla a un tiempo como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación.¹⁶

El imperativo, mandato o prohibición que la norma penal contiene, aloja - como ha destacado Mir Puig- un doble precepto: el primero, al que él llama norma primaria, se dirige al ciudadano mandándole hacer una determinada conducta, o prohibiéndole que la lleve a cabo; el segundo, que denomina norma secundaria, se dirige al juez y le obliga a aplicar la consecuencia jurídica cuando se haya producido el presupuesto. Pero el incumplimiento de ambos preceptos, el ordenamiento jurídico prevé su correspondiente sanción. Cuando es el ciudadano el que incumple la norma primaria, dando vida así al presupuesto (imponer cópula a una persona de cualquier sexo utilizando violencia física o moral; incumpliendo esta prohibición), incurre en la pena de la concreta disposición (prisión de ocho a catorce años de acuerdo con el artículo 265, párrafo primero, del Código Penal). Cuando es el órgano judicial el que incumple la norma secundaria (no castiga al que viola a una persona) incurre en las responsabilidades administrativas y penales que el ordenamiento prevé,¹⁷ en la actualidad la competencia para conocer de las primeras es del Consejo de la Judicatura, Federal o Local, según sea el caso.

Esta doble vertiente del contenido de la norma, permite afirmar que las normas penales que prevén delitos y penas, tienen un doble destinatario, correspondientemente a su doble precepto: el ciudadano, que debe abstenerse de ejecutar el presupuesto o supuesto de hecho de la norma, y el órgano judicial que debe aplicar la consecuencia jurídica cuando el presupuesto se ha realizado.

Las normas (no de determinación sino de valoración) que en otras latitudes describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad para los

¹⁴ - Stampa. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. págs. 29 y ss. Valladolid. España, 1953. Y G. Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Parte General, pág. 86. Editorial Civitas. Madrid. España, 1977.

¹⁵ - Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Parte General. pág. 77. Editorial Civitas. Madrid. España, 1977.

¹⁶ - Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Parte General. pág. 83. Editorial Civitas. Madrid. España, 1977.

¹⁷ - Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal. pág. 31. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. España, 1976.

sujetos calificados como tales, carecen de norma de determinación en cuanto que por su naturaleza no mandan ni prohíben nada al sujeto peligroso al que se refieren, ya que sólo tienen por destinatario al órgano judicial encargado de aplicarlas.¹⁸

En México como ya lo hemos anotado no se tipifican estados peligrosos, pues para imponer la medida de seguridad se ha de tener como premisa la realización de un injusto penal ejecutado por un sujeto peligroso, de tal manera que será sintomático de su peligrosidad la naturaleza del injusto consumado, que repercute a su vez en la durabilidad y clase de medida de seguridad a imponer.

En la ciencia alemana recientemente se ha hecho por Calliess¹⁹ una revisión de la tradicional estructura de la norma, la cual desarrolla desde postulados procedentes de la Sociología moderna, situados en la orientación que a ésta dio Parsons en Norteamérica, y que habla de la estructura comunicativa de la norma penal. Mir Puig²⁰ al respecto analiza agudamente las posiciones de Calliess.

5. El Derecho penal como ordenamiento protector de valores fundamentales de la vida comunitaria. La finalidad del Derecho penal.

Ha sido dominante en los autores estimar que la misión fundamental del Derecho penal consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, a fin de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad.

La mayor parte de los investigadores que se oponen al exclusivismo de esta función que reduciría al Derecho penal al papel de gendarme, con la sólo tarea de mantener el orden público. Algunos, por otra parte, han añadido una misión organizadora y propulsora, en cuanto el Derecho penal crea organismos de diversa clase y promueve el desarrollo de la vida social. Otros, como Welzel, le atribuyen una doble misión: una función de protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-social, dirigida a hombres capaces de vínculos permanentes con la comunidad, esto es, aptos para una relación ético-social, y una función preventiva referida a hombres refractarios en un amplio margen de vinculación a normas ético-sociales, como son los delincuentes por estado.

¹⁸ - Rodríguez Mourullo, Derecho Penal. Parte General. págs. 83 y ss. Editorial Civitas. Madrid. España, 1977.

¹⁹ - Calliess, Theorie der Strafe in demokratischen und soziakussion, Frankfurt an Main, 1974. Citado por Sainz Cantero en Lecciones de Derecho Penal. Parte General, págs. 10 y ss. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1990.

²⁰ - Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal, pág. 36 y ss. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1976. A partir de la concepción de la sociedad como sistema de procesos de interacción y comunicación, se fija en la estructura comunicativa que relaciona a los distintos sujetos presentes en toda norma jurídico penal. Esta conexión se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (Ego) actúa (generalmente de forma activa), en otro sujeto (Alter) recae esa actuación y un tercer sujeto (Tercero) está llamado a reaccionar frente a ella con una pena. Esta conexión entre los sujetos puede describirse como un complejo de expectativas recíprocas, como una red comunicativa en la cual cada sujeto espera no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros. Así, Ego ha de esperar sólo un determinado comportamiento del Tercero como respuesta a su actuar, sino también que el Tercero y Alter esperen que se deje determinar en favor de una conducta conforme a Derecho. Esta conexión de expectativas tiene lugar, según los delitos, en distintos ámbitos o sistemas sociales: la economía, el Estado, o el tráfico viario, etc.

No faltan quienes identifican la función del Derecho penal con la función de sus medios, la pena y la medida de seguridad; o los que le sitúan la doble misión de protección y motivación.²¹

Como sector del ordenamiento jurídico general el Derecho penal se orienta, lo mismo que aquél, a regular las relaciones humanas y ordenar el conglomerado social para hacer posible la convivencia. Esta función la cumple protegiendo determinados valores fundamentales (bienes jurídicos se llaman en cuanto la protección del Derecho) para el individuo y la comunidad de la que forma parte, mediante la conminación con penas o la fijación de medidas de seguridad para quienes contra ellos atentan.

Estos intereses o valores son los bienes que resultan necesarios al individuo o a la comunidad para su realización y desarrollo. Todos ellos tienen una indudable importancia para la comunidad, en cuanto que no se tutelan sólo en función de lo que para el individuo representan, sino también en razón de la perturbación que su lesión o puesta en peligro suponen para la convivencia (puede no importar al titular de la propiedad de una cosa que se castigue con pena a quien se la hurtó -porque ya fue indemnizado por ejemplo- pero sigue interesando a la sociedad que la perturbación se castigue); sólo en algunos casos excepcionales, el interés de la sociedad se pospone en atención a intereses particulares (en los casos de los delitos perseguibles a instancia de parte: los llamados delitos privados, e incluso en atención al principio procesal de oportunidad, los delitos de bagatela, aun cuando se trate de los perseguibles de oficio), en lo que a la persecución y actuación del castigo se refiere. No obstante, unos de estos bienes jurídicos afectan directamente y de inmediato al particular integrado en la comunidad, destacando su carácter individual (vida, salud personal, libertad, patrimonio, etc.); otros, afectan preminentemente al grupo social, a la comunidad, son los que con propiedad se llaman bienes jurídicos comunitarios (pluralismo político, salud pública, fe pública, etc.).

Un Estado democrático social de Derecho sólo en el ámbito penal tutela los intereses jurídicos fundamentales: aquéllos de cuya lesión o puesta en peligro resulta una perturbación esencial para las bases que hacen posible la convivencia de los hombres. Tampoco debe protegerlos frente a cualquier ataque, sino sólo frente a los cuales que, por su especial intensidad o modalidad, resultan más intolerables para la convivencia.

²¹ - Cfr. Morillas Cuevas, Lorenzo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Introducción y ley penal, págs. 30 y ss. Editorial de Derecho Reunidas. Madrid, España, 1992. Para Porte Petit "la misión del Derecho penal, es la protección de bienes jurídicos fundamentales, es decir, de un bien vital del grupo o del individuo, dictando el Estado al efecto, las normas que considera convenientes". Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14a. de., pág. 16, de. Porrúa, S.A. México, 1991. Según Jeschek, la misión del Derecho penal es proteger la convivencia humana en la comunidad... tan pronto como el Derecho penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada, como ha enseñado repetidamente la más reciente experiencia histórica. Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. Y, págs. 3 y 4. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1981.

La selección de estos bienes y su rango de fundamentales o prioritarios, están históricamente condicionados por los valores culturales vigentes en la realidad histórico-social; dependen de las necesidades sociales concretas y también -no puede ni debe negarse- de las ideologías dominantes. Por esto último, puede producirse -si no se está atento en elaborar un concepto material del bien jurídico, para desde él ejercer una función crítica-²² una perversión del concepto de bien jurídico que sirva a los intereses de una minoría, acentuando el carácter represivo del Derecho penal en favor de ella. Por eso la afirmación de Jellinek, que ha sido recordada recientemente,²³ conserva en la actualidad todo su vigor: "si de la historia de un pueblo cualquiera no nos hubiera quedado otra cosa que su Derecho penal, se podría averiguar únicamente por ello su grado de cultura, ético e intelectual, de igual modo que un paleontólogo está en situación de reconstruir la estructura de un animal prehistórico habiendo encontrado un solo hueso".

El condicionamiento histórico que afecta a la selección de los valores fundamentales da como consecuencia que aquellos que en otras épocas y bajo distinta óptica política resultaban fundamentales, hayan dejado hoy de serlo, y se consideren en la actualidad como tales algunos que no merecieron en el pasado ese rango. El envejecimiento de las leyes penales encuentra una de sus causas -quizá la más importante- en este particular; véase lo supuesto en el apartado de la evolución de las normas de Derecho penal frente al desarrollo cultural del hombre.

Al lado de la ya destacada función protectora del Derecho penal actualmente se habla de su misión de prevención. Kaufmann asegura que "la protección de los bienes jurídicos mira al futuro, al comportamiento del futuro delincuente o de otras personas que todavía no han delinquido"; de ello deduce que el Derecho penal es eminentemente preventivo. El Derecho Penal de la prevención, ha sido dicho, es el Derecho penal racional y moderno. Con todo ello se requiere afirmar que la función preventiva es el "modus operandi" que el Derecho penal tiene para cumplir su misión de protección. Aquí se empieza a identificar la función del Derecho punitivo con la función de la pena y de la medida de seguridad.²⁴

6. El Derecho penal como ordenamiento regulador de la facultad estatal de exigir y castigar.

Para cumplir adecuadamente la función protectora de valores fundamentales, se atribuye a un poder transpersonalista superior (que en nuestros días es el Estado, y que pudiera serlo, asumiendo una visión futurista, la comunidad internacional: verbigracia la Comunidad Económica Europea en aquella latitud, si es que su unificación monetaria desemboca en una de tipo confederativo) una doble

²².- Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, cit., pág. 50. Bosch Casa Editorial. Barcelona. España, 1975.

²³.- Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, cit., pág. 75. Bosch Casa Editorial. Barcelona. España, 1975.

²⁴.- Citado Kaufmann por Morillas, Cuevas, Lorenzo. Manual de Derecho Penal (Parte General). I. Introducción y ley penal, págs. 31 y ss. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.

facultad que el ordenamiento penal regula: la de exigir a los componentes del grupo social que se comporten de acuerdo con lo que las normas disponen (mandan o prohíben), y la de imponer penas o medidas de seguridad a los individuos que realicen actos contrarios a lo prohibido o mandado por las normas.

La facultad de exigir determinados comportamientos es desarrollada por el Estado a través de sus órganos legislativos, quienes no pueden realizarla de modo caprichoso o arbitrario, en cuanto está sometida a determinadas limitaciones que proceden unas veces de la esfera del poder concreto del destinatario de la norma, tenidas en cuenta las circunstancias en que actúa. El "principio de no exigibilidad" del artículo 15 fracción IX, del Código Penal que obliga al órgano legislativo a tener en cuenta ese poder concreto del individuo al trazar el área de la tipicidad de cada figura delictiva y al elaborar el catálogo de las causas de exclusión del delito; otro obstáculo lo constituye el respeto debido a las garantías individuales enmarcadas en la Constitución; en fin, otra barrera para el legislador es la existencia de normas supraestatales o convenios internacionales que el Estado ha ratificado expresamente (de aquí la necesidad de modificar la legislación penal interna en algunos aspectos cuando el Estado ratifica una determinada norma o convenio internacional, como podrían ser el Pacto de San José o Convención americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). En lo que a la libertad de los individuos afecta, sólo podrá el Estado reducirla cuando sea imprescindible para el mantenimiento de la convivencia y en la medida que la norma constitucional y las leyes procesales no lo impidan.

7. El *ius puniendi*.

La facultad de imponer el cumplimiento de penas o medidas de seguridad a los individuos que realizan comportamientos prohibidos en la ley penal, constituye lo que tradicionalmente se ha llamado *ius puniendi*, derecho subjetivo del Estado del cual se deduce una relación jurídica (la relación punitiva) entre el Estado y el individuo que ha infringido la ley penal (el sujeto activo), en virtud de la cual aquél tiene el derecho de hacer cumplir al presunto responsable una pena o medida de seguridad. Por más que esta concepción del *ius puniendi* fuera formulada en época muy alejada de la actual (de Binding, Rocco, Cavallo ha recibido su más firme y clara defensa) y que no sea pacífica en la doctrina su aceptación, no deja de ser la que de modo más convincente explica la relación punitiva.²⁵

Del fundamento de esta facultad no es posible dudar, aunque posturas extremas hayan cuestionado, sobre todo desde ámbitos extraños a la ciencia jurídica,

²⁵. Una detallada exposición del tema en Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal. Parte General*, págs. 91 y ss. Editorial Civitas, Madrid, España, 1977. Porte Petit, Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, págs. 18 y ss. 14ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. *Lineamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 35ª ed. págs. 21 y 22. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, págs. 113 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

su razón de ser y el que su titularidad corresponda precisamente al Estado: resulta absolutamente necesario para la protección de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, así como para que la ley penal, al tiempo que constituye garantía de los ciudadanos, y sea garantía de las zonas de libertad del delincuente.

El derecho del Estado a castigar a los contraventores de la ley penal se ha reconocido en todas las épocas, aunque se le han dado origen y fundamentación diferentes según las distintas concepciones de Estado, como hemos visto. Desde una consideración jurídico-positiva, el derecho subjetivo de castigar tiene su origen en la ley (en las normas que constituyen el Derecho penal objetivo) y en la transgresión de esas normas por un individuo que está obligado a obedecerlas.²⁶

Al efecto el artículo 41, párrafo primero, de la Constitución Federal dispone que: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores en los terminos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particularidades de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal".

Al efecto, el artículo 73 de la Constitución Federal dispone que: "El Congreso tiene facultad: ... XXI.- Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse".

Ahora bien, pese a estar reconocida por el Derecho penal objetivo la facultad de castigar del Estado, tal derecho no puede actuarse si no se da la violación de la norma, conforme a lo previsto por la ley penal, es decir, si no se produce la conducta humana descrita como delictiva en el tipo penal: ley e injusto son presupuestos necesarios para que pueda ejercitarse el **ius puniendi** del Estado. Pero para que su ejercicio pueda llevarse definitivamente a cabo, es necesario un tercer requisito: ha de ser reconocido por un órgano judicial a través de una sentencia firme que declare la responsabilidad penal del que ha cometido un injusto e imponga la sanción correspondiente.

8. Los medios de reacción del Derecho penal.

La pena y la medida de seguridad son los medios con que en la actualidad cuenta el Derecho penal para reaccionar contra los autores de aquellas conductas que, atentando contra los valores fundamentales (bienes jurídicos) tutelados por las normas penales, suponen una perturbación para la convivencia (injusto penal). Ambas consisten en privación o restricción de bienes jurídicos cuya titularidad corresponde a la persona a que se aplican. Se diferencian en que la primera -la pena-

²⁶ - Porte Petit, Candaudap. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 14^o ed. pág. 11 y ss., Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. Castellano Tena. Lineamientos de Derecho Penal. Parte General, 35^o ed. pág. 317 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

tradicionalmente supone retribución por el mal causado (sin perjuicio de otros fines que deba cumplir) y tienen su fundamento y medida en la culpabilidad del sujeto, postura reconocida por el párrafo penúltimo del artículo 13 del Código Penal, cuando alude a que " los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad"; mientras que la medida de seguridad tiende primordialmente a evitar la comisión de nuevos ilícitos penales y al tratamiento del sujeto, y encuentra la base de su aplicación en la peligrosidad de éste, así paralelamente tenemos que el artículo 67 del Código Penal menciona que " en el caso de los inimputables , el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente..."; y el numeral 69 del indicado ordenamiento legal, que "en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables".

La doctrina suele distinguir dos clases de medidas de seguridad: las antidelictuales o predelictuales (que se imponen al sujeto con base en su peligrosidad, pero sin necesidad de que haya realizado un injusto penal por el que aquella peligrosidad se manifieste) y las postdelictuales (en que no basta la peligrosidad del sujeto para su imposición, si no que se precisa además haya cometido un hecho que la ley penal describa como delito). En este sentido, tenemos que las primeras, habida cuenta de que vienen a enfrentarse con varios de los principios fundamentales del moderno Derecho penal, no deben formar parte de él; sólo son aceptables las segundas en un Estado democrático social de Derecho.

A. La pena.

La pena es "un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso (artículo 14 constitucional) destinado a este fin, al culpable de un injusto penal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos".²⁷

Es un mal porque constituye privación o restricción de bienes jurídicos (privación o restricción de libertad, de derechos, de bienes patrimoniales, etc.) que causa una aflicción al que debe cumplirla. La consideración de la pena como un bien para el que la sufre, que defendieron los correccionalistas en España, carece hoy de seguidores; la negación -cada día más extendida en la doctrina- de que pueda conseguirse (salvo casos excepcionales) la resocialización del condenado a privación de libertad, la hace menos aceptable dicho postulado.

²⁷.- Anton Oneca. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Pág. 477. Madrid. España, 1949.

En su ausencia, la pena es retribución; mediante ella se retribuye con un mal (la privación de bienes jurídicos), el mal que el delito supone. Esto no quiere decir que se reduzca a la retribución, que se agote en la aflicción o expiación del condenado a ella; debe cumplir además como veremos en el desarrollo de la teoría de las consecuencias jurídicas, necesariamente fines concretos (prevención general, prevención especial), pero si en realidad se quiere distinguir de la medida de seguridad ha de destacarse como predominante su esencia retributiva. Así considerada, su fundamento y límite se encuentran en la culpabilidad del sujeto. De lo contrario se ha estimado un "fraude de etiquetas", el hecho de que tanto la pena como la medida de seguridad al momento de su aplicación no puedan distinguirse, situación a la que lleva el mandato contenido del artículo 18 constitucional, cuando determina que el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones -se refiere al organizado por los gobierno federal y estatal-, se organizará "sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la **readaptación del delincuente**"; luego entonces, si la autoridad ejecutora al dar cumplimiento a la aplicación de la pena o de la medida de seguridad, tiene en ambos casos presente fines similares, con ello queda demostrado la dificultad de distinguir en la fase de ejecución una -la pena- de la otra -la medida-, resultando en tal caso indiferente que se aplique cualesquiera.

B. La medida de seguridad.

El otro instrumento de reacción con que el Derecho penal cuenta es la medida de seguridad, término que incluye las medidas de corrección. La medida de seguridad consiste también en una privación o restricción de bienes jurídicos del sujeto activo del injusto, que tiene por finalidad evitar la comisión de futuros ilícitos, y que, tomando como base la peligrosidad del sujeto, se orienta a la prevención especial (corrección, curación, separación, innocuización o advertencia individual). Su aparición en los ordenamientos punitivos junto a la pena, obedece a una necesidad: la inidoneidad de la pena para combatir la criminalidad llevada a cabo por determinado tipo de delincuentes ("delincuentes" de estado o convicción, inimputables, habituales, profesionales, etc.). Sin las medidas de seguridad, la sociedad quedaría inerme ante los ataques a los bienes jurídicos perpetrados por esa clase de individuos, pues se afirma por la doctrina que no son susceptibles de culpabilidad.

Su incorporación a los ordenamientos penales ha dado lugar a lo que se llama sistema dualista, binario o de doble vía, y tiene su antecedente en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 que se debe a C. STOOS.²⁸

Se entiende por peligrosidad la probabilidad de que un sujeto determinado cometa un delito o siga una vida delictual.²⁹ Cabe distinguir la peligrosidad en general

²⁸ - Sobre las medidas de seguridad, ver el libro de Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976. Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 14^o ed., págs. 13 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Castellanos Tena. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General*, 35^o ed. págs. 317 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. Beristain, Antonio. *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1994.

como aquella cualidad de alguien o algo para producir un peligro, esto es, el riesgo o contingencia de que suceda algún mal con mayor o menor inmediatez. Dicha situación puede venir originada, por tal motivo, por un hecho natural o animal, o bien por una conducta humana. En Derecho, generalmente, este concepto hace referencia a la cualidad de una persona -llamada peligrosa- en la cual se aprecia la probabilidad más o menos próxima de que pueda realizar una acción socialmente dañosa, constitutiva o no de delito. Esta definición, amplia de peligrosidad, se conoce también como peligrosidad social.

En esta misma línea de definición genérica, se ha considerado la peligrosidad como el "resultado de un juicio pronóstico sobre la probabilidad de que de un dato centro de imputación, han de derivarse lesiones para determinados intereses o valores, considerados como relevantes para la sociedad y/o el ordenamiento, como la posesión por parte del sujeto de una cualidad que legitima un juicio de probable reincidencia; o, por fin, "una cualidad personal de un sujeto en cuanto probable causa de delitos".

Se habla en Derecho penal específicamente de peligrosidad criminal, cuando la acción tenida de la persona peligrosa constituye una infracción criminal (delito), o más propiamente, un hecho típico y antijurídico. Así es preferible utilizar como punto de referencia la noción de peligrosidad criminal frente a la peligrosidad social, en cuanto que la primera denominación contiene una alusión a la naturaleza del peligro -la comisión de un injusto penal-, mientras que la segunda se vincula más bien al sujeto destinatario del peligro -en cuanto al riesgo social-. Por otro lado, como ya hemos apuntado, interesa únicamente al Derecho penal la peligrosidad que se ha puesto de manifiesto por la comisión de una conducta típica y antijurídica, es decir, cuando ésta constituye un elemento indiciario de aquélla (peligrosidad postdelictual).

C. El sistema vicarial.

Constituye una postura intermedia entre el sistema dualista y el monista, una especie de compromiso entre ambos. Ofrece solución para los casos de concurrencia de pena y medida de seguridad. La solución es ésta: a) El juez debe acordar que se aplique la medida de seguridad antes que la pena privativa de libertad; b) Una vez ejecutada la medida, el juez puede ordenar que se cumpla también la pena, pero descontando del tiempo de duración de ésta, el que se hubiere llevado la ejecución de la medida, o bien, considerar que ya no es necesario el cumplimiento de la pena; y, c) Para adoptar cualquiera de estas resoluciones, el juez debe fundamentar su decisión en una triple condición: las circunstancias personales del sujeto, la necesidad de tratamiento y las exigencias de defensa social.

²⁹ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, págs. 23 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1990. Cfr. también, Romeo Casabona. Peligrosidad y Derecho penal preventivo, págs. 13 a 15. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1986.

Bajo el contexto apuntado debe interpretarse el alcance y contenido del artículo 69 bis del Código Penal, que establece que "si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida (imputabilidad disminuida) por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de éste Código (trastorno mental o desarrollo intelectual retardado), a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o en la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

Por tanto, en los casos de imputabilidad disminuida (párrafo final de la fracción VII del artículo 15 del Código Penal), si se estima pertinente por parte del juzgador aplicar tanto una pena como una medida de seguridad, deberá motivar en su resolución (exigencia que debe cumplirse en todo acto de autoridad, de acuerdo al párrafo primero del artículo 16 constitucional), que en aplicación del sistema vicarial - más garantista para el sujeto activo en el supuesto en estudio-, la autoridad ejecutora primeramente aplique la medida de seguridad o corrección correspondientes, para luego proceder a la imposición de la pena (si se considera todavía necesaria, en caso contrario debe prescindirse de la pena), pero descontando de ésta el tiempo que se hubiere llevado la aplicación de la medida. Si no se procede en estos términos, resulta más gravosa la situación personal-mental de clase de individuos -imputable disminuido-, que la de cualquier persona "normal", atentos a las consecuencias jurídicas perjudiciales que eventualmente pudieran soportar.

Punto común de encuentro de la pena y de la medida de seguridad es el **injusto**, presentándose las primeras como consecuencias jurídicas del último. Dicho en otros términos: para la imposición de la pena a un sujeto es presupuesto indispensable la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable (de delito en sentido estricto); para la aplicación de una medida de seguridad es preciso como antecedente la realización de una conducta no sólo típica sino también antijurídica (injusto penal) a través de la cual se haya puesto de manifiesto la peligrosidad del sujeto activo. El comportamiento exclusivamente típico no resulta bastante para la imposición de la medida, por lo que si esto acontece el autor debe quedar exento de sanción.

II. Principios fundamentales de la moderna Política Criminal.

La moderna Política criminal viene postulando, y la doctrina admitiendo con carácter general, una serie de principios que configuran en definitiva la naturaleza y esencia del Derecho penal de la actualidad.

En este sentido, el ejercicio del poder punitivo del Estado es preciso respete los principios que salvaguardan los derechos públicos subjetivos consagrados por la Política criminal y la mayoría captadas por la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, los cuales todo individuo debe poseer y el Estado garantizar para que aquél pueda convivir en una organización social democrática de Derecho. El intervencionismo estatal no puede en ningún caso, por necesario que sea, y en el ámbito penal lo es, avasallar la dignidad y seguridad de los ciudadanos.

Semejante perspectiva tienen los principios que se desarrollan a continuación y que se dirigen a delimitar todos los contenidos de las normas punitivas, de esto se deduce su carácter de esenciales para la comprensión de la materia penal, porque constituyen su estructura o cimiento.

1. Principio de Estado democrático social de Derecho.

Por mandato constitucional al Estado se le asigna un importantísimo papel, como es el de albergar la seguridad jurídica, garantizar las libertades y los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad, para que cumpliéndose aquél pueda desarrollar sus potencialidades; o sea, se trata de ver al hombre-individuo desde el dogma kantiano, como fin en sí mismo y a la sociedad, como reflejo de esa concepción.

Este principio también impone la obligatoriedad a gobernantes y gobernados a someterse a la potestad punitiva del Derecho, lo que da lugar a que se respeten los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que es necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios cotos que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Asimismo, la concepción del Estado democrático fuerza en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertas trabas que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.³⁰

Se establece por la doctrina un concepto formal y otro material de Estado de Derecho.

En sentido formal importa sobre todo al Derecho penal aquellos elementos llamados a albergar la seguridad jurídica, por ejemplo:

A. El principio de predominio exclusivo de la ley penal, dado que sólo puede castigarse un hecho cuando la punibilidad se halla determinada legalmente con anterioridad a su comisión;

B. Se excluye la retroactividad de la ley que agrave la pena;

³⁰.- Véase Mir Puig. Derecho Penal. Parte General, 3a. ed. corregida y puesta al día, págs. 81-82. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1990. También Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, págs. 21 y 55. Editorial Comares, S.A. Granada. España, 1993.

C. Se prohíbe la aplicación analógica de la ley penal;

D. Toda sentencia gravosa se reserva a instancias judiciales (principio de exclusividad del juez).

En sentido material, el principio en estudio determina cómo ha de configurarse el Derecho penal para que corresponda al ideal del Estado justo, por tanto:

A. Debe proteger la dignidad humana, excluyendo las penas crueles o denigrantes y asumir la prohibición de un trato indigno de los reclusos durante el cumplimiento de la pena;

B. Debe proteger la libertad general de actuación, que conduce al reconocimiento del principio de culpabilidad;

C. Ha de vincularse a la realidad de toda Política criminal, en el sentido de no admitir la punibilidad de acuerdo con criterios basados en el sentimiento ni en opiniones preconcebidas, sino sólo en consideraciones fundamentadas en la protección de la sociedad; que las sentencias judiciales no puedan ser resultado de juicios de valor personales ni de emociones, sino solamente expresión de los razonamientos de valor del legislador, de consideraciones objetivas y de conocimientos de validez general;

D. Se conducirá de acuerdo con la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas (prohibición de exceso) como presupuesto de la imposición de las medidas; y,

E. Propiciará el trato igualitario de todos en Derecho penal (principio de igualdad), en especial, respecto de la posible discriminación de quienes han cumplido una pena de prisión.³¹

2. Principio de intervención legalizada, de legalidad, de positividad, de reserva de la ley, de concentración legislativa o de predominio exclusivo de la ley.

El principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye una de las limitaciones más importantes del poder punitivo del Estado.

³¹ - Cfr. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. págs. 33 a 35. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1981. Igualmente Hassemer, en Fundamentos del Derecho Penal, traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, con prólogo del primero, págs. 292, 320 a 338. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1984. Moreno Hernández, Moisés, en "Hacia una reforma integral de la legislación penal y sus principios rectores", publicado en Revista Criminalia. Año LIX. No. 1. Enero-Abril, 1993. Editorial Porrúa, S.A.

Al decir de Bettioli "la regla del **nullum crimen nulla poena sine lege**, desde el punto de vista técnico formal equivale a una reserva de ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad. Reserva de ley significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir, al poder legislativo".³²

Stratenwerth establece que este principio se encuentra por primera vez en Cicerón, quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual y reprochable no puede merecer alguna consecuencia jurídica negativa. De acuerdo con ello, resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter. Esto constituiría una prohibición retroactiva con respecto a la norma de conducta, pero no con respecto a la consecuencia penal. La fundamentación es evidente: nadie puede regirse por una norma que todavía no existe y, por lo tanto, como lo ratificó más tarde el Derecho canónico no puede haber una lesión culpable de normas que no existen. En esta formulación, la prohibición de la retroactividad, sin modificaciones esenciales, se encuentra vigente también en la Edad Moderna.³³ Los antecedentes anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse -principalmente en el artículo 39 de la **Magna Charta Libertatum** inglesa dada por el Rey Juan Sin Tierra, en el año de 1215, otros se inclinan por el precedente de la **Charta Magna Leonesa** que D. Alfonso, Rey de León y de Galicia, otorgó en las Cortes de León del año 1188, en fin, otros más por la **Constitutio Criminalis Carolina** germánica, de 1532- no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así, la **Magna Charta** inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal³⁴, y la **Carolina** no prohibía la analogía contra reo³⁵. De cualquier forma no cabe duda de que el principio tal como actualmente se concibe tiene su origen en el siglo XVIII y es obra del pensamiento ilustrado y liberal en su lucha contra los abusos y arbitrariedades del poder. El Iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento en cuestión estuviese prohibido por los usos y costumbres. La teoría del contrato social de Rousseau y la división de poderes de Montesquieu evidentemente constituyeron el substrato ideológico del principio en estudio, mientras que la concreción es realizada por Beccaria en su obra "De los delitos y de las penas".

³² - Instituciones de Derecho Penal y Procesal, págs 95-96. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1977. Muñoz Conde nos dice, que "el principio de intervención legalizada o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal". Introducción al Derecho Penal, pág. 80. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. Cfr. Adernás Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. Ley Penal. El delito, pág 36. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982. Jescheck. Tratado de Derecho Penal, Vol. I. pág. 33. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1981.

³³ - Cfr. Derecho Penal. Parte General, tomo I. El hecho punible, pág. 28-29. Edersa. Madrid. España, 1982.

³⁴ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. pág. 76. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982.

³⁵ - Maurach. Tratado de Derecho Penal. Traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, págs. 110 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona. España, 1962. Y Mezger. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2º ed. págs.40. Traducción española y notas de Rodríguez Muñoz. Madrid. España, 1946. Igualmente. Mir Puig, Introducción a las Bases del Derecho penal, pág. 82 y ss. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1976.

Es conveniente dejar en claro que el actual contenido político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los autores anteriores a la Ilustración, pues como hemos dicho únicamente a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789³⁶ se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano. Sólo desde entonces el principio **nullum crimen, nulla poena sine lege** es, como dice Mezger, <un Palladium de la libertad del ciudadano>.³⁷

En el sentido actual, como ya afirmamos, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

Beccaria, que trasladó más que nadie el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, escribía: "... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". Los jueces no pueden, consiguientemente, "aumentar la pena establecida" por las leyes, ni siquiera "bajo pretexto de celo o de bien público".³⁸

El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiere posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

Así entendido, el postulado **nullum crimen, nulla poena sine lege**, pasó a inspirar las legislaciones de todos los países cultos.

Las garantías del principio de legalidad que se distinguen, son: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una

³⁶ - Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, 3ª ed. pág. 387. Editorial Lozada Buenos Aires, Argentina, 1964.

³⁷ - Mezger. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. págs. 40 y ss. Traducción española y notas de J.A. Rodríguez Muñoz. Madrid, España, 1946.

³⁸ - De los delitos y de las penas, pág. 29 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. También Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 310 y 55. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, España, 1974.

garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito (crimen) se halle determinado por la ley (**nullum crimen sine lege**). La garantía penal requiere que la ley señale la pena, lo cual ahora se hace extensivo a la medida de seguridad que corresponda al sujeto activo del injusto (**nulla poena sine lege**). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del injusto y la imposición de la pena o de la medida de seguridad se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido (**nulla poena sine iudicium**). La garantía de ejecución requiere que el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad se sujeten a una ley que las regule (en México a nivel federal la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de setenciados)³⁹.

Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de la **lex praevia, lex scripta y lex stricta**.

A. Con la exigencia de una **lex praevia** se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que lleva a cabo su conducta si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su sanción.

La retroactividad de la ley penal más favorable para el reo no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior lo deja sin castigo o disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse necesaria para la protección de los intereses jurídicos del individuo o de la sociedad.

Lo relativo a la ley mas favorable se reglamenta en el artículo 56 del Código Penal, cuyo texto se transcribe más adelante.

B. Con la exigencia de la **lex scripta**, queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos, penas y medidas de seguridad. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino preciso es que tenga rango de ley emanada del poder legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como

³⁹. Véase Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 3a. ed. corregida y puesta al día, pág. 84. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1984.

fuentes de delitos, penas y medidas de seguridad, normas emanadas del poder ejecutivo como reglamentos administrativos, decretos, órdenes, circulares, etc.

C. El tercer requisito, de **lex stricta**, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía **in malam partem**). El postulado de especificación de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", delimitación o "precisión de contenido del tipo", que exige que la ley fije de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, farza que tendría lugar si la ley penal previa se limita a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. En la teoría del delito la máxima en análisis se concreta a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la individualización de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial.

El "mandato de determinación" o "precisión de contenido del tipo" plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que en nuestro país el legislador no reglamenta estados peligrosos, sino las medidas de seguridad que prevé se aplican a autores que manifiestan su peligrosidad con la comisión de un injusto penal, éste y sólo éste será el parámetro para sancionarlo, por ello es difícil delimitar con exactitud suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. Máxime si se toma en cuenta que en la práctica el artículo 69 del Código Penal establece la proporcionalidad de esta consecuencia jurídica tomando como base la pena que en abstracto contiene el tipo penal que se ejecute. No obstante, por razones de seguridad jurídica conviene, por una parte, exigir la comisión de un injusto penal **previo** que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra, señalar límites máximos a la duración de las medidas, ya que con la reglamentación del citado numeral 69, queda indeterminada la medida, en la hipótesis de cuando el sujeto siga necesitando tratamiento y se haya rebazado el tope establecido por el máximo de la pena que en abstracto establece el tipo correspondiente, dado que en tal situación, se le remitirá ante la autoridad sanitaria correspondiente para la continuación del tratamiento, ahora con carácter de medida administrativa; de prevalecer el precepto indicado en esos términos, resultaría inadmisibles en un Estado democrático social de Derecho como el mexicano.⁴⁰

⁴⁰ - Cfr. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, El hecho punible. Traducción de la 2a. edición alemana (1976) por Gladys Romero, págs. 28 y ss. Edersa. Madrid, España, 1982. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 3a. ed. corregida y puesta al día, pág. 84 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1990. Hassemmer. Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, págs. 310 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, pág. 177 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1981. Maurach. Tratado de Derecho Penal. Traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, págs. 110 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, España, 1962. Roxin. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, págs. 34 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1989.

D. La norma penal formada de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

Cuando se habla del principio de legalidad lo primero que viene a la mente es la existencia de una ley y constituyendo a ésta el conjunto de normas. El planteamiento normativo del Derecho, dice Bustos Ramírez,⁴¹ surge del hecho incuestionable que está dirigido al hombre y gira en función de éste. Así, por ejemplo, el Derecho no podría prohibir o mandar que lloviese. No tiene ningún sentido, el Derecho no puede mandar o prohibir resultados. Por tanto, una cuestión interesante que repercute en el respeto o no del principio de legalidad, la tenemos en si partimos de la idea general aceptada de que la norma se compone de: **supuesto de hecho**⁴² o **presupuesto, por un lado, y sanción o consecuencia jurídica, por el otro, esta estructura constituye sin discusión, los dos momentos esenciales de toda norma de Derecho.**⁴³

La actual terminología **supuesto de hecho y consecuencia jurídica** la considera preferible Rodríguez Devesa a la de **precepto y sanción**, utilizada por un sector de la doctrina, puesto que a su juicio, no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción.

Sería equivocado equiparar "precepto" y "presupuesto", porque el presupuesto no es por sí solo ningún precepto.⁴⁴

Pero lo cierto es que, bien entendida, la contraposición de precepto y sanción no se corresponde con la de presupuesto y consecuencia jurídica, sino que responde a una perspectiva distinta. Mientras que este último par de conceptos describe sólo la estructura lógica de la norma, el primero apunta a su esencia imperativa. Para esta teoría el Derecho está compuesto sólo por normas con un carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico sólo hay mandatos y prohibiciones (deberes de hacer y de no hacer). Ello no quiere decir que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas; pero ellas no tienen autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos, en otros términos, su función es la de crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente. Pero aún así resulta incompleto contraponer precepto y sanción,

⁴¹ - Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, pág. 8. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

⁴² - Así suele traducirse, en este contexto, la palabra alemana Tatbestand (por ejemplo, en la traducción de E. Gimbernat Ordeig de la obra de K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, págs. 167 y ss. Barcelona. España, 1966, la cual se traduce, en cambio como "tipo" cuando se emplea como categoría de la teoría del delito. Ciertamente, la duplicidad no es satisfactoria, pero se halla consagrada y sirve para expresar los importantes matices diferenciales de ambos usos de la palabra Tatbestand.

⁴³ - Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal.- pág.7. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1975. Rodríguez Devesa. Derecho penal español. Parte General. pág. 141; C. Camargo Hernández, Introducción al Estudio del Derecho Penal. Pág. 162 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1964.

⁴⁴ - Cfr. J. Mª. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español, Parte General, pág. 141. Madrid. España, 1976.

pues en toda norma se expresan dos preceptos distintos, y no sólo uno: el primero, dirigido al ciudadano, le prohíbe u ordena actuar de determinada forma (norma primaria), y el segundo, que se dirige al juez, le obliga a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho (norma secundaria)⁴⁵. Las normas penales se distinguen de las demás normas jurídicas por el mandato penal de la norma secundaria (el deber del juez de imponer una pena o una medida de seguridad). Ambos preceptos poseen su sanción: para la norma primaria la prevista en la concreta disposición de que se trate (por ejemplo: en el artículo 265 párrafo primero del Código Penal la pena de ocho a catorce años de prisión al que viole a una persona) y para la norma secundaria la responsabilidad administrativa y penal prevista en otras disposiciones para los órganos judiciales que incumplan el mandato de aplicar aquella sanción legal. El artículo 225 del citado ordenamiento contiene en sus diversas fracciones los "delitos cometidos por servidores públicos contra la administración de justicia", al efecto también es ilustrativo lo dispuesto en la "Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos". Entonces, la distinción precepto-sanción, propia de la teoría monista de los imperativos que suele utilizarse para explicar la ley penal, sólo alcanzaría a la norma primaria contenida en ella. En conclusión: 1) Desde el punto de vista de la estructura lógica de la norma sólo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica; 2) La diferencia de precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal de la norma penal: pero, para que sea válida en ese nivel, debe complementarse separando norma primaria y norma secundaria.

E. La teoría de las normas de Binding y Mayer.

Binding partió de la formulación hipotética de las prohibiciones jurídico-penales, al decir que el delincuente no infringe, sino que cumple la ley penal, puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada por la ley, que no se formula como prohibición o mandato (presupuesto) al ciudadano para que pueda ser infringida por éste, sino como orden dirigida al juez cuyo presupuesto se cumple en la realización de un delito. Lo que para Binding vulnera el delincuente es la norma, que concibe como el imperativo dirigido al ciudadano que precede conceptualmente a la ley penal (el "¡no matarás!" que antecede a "el que prive de la vida a otro" -artículo 302-, "se le impondrán de ocho a veinte años de prisión" (artículo 307)). Las normas de Binding pertenecientes al Derecho público general -no específicamente penal-, podrían ser escritas o no y hallarse previstas fuera del Derecho penal, pero lo normal es que se dedujesen, implícitamente, de las mismas disposiciones hipotéticas de la ley penal. Según esto, la ley penal expresaría de forma explícita un mandato destinado al juez (en nuestra terminología: norma secundaria) y encerraría implícitamente una norma dirigida al ciudadano (en nuestra terminología: norma primaria)⁴⁶.

⁴⁵ - Cfr. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, pág. 8 y 9. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

⁴⁶ - Ver Binding citado por Santiago Mir Puig en Introducción a las Bases del Derecho Penal, págs. 32 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Die Normen und ihre Ubertretung, 3ª ed., Leipzig 1916, Y págs. 4 y ss y 132 y ss. Cfr. Mir Puig.

Nos dice Mir Puig que la Teoría de las normas de cultura de Mayer representó una continuación, en versión sociológica, de la construcción de Binding, quien, no obstante, la rechazó duramente, al calificarla de "la mas odiosa creación de una dogmática jurídica pervertida sociológicamente y completamente apartada del verdadero Derecho". Mayer estimó que las normas de cultura son mandatos y prohibiciones a través de las cuales la sociedad exige de los ciudadanos comportamientos adecuados a los intereses de la misma. El legislador penal parte de esas normas sociales a la hora de decidir qué debe ser castigado. Tras cada ley penal hay, pues, una norma de cultura dictada por la sociedad.⁴⁷

Las formulaciones de Binding y Mayer, coinciden en lo esencial: esto es la ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano (norma primaria), sino sólo un mandato para el juez (norma secundaria): la norma primaria es previa, y externa, a la ley penal en sentido estricto. La diferencia entre las dos teorías es que Binding considera de naturaleza jurídica (pública) a las normas previas, mientras que Mayer les atribuye carácter social (prejurídico). Empero, lo cierto es que estas concepciones dan por supuesta la existencia de normas extrapenales previas a la ley penal. Se ha objetado que no es necesaria la existencia de normas independientes y anteriores a la ley penal, sino que el legislador penal crea a menudo la norma con la sola formulación de la ley penal: hay normas cuya existencia se basa sólo en la presencia de la ley penal, única que permite inferirlas. Por lo demás, al penalista -se dice- no le importan más que las normas que se desprendan de las leyes penales.

F. La estructura comunicativa de la norma penal.

Calliess⁴⁸ aborda la cuestión de la estructura de la norma jurídico-penal no como problema en sí mismo, de puro análisis lógico desvinculado de consecuencias ulteriores, sino como base para dar solución a la cuestión de la función de la pena, que cree hay que resolver partiendo de la estructura del Derecho penal positivo y no a partir de apriorismos metafísicos. Todo ello lo sitúa en la perspectiva de la moderna sociología, en la dirección que le imprimió Parsons en Norteamérica y que ahora se está extendiendo considerablemente en Alemania gracias, sobre todo, a la *Systemtheorie* de Luhmann quien ha despertado el interés de la teoría general del

Introducción a las Bases del Derecho Penal. págs. 32 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1992. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, págs. 8 y 9. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1989.

⁴⁷.- Introducción a las bases del Derecho Penal, págs 32 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Del mismo autor Derecho Penal. Parte General, pág 36. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág 13. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España, 1989.

⁴⁸.- Mir Puig. Introducción a las Bases del Derecho Penal, pág. 36 Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Igualmente Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día, pág. 38 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs. 12 y 13. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España, 1989.

Derecho por esa perspectiva, ocupándose de trasladar al mundo de lo jurídico la teoría de los sistemas sociales.

A partir de la concepción de la sociedad como sistema de procesos de interacción y comunicación, se fija en la estructura comunicativa que relaciona a los distintos sujetos presentes en toda norma jurídico-penal. La idea central es que en las normas de la Parte Especial del Código Penal se hallan presentes distintos sujetos, y no aisladamente, sino en una específica conexión. Esta interrelación se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (Ego) ejecuta una conducta, en otro sujeto (Alter) recae aquella y un tercer sujeto (tercero) está llamado a reaccionar frente a ésto con una pena. Esta vinculación entre los sujetos puede describirse como un "complejo de expectativas" recíprocas, como una red comunicativa en la cual cada sujeto espera no sólo el comportamiento del otro, sino también las expectativas de los demás. Así Ego ha de esperar no sólo un determinado comportamiento del Tercero como respuesta a su actuar, sino también que el Tercero y Alter esperen que se deje determinar en favor de una conducta conforme a Derecho. Esta conexión de expectativas tiene lugar, según los delitos, en distintos ámbitos o sistemas sociales: la sexualidad, la economía, el Estado o el tráfico viario, etc.

Estos planteamientos tienen evidente repercusión en la teoría del delito. La tipicidad en cuanto recoge la valoración de la norma, ha de recoger también la estructura de la norma. Así, por ejemplo, el matar es siempre dar muerte a otro, luego ese otro también juega un rol en el proceso comunicativo que se origina y con ello surge todo un proceso de significación social, que establece un ámbito situacional entre ambos y que aparece fijado por el tipo al encontrar concreción en la realidad. Por eso los tipos determinan siempre un ámbito situacional, no una simple dirección de la acción.⁴⁹

En síntesis, la estructura de las normas penales se basa en la recíproca conexión (comunicación) de los tres sujetos (sujeto activo, sujeto pasivo, y Estado) presentes en ellas. Calliess prefiere este punto de vista al tradicional, por dos razones principales: 1) Porque esa estructura de comunicación intersubjetiva es la de toda acción social, de toda "acción comunicativa"; 2) Porque sólo dicha estructura permite concebir la norma penal no sólo como "conducción" sino como "regulación".

Se apunta, por tanto, que el planteamiento tradicional que distingue entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, en una relación hipotético-condicional, ve en cada norma un imperativo dirigido a los ciudadanos bajo la amenaza de pena, responde a lo que en cibernética se llama "conducción", que consiste en una dirección ciega, sin control de los resultados y sin que éstos regresen modificando la dirección. Entendida hipotéticamente, condicionalmente, la pena asignada en la proposición

⁴⁹ - Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 13. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España, 1989.

jurídico-penal se determina previamente, sólo es precisa la realización del supuesto de hecho para que automáticamente corresponda la pena. La determinación de la pena es, entonces, la consecuencia última a que conduce la proposición jurídico-penal, y no depende de los resultados que ha partir de entonces se consignan con la pena. En este sentido, el esquema tradicional entiende, según Calliess, la norma penal como "conducción": porque la pena se señala previamente, de modo ciego ante sus posibles efectos.

En cambio, la "regulación" supone un tomar en cuenta continuamente los resultados de la dirección, que retrocede orientando a la dirección misma, la cual, a su vez, se adapta a los resultados que va consiguiendo. Ello podrá suceder -piensa Calliess- si la estructura de la proposición jurídica deja de responder al modelo condicional-hipotético (si supuesto de hecho; entonces consecuencia jurídica), para pasar a concebirse como relación comunicativa interdependiente de los tres sujetos (Ego, Alter y Tercero; Sujeto Activo, Sujeto Pasivo y Estado), pues tal relación comunicativa se basa en las expectativas de cada uno respecto de los demás y esas expectativas habrán de ir variando según la conducta de los sujetos: así, la pena que el tercero (Estado) ha de aplicar dependerá de los efectos que espere haya de poseer la misma en el sujeto sometido a ella y de los resultados que se compruebe vayan produciéndose durante su ejecución.

Por este camino quiere llegar Calliess a formular un concepto de norma jurídico-penal que sirva a la función de resocialización, la cual sólo puede conseguirse adaptando la pena a los resultados que produce en el condenado. A nivel de teoría general del Derecho, Calliess expresa las mismas ideas atribuyendo al Derecho la función de diálogo con los sujetos de la relación, como manifestación de su "estructura dialogal de sistemas sociales". El funcionalismo se halla tras el planteamiento de Callies.⁵⁰

G. Las leyes penales incompletas en cuanto a su contenido, como regla general.

Si hemos establecido que toda norma consta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica y que la diferencia entre norma jurídica general y norma penal está basada en que en ésta el supuesto de hecho lo integra una conducta delictiva y la consecuencia jurídica una pena o medida de seguridad, cabe afirmar que a esta estructura algunos autores la estiman como paradigma de norma penal completa. Igualmente tenemos que otras veces unas normas se emplean sólo para determinar más concretamente el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica; otras

⁵⁰ - Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 12 y 13. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España, 1989. Mir Puig. Introducción a las Bases del Derecho Penal, pág. 36 Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Igualmente Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día, págs. 37 y 38 Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990. Del mismo autor Introducción a las bases del Derecho Penal. pág. 36 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

se proponen limitar la norma formulada de modo general; otras más no expresan directamente la consecuencia jurídica, sino que, por lo que a ello respecta, remiten a otras proposiciones jurídicas. Son, por tanto, normas que sólo desarrollan su fuerza constitutiva fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras normas jurídicas.⁵¹

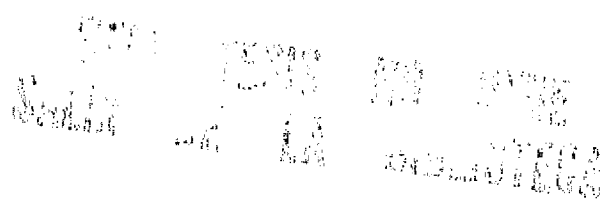
Luego entonces, es erróneo el pensamiento relativo a que los preceptos del Libro Segundo del Código Penal, así como los de las leyes que contienen los llamados "delitos especiales", constituyen normas completas, por responder a la estructura supuesto de hecho-consecuencia jurídica. Es considerada, por ejemplo, como norma penal completa la hipótesis que prevé: "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con una persona de cualquier sexo (supuesto de hecho), se le impondrá prisión de ocho a catorce años (consecuencia-jurídica)". Tal conclusión sería, sin embargo, probablemente inexacta, si por norma "completa" se entiende aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica (y no sólo toda aquella que posea un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, aunque el contenido de éstos no se halle exhaustivamente precisado).

En efecto, un entendimiento literal del contenido del artículo 265, párrafo primero, del Código penal que lo contemplara como norma completa en sí misma, llevaría al absurdo de afirmar como punible toda cópula impuesta con violencia, con independencia de que pudiera darse algún supuesto de causa de exclusión del delito (artículo 15 del Código Penal). Tanto la penalidad como los límites del supuesto de hecho del artículo 265, párrafo primero y de la concreta sanción aplicable, dependen de preceptos situados en el Libro Primero del Código penal. Cabe señalar entonces que no es cierto que el que imponga cópula violenta a otro será castigado siempre, sino sólo que ello tendrá lugar cuando no concurran causas de exclusión del delito. Pues bien: todas estas limitaciones se hallan implícitas en el numeral 265, párrafo primero del Código penal porque así lo impone la interpretación sistemática, que obliga a ponerlo en relación con otros preceptos del Código Penal. Ahora bien, si los preceptos de la Parte General del Código Penal han de completar el contenido del artículo 265, párrafo primero, éste no puede considerarse expresión de una norma penal completa.

La doctrina ha advertido el carácter incompleto y complementario de los preceptos previstos en la Parte General, pero suele quedar en el olvido que tampoco son completos los preceptos de la Parte Especial. Así para Larenz, proposiciones jurídicas incompletas son sólo las que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica previstos en otras proposiciones jurídicas distintas⁵². Stampa

⁵¹ - Morillas, Cuevas, Lorenzo. Manual de Derecho Penal (Parte General). I. Introducción y ley penal, págs. 62 y ss. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.

⁵² - Citado por Mir Puig. en Introducción a las Bases del Derecho Penal, pág. 47 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Stampa Braun. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. págs. 30 y ss. Valladolid. España, 1953. Mir Puig.



Braun escribe: "no toda disposición de carácter penal alberga una norma completa"⁵³. Pero del contexto se deduce que lo normal es que los preceptos penales contengan normas completas. En nota dice expresamente: "tales disposiciones (se refiere a las incompletas) van siempre referidas a una norma completa". Recientemente, sin embargo, Zippelius reconoce que las disposiciones jurídicas requieren normalmente su puesta en relación con otras destinadas a completarlas⁵⁴.

Este último es el único camino certero: ni las proposiciones contenidas en la Parte Especial ni, por supuesto, las que se hallan en la Parte General, encierran por sí solas normas penales completas en cuanto a su contenido.⁵⁵ Estas son el resultado de la coordinación de ambos tipos de preceptos. En esta observación se basa la teoría de los elementos negativos del tipo, que posiblemente constituye la consecuencia más importante del carácter incompleto de los preceptos de la Parte Especial. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, nos dice Jescheck: "el tipo no sólo debe abarcar las circunstancias típico delictivas, sino todas las que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, en esa línea, como elementos negativos del tipo".⁵⁶

H. Las leyes penales incompletas.

Como ya hemos establecido la mayor parte de proposiciones juridico-penales no expresan, normas penales completas en cuanto a su contenido. Pero normalmente cada uno de los preceptos legales alberga una parte del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, a completar por otros preceptos. Es excepcional que una disposición legal deje totalmente sin expresar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. Ello es posible sin que la disposición deje de ostentar la estructura necesaria en toda proposición jurídica, a través de la remisión a otras disposiciones a las que se encarga rellenar el vacío existente en el "blanco".

a. La extensión precisa del concepto de ley penal en blanco varía según los autores.

Introducción a las Bases del Derecho penal. pág. 49. Bosch Casa Editorial. Barcelona. España. 1982. Véase también a Maurach. Tratado de Derecho Penal, Tomo 1, pág. 98. Traducción de Juan Córdoba Roda y prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1962 quien expresa que: "La mayoría de las disposiciones del StGB y de las leyes accesorias constituyen leyes penales completas...". Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal. Tomo I, págs. 43-45. Murcia. España, 1946. Cerezo Mir. Curso de Derecho penal español. Parte General, Tomo I, pág. 148. Editorial tecnos. Madrid, 1976. Glagiard. Diritto Penale. Parte Generale, pág. 11. Cremona, 1957. Crispigni. Derecho penal italiano, Vol. I, pág. 225. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1949. Muñoz Conde, Introducción al Derecho penal, págs. 15 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona España, 1975.

⁵³ - Stampa Braun. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. págs. 22 y ss. Valladolid. España, 1953.

⁵⁴ - Cfr. Zippelius, citado por Mir Puig en Introducción a las Bases del Derecho penal. pág. 49. Bosch Casa Editorial. Barcelona España. 1982.

⁵⁵ - En cambio, formalmente la mayor parte de disposiciones de la Parte Especial son "completas", en cuanto responden a la estructura de supuesto de hecho-consecuencia jurídica.

⁵⁶ - Tratado de Derecho penal. Parte General, pág. 225, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares Granada. España, 1993.

En su origen dicha noción sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código Penal del Reich) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados (Lander) o de los Municipios.⁵⁷

La ley penal en blanco se concibe, por ello, en un principio, como "autorización" o "delegación" por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Esta es la concepción que ideó **Binding**.⁵⁸

b. **Mezger** amplió este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos. Junto al caso mencionado -el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa-, que si bien siguió considerando el de ley penal en blanco "en sentido estricto", adicionó los siguientes:

1º El complemento se halla contenido en la misma ley.

2º El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa.

Para **Mezger**, estos supuestos coinciden con la ley penal en blanco "en sentido estricto", en que todos ellos son sólo modalidades particulares de "técnica legislativa externa", sin que ello encierre consecuencias ulteriores. En los tres casos, "el necesario complemento es siempre parte integrante del tipo".

Pero el tipo ya complementado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la "culpabilidad penal".⁵⁹

c. El planteamiento de **Mezger**, es rechazado por **Jiménez de Asúa** y **Stampa Braun**. El primero niega particularmente en la hipótesis de dar carácter de ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en la misma ley y, aunque admite el caso de remisión a ley distinta del mismo rango, lo llama "caso impropio", reservando "la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco" para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad.⁶⁰ EL segundo autor adopta todavía una posición más estricta al limitar abiertamente la

⁵⁷ - Cfr. **Stampa Braun**. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. págs. 30 y ss. Valladolid. España, 1953.

⁵⁸ - **Binding**, Die Normen und ihre Ubertretung, citado por **Mir Puig**. Introducción a las Bases del Derecho penal. pág.161 y ss. Bosch Casa Editorial. Barcelona. España. 1982.

⁵⁹ - Cfr. **Mezger**, Tratado de Derecho Penal, traducción española y notas de **Rodríguez Muñoz**, 2ª ed. Tomo I. págs. 381 y s. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, 1955.

⁶⁰ - Cfr. **Jiménez de Asúa**. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 3ª ed., pág. 553. Editorial Lozada. Buenos Aires. Argentina, 1964. El mismo concepto parece mantener **Anton Oneca**, Derecho Penal. parte General, pág. 189. Madrid. España, 1949.

denominación "normas penales en blanco" al caso en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior. Los otros dos supuestos constituyen solamente variedades de técnica legislativa.⁶¹

Se vuelve, de esta forma, al punto de partida histórico del concepto de ley penal en blanco: ésta se concibe como una "autorización" a una instancia inferior. En el fundamento de este concepto, así entendido, descansaba algo más que una pura "técnica legislativa", contra lo que pretende Mezger. Se trataba de un procedimiento dotado de significado político vinculado al principio de legalidad. Era la única vía -de la cual debe hacerse uso excepcional- que permitía definir delitos a la Administración Pública o a otros órganos de inferior jerarquía a la exigida por el principio de legalidad. Pues bien: este significado político es ajeno a las modalidades que añadió **Mezger**.

d. Pero hay otros aspectos para los que es preferible un concepto algo más amplio de la ley penal en blanco, coincidente con el que, aun con restricciones, admite **Jiménez de Asúa** (todos los casos en que el complemento se halla fuera de ley de que se trate, sea del mismo o de inferior rango que ésta). A los efectos del tratamiento del error y de la retroactividad de la ley penal más favorable, han de equiparse todos los supuestos en que la disposición complementaria esté ubicada en otra normativa.

En cuanto al error, plantean idénticos problemas los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal. Tras considerarse estos casos como de error de derecho extrapenal exculpante, en la actualidad se equiparan a las demás hipótesis de error: habrá que distinguir entre error sobre los elementos del supuesto de hecho de la norma no penal (error de tipo) y error sobre la existencia o límites de dicha norma (error de prohibición).⁶²

Esta problemática alcanza por igual a todos los casos en que el complemento de la ley en blanco se halla en una norma no penal, aunque sea del mismo rango.

En materia de retroactividad de la ley más favorable tampoco cabe distinguir según la jerarquía de la norma en que se encierra el complemento. El problema que ello suscita⁶³ no se ve afectado por la jerarquía de la norma modificada,

⁶¹ - Ver Stampa Braun. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. págs. 32 y ss. Valladolid, España, 1953.

⁶² - Cfr. Maurach. Tratado de Derecho Penal. Traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, págs. 168 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, España, 1962. Welzel. Derecho penal. Parte General. Pág. 1. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1956. Actualmente el artículo 15 del Código Penal en su fracción VIII, reglamenta el error de prohibición al indicar que el delito se excluye cuando: "se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: b).- respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta".

⁶³ - Cfr. Casabo Ruiz, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, del Toro Marzal y Casabo Ruiz, Comentarios al Derecho Penal, Tomo II págs. 50 y ss, Tomo II, que estudia en particular el problema de las modificaciones de las normas de tráfico. En lo demás, en favor de la retroactividad favorable al reo: Anton Oneca, Derecho Penal, pág. 107 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, España,

por lo que deja de ser útil, a estos afectos, limitar el concepto de ley penal en blanco a los casos de remisión a la norma de inferior rango.

Concepto en cualquier caso distinto al de la ley penal en blanco, es el de las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la consecuencia jurídica. Este supuesto que Jiménez de Asúa denomina "ley en blanco al revés",⁶⁴ es para Rodríguez Devesa "una mera cuestión de técnica legislativa equivocada", pues el operar normalmente señalando a un hecho la penalidad que se fija para otro en distinto lugar, lleva al peligro de que se olviden las necesarias diferencias de gravedad entre ellos.⁶⁵ A esto se añade que si la remisión tiene lugar a una instancia inferior se renuncia a la exclusividad en la precisa fijación de la pena que, como garantía constitucional, corresponde indeclinablemente a la ley.

Se pone, consecuentemente, en peligro el principio de legalidad, además del supuesto analizado anteriormente de las leyes en blanco y de las leyes incompletas, en el caso de tipificación con límites inciertos, pues se da origen a tipos con límites difusos, constituyendo esto una grieta para la seguridad jurídica del gobernado.

Esto sucede, por ejemplo, en el caso de ocultación del verbo típico, mediante formulas o cláusulas generales en la reglamentación de los delitos; en el supuesto de empleo de elementos descriptivos sin previsión semántica, que suelen usarse en leyes de contenido político; en la hipótesis de utilización de elementos normativos equivocados, que remitan a pautas éticas o valorativas extra-jurídicas que disminuyen considerablemente el grado de certeza típica; cuando se reglamentan elementos subjetivos equivocados, tales como "fin" o "ánimo subjetivo", etc.; en la reglamentación de tipificaciones abiertas.

En efecto, la teoría de los tipos "abiertos" sostiene que en el Derecho penal hay tipos de los que no cabe inferir por completo, sino sólo parcialmente los elementos del injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debe completarse mediante elementos positivos de la antijuridicidad que estarían fuera del tipo. Como tipos abiertos se señalan aquellos "en los que falta una guía objetiva para completar el tipo", de manera que, prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido.⁶⁶ Los tipos abiertos son una

1972; Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal, tomo II, págs. 152 y ss. Murcia, España, 1947. Córdoba Roda en Notas al Tratado de R. Maurach, Tomo I, pág. 144; Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. Parte General. pág. 171.

⁶⁴ - Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 3ª ed. pág. 352 y ss, Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1964.

⁶⁵ - Cfr. J.M. Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, pág. 149. Madrid. España.

⁶⁶ - La teoría de los tipos "abiertos" sostiene que en el Derecho penal hay tipos de los que no cabe inferir por completo, sino sólo parcialmente, los elementos del injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debería completarse mediante elementos positivos de la antijuridicidad que estarían fuera del tipo. Como tipos abiertos se señalan aquellos "en los que falta una guía objetiva para completar el tipo", de manera que, prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido. La teoría de los tipos abiertos debe ser rechazada, pues si el tipo se concibe en el sentido de clase del injusto, sólo puede ser imaginado como "cerrado", porque en otro caso le faltaría precisamente la característica propia del tipo. Esto significa que el tipo ha de contener, sin excepción, todos los elementos que configuran el contenido del injusto de una clase de delito, y que la cuestión de la antijuridicidad sólo puede formularse negativamente, es decir, en el sentido de exclusión mediante las causas de justificación. Sin duda, el grado de precisión de la materia de prohibición varía según los diferentes preceptos

modalidad ineludible en los delitos culposos, alcanzando límites muy peligrosos en caso de indeterminación incierta en la base donde surge el deber de garante que está obligado a precisar el juzgador, actividad que conlleva el "cierre" de la tipificación de ese injusto culposo; los tenemos también cuando se emplean titulaciones enunciativas o ejemplificativas, que describen una serie de supuestos y apelan luego a la analogía de los mismos, lo que demanda una labor de interpretación que da lugar a opiniones judiciales contradictorias. La lesión en la legalidad puede acontecer igualmente, frente a los tipos omisivos no escritos (comisión por omisión o impropios delitos de omisión), dado que se deja al juzgador fijar la posición de garante, situación que no se logra poner a salvo, ni siquiera cuando como en el caso de nuestro Código Penal, se inserta ahora, en el párrafo segundo del artículo 7º, una cláusula general de "atribuibilidad del resultado para quien no omita impedirlo teniendo el deber jurídico de hacerlo".

En México, el principio de legalidad se consagra de manera expresa en la Constitución General de la República, al preceptuarse en el artículo 14, párrafo segundo y tercero, que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y **conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho**", y que "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una **ley exactamente aplicable** al delito de que se trata"; en otros términos, se debe tener presente "que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el <imperio de la ley>, entendida ésta como expresión de la <voluntad general>"⁶⁷, potestad para fijar los delitos y las penas, que se encuentra ordenada constitucionalmente en el artículo 73, fracción XXI: "El Congreso tiene facultad, para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse".⁶⁸ A nivel de ley secundaria, el Código Penal Federal contiene el principio analizado en el artículo 7º., cuando establece que "delito es el acto u omisión que **sancionan las leyes penales**".

3. Principio de no retroactividad de la ley más gravosa.

De manera expresa separamos este principio del de legalidad a pesar de constituir derivación de aquél, y del que brevemente en dicho apartado ya hablamos,

penales. No obstante los complementos que el juez consigue desde los juicios generales de valor o desde la conexión con otros elementos, constituyen a su vez elementos del tipo, para lo que, aparte del método de obtención, no rige especialidad alguna". Cfr Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, pág. 223, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España, 1993.

⁶⁷.- Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. pág. 80. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona. España, 1975
Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, Volumen I. El hecho punible, pág. 29. Edersa. Madrid, España, 1982.

⁶⁸.- La fracción XXII alude a que el Congreso de la Unión también tiene la facultad para "conceder amnistía por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación". En el ámbito local del Distrito Federal el numeral 122 fracción IV, inciso g, determina que "la asamblea de representantes del Distrito Federal tiene facultades para legislar en el ámbito local en lo relativo al Distrito Federal en los Términos del Estatuto del gobierno en materia de... penal...".

lo anterior obedece a directrices que estimamos didácticas, para resaltar su importancia, residente en señalar que la ley penal dispone su vigencia sólo para captar situaciones futuras, no pudiéndose aplicar a los hechos perpetrados anteriormente a su entrada en vigor.⁶⁹ La prohibición de la retroactividad se refirió en primera línea, a la sanción de la pena y no, a la norma de conducta, en la medida en que la pena no hubiera sido aumentada con anterioridad; se lo consideró como una medida arbitraria incompatible con la libertad del individuo. Idéntico postulado se dedujo también del agravamiento de una amenaza penal, aunque, por supuesto, tal caso aparece como menos grave. Por su parte, Roxin establece que "lo que se prohíbe es tanto introducir retroactivamente en la legislación la punibilidad de un hecho a **agravar** con efectos retroactivos a una pena ya establecida legalmente".⁷⁰ El principio en análisis, dogmáticamente lo desprendemos del contenido del artículo 14 constitucional, cuando se anota en su párrafo primero, que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". La prescripción es terminante, no importando la clase de relaciones que se reglamenten, o si son de carácter sustantivo o adjetivo, cuestión inobservada por nuestros máximos tribunales en jurisprudencia firme, tratándose del caso de normas de Derecho procesal. En consecuencia, se hace necesario implantar este principio según exigencia doctrinal, en las legislaciones que no lo contengan, suprimiendo o anulando cualquier disposición que permita la retroactividad de la ley penal más gravosa respecto de delitos, penas o medidas de seguridad, aun cuando se argumente que las restricciones o afectaciones de derechos de que se trate lo sean a título de "medidas de seguridad", por demás también injustificables aún cuando se apliquen en "beneficio" de la persona afectada.

4. Principio de obligatoriedad de la retroactividad de la ley penal benigna

Este principio constituye la contrapartida del de prohibición de la retroactividad de la ley penal gravosa, pues exige obligadamente la retroactividad de la más benigna. Su fundamento se halla en la Constitución Federal, partiendo de un procedimiento de interpretación en sentido contrario de lo previsto en el primer párrafo del artículo 14, que determina que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"; luego, es posible "darle a toda ley efecto retroactivo en beneficio de persona alguna". Por otra parte, en la ley secundaria tenemos que el artículo 56 del Código Penal Federal, preceptúa que "cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiere sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término

⁶⁹ - Bettiol. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 103. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1977. Jescheck. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. pág. 33. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1981.

⁷⁰ - Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, pág. 34, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.

mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte del término medio aritmético conforme a la nueva norma". En aras de hacer valedera esta máxima, se ha estimado que las legislaciones que no contienen una disposición como la transcrita, deben instituir la, buscando eliminar las excepciones o limitaciones a la misma, si las hubiere, consagrando que la vigencia de la nueva ley opere de pleno derecho y que el trámite que fuere necesario se inicie de oficio.

5. Principio de no validez ulterior de la pena.

La norma penal no puede seguir teniendo validez, "continuar disciplinando una situación, cuando por una determinada razón ha dejado de ser norma vigente",⁷¹ es decir, cuando una norma penal sea derogada de forma expresa, o tácita (si es que la norma posterior está en contradicción con la anterior total o parcialmente, el Código civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, dispone en el artículo 9o. que "la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior"). En efecto, en materia de delitos, una ley no podrá seguir teniendo valor, cuando a un hecho determinado se le haya quitado tal carácter, y en tratándose de penas o medidas de seguridad, igualmente dejarán de aplicarse, en virtud de que tal hecho ya no es considerado por la sociedad como antijurídico, sino socialmente válido. A no ser que reporte beneficio al sujeto activo del delito atentos al principio **tempus regit actum**, sólo podrá tener aplicación ulterior.

6. Principio de determinación, taxatividad o precisión del tipo.

Esta máxima consiste en que el legislador al elaborar los tipos de delito, debe determinar con precisión la conducta que trata de regular. La importancia de esto radica en su oposición al principio autoritario; un ejemplo lo tenemos en el proceder del legislador nacional socialista de 1935, que estableció el "castigo para quien cometiera un hecho que la ley declarare punible o que mereciera una pena según la idea básica de una ley penal o según el sano sentimiento del pueblo".

Por ende, el legislador debe ser cauto para no introducir los llamados elementos normativos y subjetivos diversos del dolo (antiguamente denominados elementos subjetivos del injusto), o la utilización en forma general o abstracta de expresiones que dejen los "tipos abiertos" a cualquier conducta, pues de acontecer esto se haría nugatorio el principio de determinación, dejando en manos del juez la fijación de lo que constituye delito.⁷² Por tanto, es conveniente emplear el lenguaje

⁷¹ - Bettioli. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 104. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona, 1977.

⁷² - Sáinz Cantero, Lecciones de Derecho Penal. Parte General pág.40 y 41. Bosch, Casa Editorial.S.A., Madrid. España, 1990 También Hassemmer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 310 y 55. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1974, Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. aumentada, corregida y puesta al día, págs. 62 y 55. Ediciones Ariel, S.A., Barcelona, España, 1989.

más depurado y preciso en la elaboración de los tipos, sin sacrificar desde luego la irrenunciable expresión técnica propia de nuestra ciencia; utilizar el verbo típico más claro, evitando las fórmulas características que lo ocultan o no lo expresan con exactitud, las referencias descriptivas semánticamente equívocas, los ya apuntados elementos normativos de valoración jurídica o cultural no bien delimitados y los elementos subjetivos inciertos; reducir al mínimo y si es posible suprimir las tipificaciones "abiertas" y eliminar o reducir las de carácter enunciativo o ejemplificativo.

Se vulnera asimismo el principio de determinación, cuando los Códigos reglamentan, en el ámbito de la culpa, el sistema de incriminación abierta o **numerus apertus**, consistente en castigar todas las conductas típicas realizadas de esa forma, excepto -claro está-, las que por su peculiar configuración no puedan ser consumadas sino dolosamente, verbigracia los tipos que contienen los elementos subjetivos diversos del dolo, que a su vez dan lugar a los llamados delitos de tendencia interna trascendente, de expresión y de intención; lo mismo sucede con los delitos cometidos por conducta omisiva que llevan aparejado un resultado fáctico o material, donde la ley no especifica ni delimita claramente las fuentes del deber de garante, aunque en México en el párrafo segundo del artículo 7º, trata de salvarse tal deficiencia. En tal virtud, deben elaborarse los tipos de comisión por omisión que hasta hoy no están escritos, lo cual se requiere sea hecho conforme a un criterio de racional necesidad político-criminal que interprete siempre restrictivamente el alcance de las fuentes de la posición de garante consignadas en la ley, a fin de evitar aplicaciones analógicas o aberrantes de la teoría de la omisión.⁷³

Tocante a la reglamentación del delito culposo el Código Penal Federal en el artículo 62, párrafo segundo, admite actualmente el sistema de **numerus clausus** o de incriminación cerrada del delito culposo, postura adecuada dado que el injusto de esta naturaleza debe sancionarse excepcionalmente y, por lo que hace a los tipos de comisión por omisión, ya en el numeral 7º, párrafo segundo, se prevé que "en los delitos, de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente"

7. Principio de prohibición de analogía.

⁷³ - Cfr. La adición del párrafo segundo al artículo 7o. del Código Penal, reglamenta el delito de comisión por omisión al citar que "en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

"La analogía supone la aplicación de una ley dada para un supuesto de hecho a otro no regulado por dicha ley"⁷⁴. La prohibición es extender la ley penal por analogía en perjuicio del afectado, ya sea a la hora de aplicar los presupuestos de la penalidad, ya sea en la determinación de la pena (**nullum crimen, nulla poena sine lege stricta**). El que la ley penal haya de ser estricta (o cierta) significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos. Con ello, por una parte, se asienta el imperio de la ley, pero también, por otra parte, se evita que el juez se convierta en un legislador; es un límite a la actividad jurídica. El juez no podría ser, frente al ciudadano, también legislador, pues un indiciado quedaría totalmente inerte frente al poder judicial.

En sentido estricto la analogía es someter bajo la norma penal un hecho que queda fuera de ella, apelando a su sentido o a la semejanza. Esta máxima se consagra de manera precisa en el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución Federal, cuando se indica que "en los juicios del orden criminal **queda prohibido imponer, por simple analogía** y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Consecuentemente, la analogía está totalmente prohibida en el Derecho penal.

8. Principio *ne bis in idem*.

Este principio prohíbe que alguien pueda ser juzgado dos veces por el mismo (**hecho**) delito; norma establecida en la Constitución en el artículo 23, parte segunda, que señala: "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene"⁷⁵.

9. Principio del bien jurídico.

Principio que "concibe el delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión o efectivo peligro de un bien jurídico y la elección del bien jurídico como criterio clasificador de la sistemática de los delitos en particular",⁷⁶ por lo que esta proscrito al legislador proteger "bienes jurídicos" que en el fondo se traten de valores políticos impuestos en un sistema jurídico concreto, por grupos de poder, nacionales o extranjeros, en una circunstancia histórica determinada.⁷⁷

⁷⁴ - Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. pág. 90. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1975. Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 314 y 55. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, págs. 61 y 55. Ediciones Ariel, S.A., Barcelona, España, 1989. Roxin. Introducción al Derecho Penal y al Derecho penal procesal, págs. 34 y 55. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1989.

⁷⁵ - Cfr. Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. pág. 65. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal, pág. 39. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

⁷⁶ - Cfr. Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. pág. 42. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982; Bettiol, nos dice que la esencia del delito viene dada, por la lesión de un bien de la vida social garantizado por la norma penal...; de tal modo que antes de vulneración de una norma o de un deber el delito es lesión de un bien jurídico". Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 106-107. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1977.

⁷⁷ - Cfr. - Novoa Monreal.- La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo.- pág. 134-135. Trabajo publicado en el libro "LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo. Vol. I. UNAM.- México.- 1979.

A. La formación del concepto de bien jurídico.

La evolución histórica del concepto de bien jurídico, está exhaustivamente expuesta, por Hassemer⁷⁸, Polaino Navarrete⁷⁹, Bustos Ramírez⁸⁰, Jescheck⁸¹, Mir Puig⁸², entre otros.

El Derecho penal moderno, que nace a fines del siglo XVIII como fruto de la Ilustración y de la Revolución Francesa, se concibe como protector de los derechos y libertades individuales, en su doble vertiente de lo que debe protegerse y las restricciones operadas en su nombre: no cabe prohibir más que aquello que entrañe un ataque contra las libertades individuales.

Fueron cuestionados los delitos contra la religión, la moral o contra las buenas costumbres (lo que hoy denominaríamos reglas del trato social o convencionalismos sociales) pues, al fin y al cabo, ni las unas ni las otras afectan a la convivencia sino a la conciencia o sensibilidad de cada individuo.

El marco de protección abarcado por el Derecho penal se censuró en el sentido de que significaba una disminución excesiva de la materia a regular, empero lo cierto es que se admitió que los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, aunque no eran en su totalidad captados por el Derecho penal, se conservaban por otras parcelas del Derecho aunque se vieran atacados.

En atención a lo apuntado se le atribuyó naturaleza secundaria o accesoria al Derecho penal. Se destaca por Morillas Cuevas⁸³, que la afirmación más tradicional se remonta a autores como Hobbes, Puffendorf, Bentham o Rousseau que le dan carácter subsidiario al Derecho punitivo. Se estima como un ordenamiento de naturaleza sancionatoria en el sentido de contener únicamente sanciones para la violación de preceptos que se encuentran en otras ramas del ordenamiento jurídico, bien de Derecho privado (relaciones entre particulares) bien de Derecho público no penal (relaciones entre los individuos y el Estado). A unas y a otras el Derecho penal no hace sino entregar el refuerzo de sus sanciones, por eso su naturaleza secundaria. Tesis sostenida con posterioridad, aunque desde diferentes perspectivas entre sí por Binding, Kaufmann, Roxin y Rudalphi, entre otros.⁸⁴

⁷⁸ - Fundamentos del Derecho penal. Pág. 262-280. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1984.

⁷⁹ - Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 94, 129 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1983.

⁸⁰ - Manual de Derecho penal. Parte General, 3ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, págs. 155 y ss. Editorial Ariel S.A. Barcelona. España, 1989.

⁸¹ - Tratado de derecho penal. Parte General. Vol. I, págs. 9 y ss. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1981.

⁸² - Introducción a las bases del Derecho penal. Págs. 128 y ss. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

⁸³ - Manual de Derecho Penal (Parte General). I. Introducción y ley penal, págs. 28 y ss. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.

⁸⁴ - Porte Petit, al abordar este problema menciona que "el referimos a la autonomía o no autonomía del Derecho penal, estamos dentro de la esfera de uno de sus caracteres, o sea, de su carácter constitutivo o sancionador. Al respecto existen cuatro corrientes: A)

Sea cual sea la naturaleza del Derecho penal, lo cierto es que el sujeto pasivo de un delito de robo por ejemplo, a quien se le ha desapoderado de una cosa de su propiedad, sigue conservando el derecho sobre ella. Por otra parte, no pueden excluirse del Derecho penal conductas que, aunque no afecten directamente los derechos del ciudadano, pueden dañar seriamente la convivencia.

Por eso, se entendió que lo lesionado por todo delito, no es un derecho subjetivo sino un bien jurídico, constituido por un interés individual o colectivo, de naturaleza material o espiritual, suficientemente importante para la convivencia como para sancionar su lesión mediante penas⁸⁵.

En el siglo XVIII se produce una profunda transformación que lleva a concebir el sistema jurídico como garantía de los derechos de la persona, y al Estado, superando el estado de la naturaleza (Rousseau, Kant), como protector de la libertad del individuo frente a ataques que supongan una disminución de ella. Es Feuerbach quien, inspirándose en Kant, patrocina tal concepción individualista del Derecho penal, en tanto que Birnbaum da el paso definitivo, objetivador y superador del individualismo anterior, acuñando el concepto de bien jurídico como objeto de tutela penal. En el siglo XIX, sobre todo tras el redescubrimiento de Birnbaum por parte de Binding, el bien jurídico obtiene carta de naturaleza en Derecho penal. Liszt contribuye, con su concepción naturalista, a establecer una distinción fructífera entre bien jurídico y objeto de ataque, Binding estima al bien jurídico intrasistemático, como un producto del legislador, que puede servir a los fines de interpretación teleológica de la ley penal, destacando en esta consideración las aportaciones de Schwinge y Honig, desde el neokantismo (los bienes jurídicos no pertenecen al mundo del ser, sino al del deber ser, al mundo de los valores). En este contexto, una posición peculiar y preñada de futuro fue la de Welzel, quien, inspirándose en la fenomenología, observó que los bienes jurídicos cumplen determinadas funciones dentro de la realidad social. Así, liberándose de las influencias naturalistas y neokantianas de su tiempo, superándolas, entiende que los bienes jurídicos no pertenecen al mundo de las ideas, sino al de la realidad de la vida, y que no son estáticos, sino dinámicos. Junto a los

Una sosteniendo el carácter constitutivo o autónomo; B) Otra, su carácter sancionador, C) La que le da el carácter esencialmente constitutivo y excepcionalmente sancionador, y D). Aquella que estima que es esencialmente sancionador y excepcionalmente constitutivo". Al tomar partido por la hipótesis del inciso C), explica que "en verdad, el Derecho Penal es perfectamente constitutivo o autónomo a virtud de que protege innumerables bienes jurídicos que no tutelan otras ramas del Derecho, amparando en casos determinados bienes jurídicos a su vez tutelados por el Derecho Civil u otro ordenamiento, dando lugar, a que pueda sostenerse que el Derecho Penal es esencialmente constitutivo y por excepción sancionador, pero aún aceptando que en algunos casos proteja los mismos bienes que los de otras ramas el Derecho penal lo hace desde un aspecto diferente de aquéllas, porque no los tutela desde un ángulo particular, sino general, habida cuenta que su ámbito es más amplio, es decir, la protección es en base al interés social, que por otra parte, tiene indudablemente un contenido propio. Además, como dice Petrocelli <hay bienes que no tienen otra tutela jurídica fuera de la penal, y por tanto, hay hechos ilícitos que tienen solamente consecuencias jurídico-penales: lo cual significa que es inútil buscar en otra parte del Derecho, el precepto relativo a tales sanciones, porque el precepto relativo a tales sanciones, porque el precepto no puede ser exclusivamente más de carácter penal.>" Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, I., 14ª ed., pág. 22 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

⁸⁵ - Esta evolución histórica del concepto "bien jurídico" está exhaustivamente expuesta en: Hassemmer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 25 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1974. Polaino Navarrete. Derecho penal. Parte General. tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho penal. págs. 94 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

bienes de la persona, como la vida (no sólo en lo abstracto, sino también en concreto), están los de la comunidad y del Estado, como la correcta administración de justicia, que es una función imprescindible para la vida social ordenada.

La protección de los bienes jurídicos, por otra parte, no es absoluta, sino está en función de los intereses a que sirve; de ahí la capacidad en algunos casos de disponer de ellos su titular, mediante el consentimiento, si se trata de bienes jurídicos individuales, o la exclusión de considerarlos lesionados en los casos de <adecuación social>.⁸⁶ Incluso un bien jurídico tan incontrovertido como la vida humana experimenta una transformación en función del cambio social (definición del comienzo y fin de la vida humana, despenalización de la eutanasia, etc.).

Los bienes jurídicos, además, dan lugar a que el legislador configure normas de conducta encaminadas a que se haga u omita algo para asegurar su correcto funcionamiento. Cuando las normas se violan, los bienes jurídicos resultan realmente afectados (la muerte de una concreta persona). De ahí que su doctrina de los valores ético-sociales de acción, que hoy supera la concepción moralizante del Derecho, en lo que probablemente Welzel nunca pensó, debe ser entendida en el sentido de que el Derecho penal no se conforma con sancionar debidamente la lesión del bien jurídico que ya ha tenido lugar, aspirando, con la amenaza penal (doctrina de los fines de la pena), a fomentar entre los ciudadanos la cooperación en las tareas de asegurar intereses individuales y colectivos básicos, mediante los valores-acciones de

⁸⁶ - La teoría de la adecuación social sostiene que las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformado históricamente, no pueden incluirse en ningún tipo delictivo, ni siquiera cuando conlleven peligros para bienes jurídicos protegidos juridico-penalmente. Verbigracia, el funcionamiento de un reactor nuclear, el ejercicio del balompié, la participación en el tráfico viario, la fabricación de armas y materiales explosivos, y la gestión de empresas de ferrocarriles, aéreas o navales, o de funiculares y telesillas. Los tipos penales solo caracterizan por su materia de prohibición acciones "que se apartan considerablemente del orden de la vida en comunidad conformado históricamente". Se circunscribe a este tarea, porque el legislador no puede prohibir el comportamiento socialmente adecuado, y por eso tampoco lo quiso prohibir. El límite del comportamiento socialmente adecuado que debe reconocerse en el marco del ordenamiento jurídico global coincide con el límite del deber de cuidado que a todos corresponde respecto al peligro general con las personas y cosas. Incluso si se ha producido un resultado típico, en forma de un menoscabo de un protegido objeto de la acción, y si el autor lo ha previsto como posible o, en todo caso, lo ha asumido como inevitable o probable, el ordenamiento sólo puede prohibir un comportamiento que constituye un ataque al deber objetivo de cuidado. De ello se desprende que numerosos modos peligrosos de comportamiento, que según la experiencia ponen en peligro, antes o después, bienes jurídicos penalmente protegidos, no caen bajo la norma prohibitiva formulada en el tipo, siempre que la acción se mueva dentro del marco del deber de cuidado requerido en el tráfico, y esto al margen por completo de las intenciones, las representaciones y los móviles personales del autor. También en los delitos dolosos la imputación del resultado puede depender así de que el autor infrinja el deber objetivo de cuidado que le incumbe. Como ejemplo tenemos al marido que abandona a su familia, él se mantiene en el marco del actuar socialmente adecuado, incluso si sabe que con ello surge el riesgo del suicidio de la esposa. El tabernero que sirve alcohol a un conductor sólo ha de impedir que prosiga la marcha cuando la embriaguez del cliente ha alcanzado un grado tal que ya no puede actuar responsablemente; difundir material propagandístico anticonstitucional de un partido prohibido cuando se haga "con fines científicos o artísticos". Como consecuencia de la producción de gas del alumbrado, o de otros productos químicos venenosos, en las grandes obras relativas a presas, rascacielos y túneles, en explotaciones industriales peligrosas, como minas o canteras, y en el tráfico viario, ferroviario y aéreo, se producen, conforme enseña la experiencia, desgracias con muertes y lesiones corporales que, sin embargo sólo originan una responsabilidad juridicopenal de empresario en caso de vulneración de cuidado objetivamente exigido. Lo mismo ocurre en las lesiones que suelen producirse en algunos deportes, como el boxeo, el rugby, el hockey sobre hielo o el balompié, pese al cuidadoso respeto a las reglas del juego. Los pequeños engaños corrientes en la vida mercantil, como, por ejemplo, la ocultación de un interés, con aficionado, en el objeto de la compra, pertenecen también a este orden de ideas. Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 227-228, Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España, 1993.

los que los desvalores-acciones constituyen su negación. Por eso, el delito se compone de una desvalor-acción y de un desvalor-resultado.⁸⁷

Con el advenimiento del totalitarismo en el siglo XX, el equilibrio entre bienes jurídicos de la persona y los colectivos que se había llegado a lograr, sufrió un desfase, lo que llevó a sacrificar los primeros (a cuyo servicio, preponderantemente debe estar el Derecho) a los de la colectividad, con una protección desorbitada del pueblo, el Partido o, incluso la raza, que lo eran todo mientras que el individuo no era nada⁸⁸.

En la Alemania nazi llegó a estar sancionado penalmente contraer matrimonio con alguien de "raza inferior" (judíos), y llegaron a castigarse con penas severísimas conductas tan triviales como la de escuchar una emisora de radio enemiga.

Acabada la Segunda Guerra Mundial, e implantados los regímenes democráticos en Europa, se armoniza en los textos constitucionales preferentemente la protección inviolable de los derechos y libertades fundamentales del individuo (parte dogmática) y las funciones públicas del Estado (parte orgánica). Se le otorga al Derecho penal la protección de bienes individuales, sociales y colectivos, pero anteponiendo siempre los primeros a los últimos en caso de conflictos no resolubles de otra manera⁸⁹.

La libertad abarca ahora a los medios de comunicación para informar, situación que debe concurrir con la libertad y honorabilidad de las personas, que no puede ser impunemente atacadas por aquéllos. La "protección de la intimidad" de las personas y "la libertad de la prensa" se armonizan, no pudiéndose decir que alguna de ellas tiene un valor ilimitado, lo que se traduce sólo en la punición de las extralimitaciones no justificadas por el interés público en la información.

⁸⁷ - La Doctrina del bien jurídico y de los valores ético- sociales de Welzel está ya desarrollada en sus escritos de los años treinta. Hassemmer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 100 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1974; Bustos Ramírez. Manual de Derecho penal. pág. 128. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Insisten en la relación de bien jurídico desvalor de acción Jescheck, Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo I, pág. 9 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981. Cerezo Mir, Parte General. págs. 17 y ss. Editorial Tecnos. Madrid. España, 1976.

⁸⁸ - Los Estados Totalitarios pusieron de relieve lo debilitada que había llegado a estar la doctrina del bien jurídico desde los primeros tiempos de su formulación ilustrada. Positivismo legal, relativismo valorativo e inmaterialidad del bien jurídico, permitieron que el poder político totalitario colocara a la colectividad por encima del individuo, al instinto por encima de la razón. La teoría del bien jurídico no sirvió para que los juristas reaccionaran frente a los totalitarismos porque aquella había quedado vaciada del contenido liberal e individualista, con que había nacido. Normas como las nazis solo podían haber sido combatidas con una teoría del bien jurídico que colocara al Derecho penal al servicio del individuo, y no al individuo al servicio del grupo social.

⁸⁹ - La doctrina del bien jurídico se entiende como doctrina de los fines del Derecho penal, extrayéndose de la parte dogmática de las Constituciones de los Estados los objetos de la protección penal, y de la función social que una Constitución Democrática quiere cumplir, como es la necesidad de liberar al Derecho penal de lo que ha perteneciendo a la esfera del individuo; que la sexualidad o la moral no sean objeto de consideración jurídica; e incluir en su ámbito (del Derecho penal), funciones sociales que situadas en principio más allá de lo estrictamente individual, son necesarias para la convivencia ordenada. Claus Roxin. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, págs. 22 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. De ahí que materias como la vida socio- económica y las restantes tareas que orientan la actuación del Estado a fines colectivos (el denominado Derecho penal administrativo) que la ilustración quiso excluir en su día del Derecho penal, volviesen a tener su sitio en él. La ordenación de la vida económica, la protección de la función jurisdiccional, etc, no representan sino técnicas diversas a las tradicionales de protección de bienes jurídicos del individuo, al servicio del cual precisamente están concebidas las instituciones tuteladas.

En cualquier caso, sólo merecen protección penal aquellos bienes jurídicos que realmente cumplen una función social y no religiosa, ideológica o de cualquier otra índole. Es por ello que, para que un bien jurídico se proteja penalmente, debe comprobarse previamente si tal protección es eficaz⁹⁰.

Las llamadas Ciencias Sociales (Sociología, Psiquiatría, etc.) son ciertamente un factor clave del Derecho penal, pues con sus estudios facilitan la labor de esclarecer la realidad del delito y aconsejan qué medidas son más eficaces para combatirlo. Sin embargo, no se puede olvidar que la última decisión sobre qué debe castigarse y cómo, es una decisión política.

Hassemer, Roxin, Stratenwerth, Jakobs, coinciden en la necesidad de buscar en las ciencias sociales el concepto de **dañosidad social** que permita definir qué debe ser objeto de protección penal. Teorías sociales como el psicoanálisis (Hassemer) o el funcionalismo⁹¹ (Jakobs, Amalung), permiten explicar el delito como un producto de la definición social (el comportamiento desviado) que, mediante el lenguaje formalizado del Derecho, evita las tensiones sociales entre el infractor y la sociedad que se producirían en su ausencia (principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, garantías procesales, etc.). Las teorías sociales permiten explicar,

⁹⁰ - Los bienes jurídicos no son ya concebidos como valores pertenecientes a un mundo más o menos trascendente, merecedores de protección por sí mismos, sino que se entienden, como objetos y funciones sociales pertenecientes a la realidad de la vida social que es donde habrá de encontrarse que la pertinente protección penal resulta necesaria y posible; obteniéndose del control social la protección, se busca realizar con los criterios de las ciencias sociales empíricas, un nuevo elemento de verificación del Derecho. Véase Muñoz Conde. Introducción al Derecho penal. págs. 72 y ss. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975. Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. págs. 97 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. España. 1990. Bustos Ramirez. Derecho penal Parte General. pág. 128. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Hassemer. Fundamentos del Derecho penal, págs. 28 y ss. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1984. Stratenwerth. Derecho penal. Parte General, págs. 6 y ss. Editorial Edersa. Madrid. España, 1976. Roxin. Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal, págs. 22 y ss. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España 1989. Jakobs, citado por Alberto Donna en Teoría del delito y de la pena, pág. 186 y ss. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1992.

⁹¹ - Véase José María Silva Sánchez en la introducción al libro de Schönemann, titulado "El sistema moderno de el derecho penal: cuestiones fundamentales", quien en la introducción señala que el funcionalismo se basa en un intento de construir las categorías del sistema penal orientándolas a los fines del Derecho penal, en convertir a conceptos las cuestiones de las que no pueden decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal. Las corrientes funcionalistas, no pretenden, en principio una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad. Se trata de orientar dichas categorías a "la función del Derecho penal en la sociedad moderna". Un ejemplo característico de ello viene dado por las nuevas propuestas en materia de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho del autor. Con todo ello, no me parece posible descartar completamente que el funcionalismo lleve a cabo una modificación sistemática. De hecho los conceptos de antijuridicidad penal (Günther) o de "responsabilidad" (Roxin) por ejemplo, si encierran el germen de alguna posible modificación sistemática. Una modificación a la que algún autor, como es el caso de Frisch, alude de modo expreso, al proponer la reconstrucción del sistema sobre las dos categorías fundamentales de la teoría de las normas (norma de conducta y norma de sanción) y la orientación de los presupuestos de la punibilidad al concepto y legitimación de la pena estatal. En dado caso, lo cierto es que, en el momento actual existen ya teorías funcionalistas de la tipicidad (imputación típica, en general, y del resultado, en particular), de tipo subjetivo doloso, de la justificación y, por supuesto, de la culpabilidad. Aunque no se les reconozca otro valor es, pues, preciso concluir que las tesis funcionalistas han traído consigo una considerable ampliación de las posibilidades de argumentación de la dogmática jurídico-penal, si bien en ocasiones ello puede tener lugar a costa de una pérdida de firmeza o de la sanción de soluciones más flexibles. Esto último es lo que precisamente ha servido para las críticas que de modo genérico se han dirigido. Así se ha señalado que el sistema propugnado por los funcionalistas adolece de una menor cientificidad de inseguridades y de un carácter "nacional" (por su vinculación a un ordenamiento constitucional), que se oponen radicalmente a las pretensiones científicas y transnacionales de la dogmática; en definitiva, que conduce a la arbitrariedad. En otro orden de cosas, se ha observado que su "reconstrucción" normativa conduce a la confusión de las categorías, retro trayendo a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación. Por último, se alude también a que políticamente, las teorías funcionalistas se presentan a ser utilizadas en sentido autoritario y contrario a las garantías del estado liberal de Derecho. págs.20-22. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1991.

también, cómo determinados bienes jurídicos se fundamentan en la función social que cumple el control representado por el inconsciente colectivo (como lo demuestra, por ejemplo, la protección penal de los símbolos del Estado).

Tales teorías sociales explican, en fin, que junto a bienes jurídicos individuales, se protejan también incluso más claramente, instituciones como la que desempeña la función judicial, dado que constituyen subsistemas sociales instituidos para reducir la complejidad del sistema social total. Autores que han criticado con buena parte de razón al funcionalismo (<funcional> es lo que funciona dentro de un sistema, lo que lo mantiene vivo sin cuestionar su validez; con ello se crea un peligro de cerrazón del sistema) -por eso, el funcionalismo, que tan bien opera en las ciencias naturales, tiene serias dificultades en las ciencias humanas- a lo que se encuentra fuera del mismo, y de compartimentación del hombre cuando se trata de sistemas sociales. Como Bustos Ramírez, advierte, el Derecho penal protege relaciones sociales que afectan a los individuos que las entablan. Así, cuando admite que el fisco es un bien jurídico colectivo que cubre necesidades como las que permiten satisfacer la sanidad o la educación, cuando critica el desigual tratamiento penal de la estafa y la defraudación de la hacienda pública, cuando propugna una mayor incriminación de las interferencias de los poderes públicos en el ejercicio de las libertades de los ciudadanos, o cuando pide la no incriminación de la disidencia política. Todas esas relaciones sociales se producen a través de instituciones constituidas en subsistemas - sistema político, función pública, mercado, administración del Estado- funcionales dentro del sistema social total cuya complejidad deducen, de las que en sociedades con valores como la nuestra no se puede prescindir, aunque sí puede penetrarse en ellas a través de una teoría crítica de la sociedad que reflexione sobre tales funciones y las configure consensualmente, es decir, políticamente. Desde esta perspectiva totalizadora, ni siquiera se puede prescindir del concepto más denostado en la ciencia penal actual, por lo que se refiere a esta materia: el de <ejercicio de la fidelidad a la norma>, acuñado por Jakobs⁹², pues, si como reconoce Bustos Ramírez, es posible un consenso sobre las necesidades reales a elevar a bien jurídico protegido penalmente, no cabe temer lo reprochado al pensamiento funcionalista -que consolide el "statu quo"-, al tiempo que una mínima consideración funcionalista (controlable interpersonalmente) explica fácilmente que a lo menos que puede aspirar un ordenamiento jurídico que se precie, es a que lo cumplan sus destinatarios cuando es justo.

El mismo Hassemer⁹³ acierta también al estimar que las ciencias sociales, constituyendo un importante control del Derecho penal, no permiten suplir la función que en el cometido de definir el delito corresponde al legislador democrático. De esta manera, su establecimiento, pensando en el individuo o en la colectividad, la gravedad

⁹².- Jakobs citado por Alberto Donna, en Teoría del delito y de la pena, págs. 238 y ss. Editorial Astrea, Buenos Aires. Argentina, 1992.

⁹³.- Fundamentos del Derecho penal. pág. 262- 280, Bosch Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1984

que se estime inherente al comportamiento delictivo y la ponderación de los distintos bienes jurídicos entre sí (jerarquía de bienes en orden al posible sacrificio de uno para salvar el otro), etc.; todos estos problemas sólo pueden resolverse por medio de valoraciones libres basadas en la finalidad ordenadora perseguida. La crítica de Gómez Benítez,⁹⁴ a una teoría del bien jurídico individualista -según la cual mientras la estafa perjudica directamente al individuo estafado, el fraude a la Seguridad Social daña indirectamente a todos sus beneficiarios-, que habría que sustituir por una teoría del daño social que englobaría todos los ataques contra el colectivo social, olvida que la protección jurídica del sistema social tiene lugar a través de normas establecidas por individuos y dirigidas a individuos; por eso, en contra de lo que dice Gómez Benítez, <la prohibición> no <va dirigida a la colectividad>, sino a los individuos que la componen -de ahí que el Derecho penal sea un Derecho penal de la culpabilidad-. El mismo Hassemer ha puesto claramente de relieve los peligros que se derivan de un Derecho penal concebido en clave sistemática que prescinda del individuo a la hora de configurar los bienes jurídicos y de imputar los hechos que los vulneran, aunque como bien dice Gómez Benítez y en el mismo sentido Mir Puig⁹⁵, también los llamados bienes jurídicos individuales son bienes del individuo en sociedad; así pues, si no cabe prescindir del bien jurídico en Derecho penal y si éste representa un límite al <ius puniendi> -en este sentido se orienta la concepción <personalista> de Hassemer-, es porque el sujeto del Derecho no lo son los sistemas sociales sino los individuos que interactúan en ellos a través de normas de comportamiento, en atención a cuyas necesidades y a su capacidad de configurarlas se establecen tales normas jurídicas.

Las explicadas teorías del bien jurídico, no pueden plantearse con la seguridad que proporcionan las ciencias sociales, ya que ello llevaría al estancamiento del sistema, o a dejar en manos de decisiones irracionales de la sociedad (las mismas que llevaron a la quiebra del sistema neokantiano) qué debe ser protegido penalmente. En su lugar, sólo cabe establecer una serie de principios estructurales de evolución, basados en el significado actual de la pena estatal, o en el aumento de racionalidad que permita superar la necesidad de punición arraigada en el inconsciente colectivo (Hassemer), que evite la hipertrofia del Derecho penal, al tiempo que se proceda a un perfeccionamiento de las técnicas de protección de bienes jurídicos dignos de mantenerse. Por ejemplo, el Derecho penal económico, que no entraña tanto la creación de nuevos bienes jurídicos como la protección penal del patrimonio, para que alcance a comportamientos que un Derecho penal clasista, que se limitaba a la punición de los ataques procedentes de las clases sociales más débiles -robo- no contemplaba, pese a su gravedad, por ser característico de los grupos sociales peligrosos: Derecho penal de sociedades, bursátil, de protección de la competencia, etc.; con lo que tienen cabida en la teoría del bien jurídico argumentos tomados del funcionalismo y de la criminología crítica, sin necesidad de renunciar a construir una teoría del bien jurídico que, de serlo, estará ajustada a las necesidades personales del

⁹⁴ - Gómez Benítez. Teoría Jurídica del delito. Págs. 100 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1984.

⁹⁵ - Introducción a las bases del Derecho penal. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1982. Pág 139.

hombre⁹⁶ o, mejor, de los hombres (intersubjetiva), lo que supone, además, un criterio de inclusión de nuevos bienes jurídicos que, no habiendo existido hasta ahora, se sumen en el Derecho penal porque representan nuevas formas de lesionar los intereses de la persona (delito ecológico, informático, etcétera).

B. Creación de bienes jurídicos.

Hoy por hoy, lo único que puede decirse con carácter general es que:

1º. No conviene, -nos dice Gimbernat-,⁹⁷ extender demasiado el Derecho penal, lo que le haría perder eficacia frente a las conductas más graves.

2º. Respecto a los bienes jurídicos a proteger penalmente debe reinar el mayor consenso posible, por lo que, en la duda sobre la eficacia de la protección penal se debe optar por la no punición (<in dubio pro libertate>).

El sistema de bienes jurídicos protegidos en una comunidad debe ser el fruto de un consenso lo más amplio posible de quienes forman parte de esa comunidad. Dicho consenso se obtiene mediante los argumentos que se dan a favor de la conveniencia de punir los comportamientos más graves frente a los bienes jurídicos más importantes. Las necesidades de protección son ponderadas con los inconvenientes y sólo cuando las primeras son claramente favorables es correcta una decisión que criminaliza el comportamiento. La doctrina penal ha venido dando cuenta de ello desde los años sesenta, sosteniendo que en la duda sobre la punición de un comportamiento, esto es, cuando los inconvenientes de la punición son relevantes, se debe prescindir de ella.

La idea que subyace en este planteamiento es la de que un sistema penal que no criminaliza sólo aquello sobre lo que reina el mayor consenso posible, no es eficaz y va en detrimento de la suficiente protección de lo que nadie cuestiona.

Con ello se desvirtúa, en buena medida, se presenta la censura de la <Criminología crítica> al Derecho penal, según la cual dicho sistema de bienes jurídicos a proteger penalmente no es fruto de un consenso sino, todo lo contrario, de un sistema con base en el cual las clases poderosas criminalizan los comportamientos de las clases débiles, en orden a la confirmación simbólica del **status** del grupo social dominante⁹⁸. Esta concepción, de cierta influencia en un sector de la doctrina penal a

⁹⁶ - Hassemer. Fundamentos del Derecho penal. pág. 89. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1984.

⁹⁷ - Gimbernat. Estudios de Derecho penal. págs. 162 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990.

⁹⁸ - Toccare, Fernando. Política Criminal en América Latina, págs. 3 y ss. Ediciones Librería del Profesional. Colombia 1990. Zaffaroni. Política Criminal Latinoamericana, págs 69 y ss. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1982. Zipf, Heinz. Introducción a la Política Criminal. págs. 49 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado. Ederia, España 1979.

través de la versión de Baratta⁹⁹, olvida por momentos que una cosa es lo que se puede constatar analizando la realidad y cosa distinta lo que se puede prescribir para modificarla. En el primer aspecto, Bustos Ramírez¹⁰⁰ ha expuesto muy certeramente las razones que, coincidiendo con las de la Criminología crítica, obligan a concebir los bienes jurídicos dentro de la estructura de relaciones sociales que constituyen una comunidad, con el siguiente peligro de subjetivización de las valoraciones. Entiende, también, que quienes están peor situados en el sistema social pueden conseguir, con mucho esfuerzo (no es imposible), afirmar sus valores, que reclaman justicia, frente a los de quienes les oprimen; a esta luz el Derecho, que es un instrumento de opresión¹⁰¹, puede convertirse en otro de liberación, al menos como cauce para quienes no disponen de poder coactivo.

3º. Para muchos casos de los que todavía se persiguen penalmente, serían más convenientes otros instrumentos y medios de carácter resocializador.

Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno, como más adelante veremos, destaca el de intervención mínima, que se traduce en que el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena. Tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden. Esta tendencia a la descriminalización no debe paralizarse con otra relativa a cubrir lagunas en la punición de conductas que antes no estaban sancionadas, a pesar de su igual o mayor gravedad, con otras sí sancionadas, o mediante criminalizar conductas que por su novedad no se conocían hasta ahora (delito ecológico, delito informático, etc.). En cualquier caso, siempre es bueno advertir contra la tendencia social, a veces irracional, a resolver cualquier problema con el Derecho penal.

C. Límites a la Política criminal del bien jurídico.

Una adecuada **Política criminal** del bien jurídico entraña una serie de limitaciones:

En primer lugar, se debe constatar la necesidad de proteger el bien jurídico en cuestión; en caso contrario no se debe punir, con base en la cultura jurídica de nuestro entorno social hemisférico del momento actual, pues es indispensable

⁹⁹ - Baratta. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, pág. 66 y ss. Traducción de Alvaro Bünster. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1986.

¹⁰⁰ - Cfr. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, págs 108 y ss. Ediciones Península. Barcelona, España, 1983.

¹⁰¹ - Al respecto véase el pensamiento de Novoa Monreal en el libro *El Derecho como obstáculo para el cambio social*. Editorial Siglo Veintiuno.

organizar la vida comunitaria conforme a unos cuantos principios de convivencia, para asegurar al individuo el máximo posible de libertad y de autonomía.¹⁰²

El adulterio o la homosexualidad entre adultos estarán desaprobados por determinados sistemas éticos, pero eso sólo concierne a la conciencia de los afectados y no a la convivencia.¹⁰³

En segundo lugar, comprobada la necesidad de protección del bien jurídico, no está todavía asegurado que la protección tenga que ser penal. Hace falta comprobar que no bastan los restantes sectores del ordenamiento jurídico para garantizar la protección (principio de intervención mínima o de subsidiariedad del Derecho penal).

En tercer lugar, establecidos los bienes jurídicos necesitados de protección, en el doble sentido de merecedores de protección, y de protección penal, no deben representar vulneración de otros bienes jurídicos que puedan entrar en colisión con ellos, en cuyo caso habrá que proceder a la ponderación que haga posible la convivencia de los valores contrapuestos.

En razón de lo expresado, hay que instar la inconstitucionalidad de todos los tipos en que no aparezca un bien jurídico tutelado, por vía doctrinaria o jurisprudencial; interpretar todo precepto penal partiendo del entendimiento de que el legislador tutela con ello un bien jurídico, y así, limitar su alcance prohibitivo o si no existe el bien jurídico, anular el tipo penal respectivo; rechazar abiertamente, por todos los medios, que meras pautas éticas, morales o de convivencia social o, la sola autoridad del Estado puedan erigirse en bienes jurídicos. Se deben despenalizar y descriminalizar conductas en las que actualmente el "bien jurídico" que protegían o protegen ha dejado de ser fundamental o prioritario, es decir, de tener valor, o bien

¹⁰² - Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho penal. págs. 128 y ss. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, España, 1982. Una conducta desaprobada por algún sistema ético (aunque sea el dominante en una sociedad) no debe punirse si no afecta a la vida social misma, y si solo a la convicción moral, religiosa, o política del individuo (ver los ejemplos de Gimbernant Ordeig, Estudios de Derecho penal, págs. 162 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990; y Muñoz Conde. Introducción al Derecho penal. págs. 85. Bosch Casa Editorial, S.A. 1985. Así también Roxin. Problemas Básicos del Derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal, pág. 21 Editorial Reus. Madrid. España, 1976. Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte General. págs 17 y ss. Editorial Tecnos, que acertadamente pone de relieve que el Derecho penal debe proteger los bienes jurídicos fomentando los valores ético-sociales de acción; así también Jescheck, Tratado de Derecho penal, Tomo I. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1981, págs 1, 5, 9 y ss. Bustos Ramírez. Manual de Derecho penal. 3ª edición aumentada y corregida pág. 128 y ss. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. España, 1989.

¹⁰³ - Roxin, Problemas básicos del Derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal, pág 21. Editorial Reus. Madrid, España, 1976. En relación con este principio se ha cuestionado (Schönemann) si hace falta crear un nuevo grupo de delitos contra la intimidad o bastarían fuertes indemnizaciones civiles frente al agresor, o si el sistema ecológico no se protege mejor con controles previos al desastre que con sanciones penales frente a quien ya lo ha producido. Véase también Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho penal, pág. 98 y ss. Bosch Casa Editorial. S.A. Barcelona. España. 1982. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho penal, págs. 36 y ss. Bosch Casa Editorial. S.A. Barcelona, 1990. Rodríguez Mourillo. Derecho penal. Parte General, pág. 20. Editorial Civitas, S.A. Barcelona. España, 1977. Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Pág. 71. Bosch Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1975. Jescheck, Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. I. Pág. 5. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981. Bustos Ramírez. Manual de Derecho penal Parte General. pág. 44 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España. 1989.

criminalizar nuevos comportamientos, resultantes de las transformaciones culturales y científicas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la previsión contenida en los artículos 14 y 16, a pesar de su fórmula casuística, aborda la protección de todos los bienes jurídicos, al establecer en lo conducente al primer numeral, que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, **posesiones o derechos...**", así, en la expresión subrayada se evidencia la amplitud de su contenido, quedando captado toda clase de intereses jurídicos; y el precepto citado en segundo término, determina que "nadie podrá ser molestado -o sea afectado en algún bien jurídico- en su persona, familia, domicilio,, papeles y posesiones ...". Una mejor técnica legislativa hubiera exigido al constituyente la alusión a "protección de bienes jurídicos".¹⁰⁴

Finalmente, tenemos que algunos autores consideran que se vulnera el principio del bien jurídico, cuando se punen figuras como la llamada tentativa imposible o delito imposible, en cuanto permite imponer una pena por una conducta que no ha lesionado ni puesto en peligro efectivo (ni era posible que se realizara ésto) bien jurídico alguno. Otro tanto sucede con los llamados delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento, en los que no aparece bien jurídico alguno a proteger y, por último, lo mismo sucede con la punición de conductas que carecen de sustantividad propia, como los delitos de disparo de arma de fuego y ataque peligroso, figuras delictivas hace poco derogadas del Código Penal Federal, pero que en algunas legislaciones estatales todavía se conservan.

9.- Principio de objetividad material.

El principio de la objetividad material del delito -al decir de Bettiol-, es el soporte de hecho de la exigencia de una lesión, que se conecta a una exigencia de certeza, y por tanto, de seguridad jurídica en el interés de la libertad individual. Sólo los regímenes totalitarios escudriñan en <lo interno> del hombre e indagan -con el fin de su examen- el más liviano pensamiento.¹⁰⁵ Es decir, este principio trata de proteger la no criminalización de la fase interna del camino del delito, ya que "el pensamiento no delinque"; etapas como ideación, deliberación o resolución interna para cometer el delito.

10. Principio de ponderación de los intereses.

Principio consistente en que los hechos que no constituyen delito, deben de justificarse por el legislador con base en "consideraciones de que un determinado interés debe venir sacrificado para tutelar uno de significado o de valor equivalente o

¹⁰⁴.- Instituciones de Derecho Penal y Procesal. p. 110. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1977.

¹⁰⁵.- Bettiol. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. p. 122. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1977.

superior a aquél en concreto sacrificado"¹⁰⁶, máxima que encuentra su base de sustentación en el principio del interés preponderante, ya que sólo la necesidad justifica el sacrificio de un bien jurídicamente tutelado, en un Estado democrático social de Derecho, pendiente de salvaguardar las garantías de los ciudadanos.

11. Principio de proporcionalidad.

Este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionales a la entidad del delito cometido o que éste no puede ser reprimido con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito¹⁰⁷, o sea que "la severidad de la pena se corresponda con la gravedad del hecho, y que la medida de seguridad sea también proporcional a la magnitud del delito revelador de la peligrosidad del sujeto activo del delito y a lo que probablemente pueda cometer en el futuro."¹⁰⁸

12. Principio preventivo.

En las medidas de seguridad, el <mito> de la reeducación, como prevención de futuros delitos, domina sin oposición en el campo más específico de una actividad preventiva ligada a la idea de la defensa social orientada hacia criterios y conceptos de la peligrosidad,¹⁰⁹ o predisposición del sujeto para la comisión de futuros delitos. Esta temibilidad puede existir en el sujeto antes de la verificación del delito, durante su realización o después de su ejecución. En ello reviste la importancia de que el Estado admita en el Código Penal el sistema de reacción dual, binario o de doble vía, pues en todas las legislaciones del mundo se trata de manera diversa al autor de un delito cuando es imputable, que cuando no lo es. Esta situación no debe llevarnos a que a la hora de la ejecución de la pena o medida de seguridad se cometa un "fraude de etiquetas", ya que, qué sentido puede tener la distinción entre pena o medida de seguridad, cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad, como se advierte del contenido del artículo 18 constitucional y de la ley de normas mínimas, cuenta habida de que el "sistema penal" federal y local de acuerdo a este precepto se organiza "sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

La pena, de acuerdo con el artículo 13, párrafo penúltimo del Código Penal, también debe ser proporcional, al estatuirse que "los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad". A su vez, el numeral 51 del citado ordenamiento legal, en lo conducente, determina que en la imposición de la sanción privativa de la libertad el

¹⁰⁶ - Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. - p. 78. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona, 1975.

¹⁰⁷ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. - p. 43. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona. - 1982.

¹⁰⁸ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. - p. 43. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona. - 1982.

¹⁰⁹ - Bettiol. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 160. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1977.

juzgador debe de atender a los fines de justicia, prevención general y prevención especial; y el 52, igualmente de la ley punitiva, indica que el juez fijará las penas que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados a cada delito, con base en la gravedad del ilícito y en el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta las condiciones que sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Finalmente, tenemos que el artículo 64 bis prescribe una disminución de la pena en el caso de complicidad, auxilio **subsequens** y autoría indeterminada, fracciones VI, VII y VIII, respectivamente, del artículo 13, del Código Penal.

La medida de seguridad, por último, debe ser proporcional a la peligrosidad o temibilidad del sujeto, principio que se encuentra contenido en nuestra ley sustantiva penal en el artículo 69, cuando se dispone que "en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables".

La adición al artículo 15 fracción VII, párrafo segundo, del Código Penal, reglamenta lo relativo a la imputabilidad disminuida, lo cual da lugar ahora a que en el diverso numeral 69 bis del texto represivo, se prevea que "si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas (trastorno mental o desarrollo intelectual retardado) en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien a ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor". Precepto que deberá interpretarse con base en el sistema vicarial, por las razones expuestas en otra parte de este estudio.

13. Principio de la personalidad de la responsabilidad penal.

Con este principio se quieren considerar como inadmisibles las formas y causas de la responsabilidad penal por un hecho ajeno, ya que aquella va indiscutiblemente unida al hecho propio, cometido por dolo o culpa (exclusión del **versare in re illicita**). Aunado a esto, la responsabilidad penal por el hecho cometido, debe ir en razón al grado de intervención que haya tenido el sujeto (autoría o participación), situación que encontramos claramente delineada en el Código Penal en el artículo 13, al expresar que "son autores y partícipes del delito: II. Los que lo realicen por sí (autor material); III. Los que lo realicen conjuntamente (coautoría); IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro (autoría mediata); V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo (autoría intelectual o instigación); y VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión (complicidad).

Esta tan clara graduación de las personas que pueden concurrir en un delito, actualmente encuentra trato diferenciado en cuanto a la punibilidad, pues atenúa la sanción en caso de complicidad (fracción VI del artículo 13), del auxilio **subsequens** (fracción VII del artículo 13) y de la autoría indeterminada (fracción VIII del artículo 13), en el artículo 64 bis del Código Penal, si bien lo criticable -desde nuestra particular óptica-, es que similar arreglo debió recibir la instigación (fracción V del artículo 13), ya que de acuerdo con el consenso doctrinal, el partícipe debe tener siempre un trato privilegiado en relación con los autores.

14. Principio de la abolición de la pena de muerte.

Se trata de una disposición en armonía con las nuevas normas de cultura¹¹⁰, cuestión que debe plasmarse en la Constitución Federal, llevando al órgano legislativo a derogar el precepto constitucional que posibilita la imposición de la pena de muerte (artículo 22, párrafo tercero) al indicarse en aquél que "queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, **sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar**".

15. Principio de humanidad de las penas o de protección de la dignidad humana.

Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado. Esto significa un rechazo a toda forma de pena corporal dirigida a hacer sufrir al condenado en su organismo físico, las consecuencias de la sanción penal.¹¹¹ Tal vez éste sea el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Noción que va de la mano con el ideal de la reivindicación en la humanización del rigor de las penas previsto en el Derecho de antiguos regímenes. Máxima que fue punto central del programa de la Ilustración, que se concretó especialmente en la obra de Beccaria en el siglo XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de reformas penales que se han producido hasta el presente. Se pasó así, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales (reminiscencia del vocablo que encontramos incluso en la actualidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando en el numeral 18, establece que "**sólo por el delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva**") a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las sanciones corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países actualmente, mas no se detiene aquí la evolución. En nuestros días se aprecia una

¹¹⁰ - Bettioli. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 93. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1977.

¹¹¹ - Bettioli. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. pág. 94. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1977.

importante y progresiva sustitución de las penas privativas de la libertad por otras penas menos lesivas como la multa (instauración del sistema de días-multa), y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena (excusa absolutoria genérica que regula por ejemplo el artículo 55 del Código Penal), cuando se estima irracional hacerlo. En esta línea se inscribe la tendencia internacional a la despenalización y descriminalización de ciertas conductas antes punibles. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años, aunque se trate de una aspiración ante la reacción contraria de endurecimiento o aumento desbordante, como en México acontece que el máximo de prisión puede ser de cuarenta o cincuenta años (véase artículo 25 del Código Penal). Pese a esto, se recomienda que cuando la pena de prisión sea inevitable, los establecimientos de reclusión garanticen especiales condiciones de humanidad, como lo exige la O.N.U. Sin embargo, la realidad de la prisión no acaba de adaptarse a estas exigencias. A su vez, el artículo 5º, párrafo segundo, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ordena que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A esta consecuencia contribuye el principio de soberanía popular, puesto que éste, necesariamente, presupone que cada persona física es un ser dotado de autonomía ética por el mero hecho de ser hombre, es decir, que por esa circunstancia es capaz de elegir entre el bien y el mal y decidir en consecuencia.

El principio de humanidad es el que dicta la inconstitucionalidad de cualquier consecuencia jurídica por el injusto cometido que cree un impedimento físico de por vida (amputación, castración, esterilización, intervención neurológica, etc.), como también cualquier sanción imborrable del delito. Si esto es así con las penas señaladas, sale sobrando en este apartado referimos al rechazo de la pena de muerte.

En suma, este principio impone que todas las relaciones humanas que el Derecho penal hace surgir en el más amplio sentido, se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de recuperación del condenado. En lugar de una tendencia exageradamente represiva, en el Derecho penal domina en la actualidad la idea de resocialización del delincuente.¹¹²

En México, a nivel constitucional, en el artículo 22, párrafo primero, se expresa, que **"quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales"**.

16. Principio de respeto a las sanciones penales.

¹¹² . Cfr. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. págs. 35 y 36. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981. Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. págs. 145 y 146. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994. Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. págs. 104 y 105. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. 1990.

El sistema dualista de la reacción penal, como consecuencia jurídica del delito, exige que tanto para la imposición de una pena como para la aplicación de una medida de seguridad, el sujeto haya cometido un injusto penal,¹¹³ y, excepcionalmente, que la medida pueda ser impuesta junto con la pena, en aquellos casos en que al lado de la culpabilidad (responsabilidad moral) se dé también la peligrosidad (determinismo) en el autor, siempre que la forma de ejecución de la pena no pueda también cumplir una buena función preventiva especial; al respecto recuérdese "el fraude de etiquetas" al momento de la extinción de las consecuencias jurídicas (artículo 18 constitucional).

17. Principio de intervención mínima.

El Derecho penal está dirigido a posibilitar la vida del hombre en sociedad ordenando las relaciones humanas y protegiendo bienes jurídicos que son estimados como fundamentales para la convivencia.

Esta función de protección no es exclusiva del área punitiva. Otras perturbaciones son, asimismo, objeto de regulación por los diversos sectores que integran el ordenamiento jurídico. El Derecho penal solo debe intervenir en los casos mas graves de ataques a intereses sociales fundamentales. Cuanto los bienes que se presumen de necesaria protección pueden serlo por mecanismos distintos y menos lesivos al ciudadano que los empleados por el Derecho Penal, aquellos tienen prioridad para delimitar una adecuada política social.

En dicha línea algunos autores señalan, en primer lugar, los "sustitutivos penales" propugnados por Ferri, a continuación, las sanciones no punitivas civiles, y sobre todo en el actual Estado de intervencionista, administrativas. Sólo en el último lugar, cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad.

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De aquí que se diga que el Derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.¹¹⁴

El principio de intervención mínima adquiere lugar predominante en este tiempo de reformas penales, en la mayoría de los países. De cara a ellas, se insiste en

¹¹³ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II Ley Penal. El delito. pág 45. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España 1982.

¹¹⁴ - Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. pág. 59-60. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1975. Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, págs. 36 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1990.

que el Derecho penal debe tener una intervención mínima en la organización y mantenimiento para las bases indispensables de la conveniencia social. Este principio se desarrolla en la observancia de dos postulados fundamentales: la conservación del Derecho penal como **ultima ratio** y el respeto al **carácter fragmentario** del Derecho penal:

A. Que el Derecho penal es la **ultima ratio** significa que sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el Estado. Se parte para hacer esta afirmación de que la función del Derecho, no sólo del Derecho penal, es la protección de las bases de convivencia social a través de la tutela de los bienes jurídicos y de que para el cumplimiento de esta función se dispone de medios de reacción que se encuentran en todas las ramas del Derecho, como son las sanciones civiles del Derecho privado, las fiscales, las disciplinarias, las gubernativas, etc., de que dispone la potestad sancionadora de la administración, y las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto penal, propias del Derecho punitivo.

Tal reconocimiento impone al legislador una metodología precisa para prevenir los atentados a los bienes jurídicos. Ante todo, debe desarrollar una política positiva de carácter social, desprovista de sentido autoritario y sancionador, que ataque los factores sociales que pueden generar conductas perturbadoras. Después, si esa actividad fracasa, debe recurrir a la amenaza y subsiguiente imposición de las sanciones de carácter civil y administrativo de que el Estado dispone. Solamente al final, cuando estas medidas hubieren fracasado también, deberá recurrir al empleo de la severidad de las penas de tipo penal.

B. Que el Derecho penal tiene carácter fragmentario significa que sólo debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad y que a éstos únicamente debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables.

En resumen, el Derecho penal tiene carácter secundario, pues sólo debe intervenir en los casos de ataques a bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la convivencia pacífica del hombre en sociedad, y su utilización sólo se hace necesaria cuando otras ramas del orden jurídico fallan en su protección, atentos a la calidad de importante, de merecedor y necesitado de protección del bien jurídico; por tanto, se debe tratar de un bien vital y fundamental.¹¹⁵ Por otra parte, la adopción de este principio, trae como consecuencia la penalización, despenalización, criminalización y descriminalización. Reforzar proporcionalmente la sanción y criminalizar las conductas que ataquen bienes jurídicos de una fundamental importancia para la convivencia de los sujetos que integran la comunidad jurídica (Estado). La pena se

¹¹⁵. - Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Pág. 60 a 71. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. Cfr. Además Muñoz Conde. Adiciones de Derecho Penal al Tratado de Derecho Penal de Jescheck. pág 11. Vol. I. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

reduce a sus justos límites, no sólo cuando se prescinde de las más graves, como la pena de muerte, y de las sanciones corporales que perturban la libertad, etc., sino eliminando **ilícitos penales de bagatela**.¹¹⁶

18. Principio de judicialización de las penas y medidas de seguridad o de la exclusividad del juez.

Este principio consiste en que el único facultado para imponer penas o medidas de seguridad, es el juez de la causa, esto es, el juez penal. Esta norma se encuentra regulada en la Constitución federal, cuando establece en el artículo 21 que "la imposición de las penas es propia y **exclusiva** de la autoridad judicial...".¹¹⁷

19. Principio de justicia distributiva (**iustitia distributiva**).

De acuerdo con Henkel, Engisch y Würtenberger, "el Derecho penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actualización al individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (**iustitia distributiva**) en caso de infracciones importantes. Protección de la paz pública, significa que el dominio del más fuerte desaparece y que la **conciencia** de seguridad general hace posible a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad".¹¹⁸ Por su parte Jescheck, advierte que significa este principio, que las infracciones graves no pueden minimizarse por una benevolencia infundada, ni dramatizarse en nombre de un rigor excesivo, y que debe imponerse a su autor la restricción de los bienes jurídicos que <merezca>, enumerando el carácter ilícito de su conducta e impidiendo su legitimación. Pero la pena posee una función social, por lo que además deberán tomarse en consideración sus principales efectos sobre la vida futura del condenado en la sociedad".¹¹⁹

20. Principio de la función protectora de la sociedad.

Este postulado establece que cualquier decisión relacionada con lo penal debe llevarse a cabo de un modo acorde con el nivel cultural de la época, y en forma compatible con los derechos elementales mínimos de la persona reconocidos en la Constitución, respetando, en todo caso, la libertad y dignidad humana.¹²⁰ Al respecto,

¹¹⁶ - Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Ley Penal. El delito. pág. 40. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1982.

¹¹⁷ - Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 9 y ss. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volumen I. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General, págs. 25 y ss, Traducción del doctor José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.

¹¹⁸ - Citados por Jescheck, en Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, pág. 5. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, España. 1981.

¹¹⁹ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. págs. 35 y 36. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1981.

¹²⁰ - Muñoz Conde. En Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, pág. 12, Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1981.

Jescheck determina que "el Derecho penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la nación."¹²¹

21. El principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad constituye una de las fundamentales e irrenunciables exigencias del moderno Derecho penal, respetuoso de las garantías de la persona y de la dignidad humana,¹²² entendiéndolo al hombre, como ya lo hemos indicado en líneas anteriores, de acuerdo a la concepción kantiana como fin en sí mismo, y a la sociedad como reflejo de esta concepción donde éste se pueda desarrollar. Viene a significar que no se admite imponer pena alguna al autor de un hecho antijurídico, si no lo ha cometido culpablemente. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado al menos, por culpa.¹²³

Así, clásicamente concebida esta regla, trata de erradicar del Derecho penal la responsabilidad objetiva por el resultado; en otros términos, aquella obligación por un hecho producido que no hubiera sido causado en forma dolosa o culposa, ya que, estos "nexos psíquicos", son los que se consideraban como especies o formas de la culpabilidad. Por tanto, hay que pugnar porque, en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagren especialmente en la ley, como acertadamente se hace en los numerales 8º y 9º del Código Penal Federal, que establecen que "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente", y que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley," y, "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales". Consecuentemente, es evidente que se rechaza la teoría de los "delitos calificados por el resultado" en la medida en que con ella se entiende la consagración de una fórmula de "**versari in re ilícita**".

Por su parte, Zaffaroni enseña que el "principio de culpabilidad" entendido como, **no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor**, debe fundamentarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de

¹²¹.- Muñoz Conde. En Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, pág. 12, Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1981.

¹²².- Hoy no puede hablarse de pena sin culpabilidad nos dice Mendoza, principio éste que se considera como una conquista de la civilización i de la cultura". Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General, Tomo II, pág 187. 5a. ed. Caracas, 1965.

¹²³.- Sáinz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. Ley Penal. El delito. pág. 40-41. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

autodeterminarse,¹²⁴ y no podría ser de otra forma, dado que la culpabilidad supone libre determinación del espíritu a diferencia de la peligrosidad o temibilidad en que la producción de los resultados antijurídicos son motivados por factores que inciden sobre el sujeto activo del ilícito. Mucho se ha cuestionado en la ciencia penal la libertad del individuo para conducirse, unos aceptándola, otros más negándola. Al respecto Bettiol expresa que "si se desea mantener al Derecho penal vinculado con las nociones de culpabilidad y de pena-castigo, no puede prescindirse de la idea de libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que en otro. Sin esta libertad de elección, la noción de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero significado, porque lógicamente no es posible reprochar a alguien la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutarlo"¹²⁵, o como dice Moreno Hernández: si "hasta ahora es aceptable que no puede demostrarse científicamente la existencia, en el caso concreto, de esa libertad de voluntad, es igualmente aceptable que no se ha demostrado científicamente que realmente no exista, pues lo que se ha comprobado de esa manera es la concurrencia de <factores>; factores que, sin embargo, en la medida del conocimiento y de la motivabilidad del hombre, pueden arrastrar a éste a la necesaria causación de resultados, como cualquier fenómeno natural, o pueden ser neutralizados en mayor o menor medida".¹²⁶

¹²⁴.- Manual de Derecho Penal. Parte General. pág. 445. Ediar. Buenos Aires. Argentina, 1977. Jescheck, es de parecer, que "el principio de culpabilidad significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor". Tratado de Derecho Penal. Tomo I, pág. 30. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1981.

¹²⁵.- Derecho Penal. Parte General. pág. 352. Editorial Temis. Bogotá. 1965.

¹²⁶.- Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). Coordinador Javier Piña y Palacios. "Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en torno a la culpabilidad", por el Dr. Moisés Moreno Hernández. pág. 150.- Editado por la U.N.A.M. México. 1982. Cfr. Fromm, quien enseña "que el problema del juicio moral se asocia frecuentemente con el problema del libre albedrío vs. determinismo. Un punto de vista sostiene que el hombre está determinado completamente por circunstancias que no puede controlar y que la idea de que el hombre es libre en sus decisiones no es más que una ilusión. De esta premisa se llega a la conclusión de que el hombre no puede ser juzgado por sus acciones, ya que no dispone de libertad para tomar sus decisiones. La opinión opuesta sostiene que el hombre posee la facultad del libre albedrío (que puede ejercitar a pesar de las condiciones y circunstancias psicológicas o externas) y que, por consiguiente, es responsable de sus actos y puede ser juzgado por los mismos. Parecería que el psicólogo está obligado a pronunciarse en favor del determinismo. Al estudiar el desarrollo del carácter, reconoce que el niño comienza su vida en un estado moral indiferente y que modelan su carácter influencias externas que son más poderosas en los primeros años de su vida, cuando no posee ni el conocimiento ni el poder para cambiar las circunstancias que determinan su carácter. Cuando llega a una edad en que podría intentar cambiar las condiciones bajo las cuales vive, su carácter ya está formado y, por otra parte, carece del incentivo para investigar estas condiciones y modificarlas si fuera necesario. Si suponemos que las cualidades morales de una persona están arraigadas en su carácter, ¿no es acaso cierto que, ya que no dispone de libertad para formar su carácter, no puede ser juzgada? ¿No es cierto que cuanto más conocimiento tenemos acerca de las condiciones responsables de la formación del carácter y su dinámica, tanto más evidente parece la opinión de que ninguna persona puede ser juzgada moralmente?. Quizás podemos evitar la alternativa entre la comprensión psicológica y el juicio moral por medio de una transacción sugerida algunas veces por los partidarios de la teoría del libre albedrío. Se reconoce que existen circunstancias en la vida de las personas que impiden el ejercicio de su libre voluntad, eliminando así el juicio moral. El Derecho penal moderno, por ejemplo, aceptó esta opinión y no responsabiliza de sus actos a una persona demente. Los adherentes de una teoría modificada de la libre determinación van un paso más allá y admiten que una persona que no es demente, sino neurótica y que, por esa razón, se encuentra bajo la influencia de impulsos que no puede controlar, tampoco puede ser juzgada por sus acciones. Sostienen, sin embargo, que la mayoría de las personas disponen de libertad para obrar correctamente si así lo desean y que, por consiguiente, deben ser juzgadas moralmente. Un examen más profundo, empero, demuestra que hasta esta opinión resulta insostenible. Nos hallamos inclinados a creer que obramos libremente debido a que -como ya lo sugirió Spinoza- somos conscientes de nuestros deseos, pero ignoramos sus motivaciones. Nuestro motivo son una consecuencia de la combinación particular de fuerzas que actúan en nuestro carácter. Cada vez que tomamos una decisión, ésta se determina por las fuerzas buenas o malas que predominan. En algunas personas una fuerza particular es tan excesivamente intensa que el resultado de sus decisiones puede pronosticarlo cualquiera que conozca su carácter y sus normas de valor predominantes (aunque ellas mismas pueden hallarse bajo la ilusión de haber decidido "libremente"); en otras, las fuerzas destructivas y constructivas se encuentran equilibradas en tal forma que sus decisiones no son pronosticables empíricamente. Cuando decimos que una persona pudo haber obrado en forma distinta, nos referimos al segundo caso; esto es, únicamente que no pudimos predecir sus acciones. Su decisión, no obstante, señala que una categoría de fuerzas fue más poderosa que la otra y que, por esa razón, aun en este caso su decisión fue determinada por su carácter. Por consiguiente, si su carácter hubiera sido distinto habría obrado en forma diferente, pero siempre estrictamente de acuerdo con la estructura de su

Nosotros pensamos que la libertad del hombre no es absoluta, es decir, está siempre condicionada al conocimiento que tenga de los fenómenos y del mundo circundante y de relación, ya que en la medida en que logre un dominio sobre ellos, tendrá más alternativas, y no serán lo suficientemente fuertes como para que le hagan realizar conductas antijurídicas, pues conociéndolos podrá dejarse o no motivar. Por ello, coincidimos plenamente con el parecer de Welssels, cuando expresa que "la posibilidad de guiar la conducta se fundamenta en la capacidad del hombre para controlar sus impulsos, dependientes de la predisposición y del medio ambiente, y ajustar su decisión con arreglo a normas ético-socialmente obligatorias y sus representaciones de valor",¹²⁷ en tanto que, negar en el hombre la libertad de autodeterminarse -claro está, condicionada a un conocimiento de los fenómenos y control de sus impulsos-, sería reducirlo a un ente no responsable de sus actos, dado que ellos no serían producto de su voluntad, sino la resultante del desenfreno de una cadena causal, o sea, de fenómenos que inciden en él, y de ser así, la pena y sus fines -justicia, prevención general, prevención especial-, perderían todo sentido jurídico.

carácter. La voluntad no es un poder abstracto que el hombre posee independientemente de su carácter. Por el contrario, la voluntad no es más que la expresión de su carácter. La persona productiva que confía en su razón y que es capaz de amar a otros y a sí misma tiene la voluntad para obrar virtuosamente. La persona improductiva que fracasó en desarrollar estas cualidades y que es esclava de sus pasiones irracionales carece de esta voluntad. La opinión de que nuestro carácter es el que determina nuestras decisiones no es, de ninguna manera, de naturaleza fatalista. El hombre, al mismo tiempo que está sujeto, como todas las demás criaturas, a fuerzas que lo determinan, es la única criatura dotada de razón, el único ser que es capaz de comprender a las fuerzas mismas a las cuales está sujeto y que, por medio de su entendimiento, puede tomar parte activa en su propio destino y fortalecer aquellos elementos que dentro de él luchan por la virtud. El hombre es la única criatura dotada de conciencia moral. Su conciencia es la voz que lo llama a volver consigo mismo; ella le permite saber lo que se debe hacer a fin de llegar a ser él mismo, le ayuda a permanecer consciente de los fines de su vida y de las normas necesarias para el logro de esos fines. No somos, por consiguiente, las desamparadas víctimas de las circunstancias; en verdad, somos capaces de modificar las fuerzas internas y externas y de influir en ellas, así como de controlar -al menos hasta cierto punto- las condiciones que nos rodean. Podemos fomentar y fortalecer aquellas condiciones que desarrollan el impulso por la virtud y favorecer su realización. Pero si bien poseemos razón y conciencia moral, que nos permiten ser participantes activos de nuestra vida, la razón y la conciencia misma están ligadas inseparablemente a nuestro carácter. Si las fuerzas destructoras y las pasiones irracionales ganaron predominio en nuestro carácter, entonces tanto nuestra razón como nuestra conciencia estarán afectadas y no podrán ejercer sus funciones adecuadamente. En verdad, estas últimas son nuestras capacidades más apreciadas, y es tarea nuestra desarrollarlas y emplearlas; pero no están ni libre ni indeterminadas y no existen independientemente de nuestro YO empírico, constituyen fuerzas que están en la estructura de nuestra personalidad total y, al igual que toda parte de una estructura están determinadas por la estructura como un todo y determinan, a su vez, a éste. Si basamos nuestro juicio moral sobre una persona en la decisión de si pudo o no haber querido obrar de otra manera, no puede emitirse ningún juicio moral. ¿Cómo podemos conocer, por ejemplo, la fuerza de la vitalidad innata de una persona, que hizo posible que resistiera a las fuerzas ambientales que actuaron sobre ella en su infancia y en épocas posteriores; o la carencia de vitalidad que obliga a otra persona a someterse a esas mismas fuerzas? ¿Cómo podemos saber si en la vida de una persona un suceso accidental, tal como el contacto con una persona virtuosa y amante, no pudo haber influido en el desarrollo de su carácter en un sentido mientras que la ausencia de tal experiencia pudo haber influido en el sentido opuesto? En verdad, no nos es dado saberlo. Aun si basáramos el juicio moral en la premisa de que una persona pudo haber actuado en forma distinta, los factores constitucionales y ambientales que participan en el desarrollo de su carácter son tan numerosos y complejos que resulta imposible, en la práctica, arribar a un juicio concluyente de si pudo o no haberse desarrollado diferentemente. Todo lo que podemos suponer es que ciertas circunstancias condujeron a un determinado desarrollo. De ello se desprende que si nuestra capacidad para juzgar a una persona dependiera de nuestro conocimiento de que pudo haber actuado diferentemente, nosotros, que nos dedicamos al estudio del carácter, tendríamos que admitir nuestra derrota en lo que respecta a los juicios éticos. Sin embargo, esta conclusión es injustificable porque se basa en premisas falsas y en una confusión del significado del juicio. La acción de juzgar puede significar dos cosas diferentes: primeramente, ejercitar las funciones mentales de afirmación o predicación. Pero "juzgar" significa también poseer la función de un "juez", con referencia a la actividad de absolver o de condenar. Esta última clase de juicio moral está basada en la idea de una autoridad que trasciende al hombre y emite su juicio sobre él. Esta autoridad tiene el privilegio de absolver o condenar y castigar. Sus dictámenes son absolutos por hallarse por encima del hombre y estar dotada de sabiduría y fuerza inaccesibles para él. Hasta la imagen del juez, que en la sociedad democrática es nombrado por elección y teóricamente no está por encima de sus semejantes, se halla impregnada del antiguo concepto de un Dios sentenciador. Aunque su persona no está imbestida de ningún poder sobrehumano lo está, en cambio, su cargo". *Ética y psicoanálisis*, 16ª reimpresión de la 1ª ed. en español de 1953, págs. 248 y ss. Breviario 74 del Fondo de Cultura Económica. México, 1992

¹²⁷ - Derecho Penal. Parte General. pág. 110. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1980.

Para nosotros, el principio en estudio significa que no se puede imponer una pena si el sujeto no ha cometido el hecho que se le atribuye, en tal forma, que le pueda ser reprochable, y que el mínimo y máximo de la sanción viene determinada por el grado de reproche, y por criterios preventivos y de motivabilidad a las normas.

Se vulnera este principio con la llamada presunción del dolo; por tanto, deben eliminarse las fórmulas legales que la consagren. Afortunadamente, la presunción del dolo contenida en el artículo 9º del Código Penal Federal de 1931, fue derogada desde las reformas penales de 13 de enero de 1984, lo cual resulta sumamente plausible, ya que su mantenimiento era notoriamente inconstitucional, habida cuenta de que existía contradicción con las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales. Tal situación lesionaba lo que establecen tanto el artículo 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 24 de marzo de 1981, como el artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, en vigor a partir del 18 de julio de 1981. Estos instrumentos internacionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra ley fundamental, forman parte de nuestro orden jurídico interno y son la ley suprema de la Unión.¹²⁸

Las exigencias que se desprenden del principio de culpabilidad son:¹²⁹

1ª. La exigencia conforme a la cual la responsabilidad penal presupone dolo o culpa, descartando el puro y simple nexo de causalidad que da nacimiento a la responsabilidad objetiva;

2ª. El que toda pena supone culpabilidad, de modo que no pueda ser castigado quien actúa sin ella;

3ª. El que la esencia de la culpabilidad se encuentra en que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través de su hacer (culpabilidad por el hecho y no por la condición **de vida**, ni basada en un defecto del carácter); y

¹²⁸ - Comentario de Rodríguez y Rodríguez al artículo 23 de la Constitución Federal. pág. 58 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México. 1985.

¹²⁹ - Córdoba Roda. Culpabilidad y Pena. pág. 1922. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1977. Jescheck nos dice los requisitos del principio de culpabilidad: a).- Que toda pena supone culpabilidad excluyéndose la responsabilidad objetiva por el resultado; y b).- Que la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, pág. 30. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1981.

4ª. La culpabilidad como criterio regulador de la pena, es decir, como fundamento para su imposición, y cuyo mínimo y máximo ha de ir de acuerdo al grado de reprochabilidad, de motivabilidad, y de criterios preventivos.

Muñoz Conde, al hablarnos del principio de culpabilidad, expresa que la función protectora de dicho principio no es tan amplia como pudiera pensarse, puesto que "el principio de culpabilidad solo serviría, en todo caso, de protección de los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc., que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado".¹³⁰ Y sigue diciendo el autor mencionado, que "la culpabilidad debilita hasta tal punto la prevención que entonces la pena adecuada a la culpabilidad ya no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un Derecho penal dirigido exclusivamente a la prevención del delito, con lo que todos los intentos de complementar en este caso la culpabilidad con criterios preventivos se derrumban estrepitosamente, poniéndonos ante el dilema de tener que elegir entre una u otra alternativa".¹³¹

A. Visión de conjunto de las tres vertientes de la teoría de la culpabilidad¹³² en la política criminal y en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal

En una apretada síntesis, podemos dar una visión de conjunto de carácter político-criminal de la concepción de la culpabilidad, y a la vez de su derivación dogmática resultante de las reformas a los Códigos Penal federal y procesales, federal y local, emanadas de las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para tal efecto debemos tomar en consideración, aunque sea un tanto de manera superficial, la evolución por la que ha pasado tanto la teoría del delito, como, en particular, el elemento del delito señalado.

¹³⁰ - Muñoz Conde, en prólogo al libro de Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. pág 26. Reus, S.A. Madrid, 1981.

¹³¹ - Muñoz Conde en prólogo al libro de Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, pág. 26. Reus, S.A. Madrid, 1981.

¹³² - Cfr. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volúmenes I y II. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1990. Maurach. Tres Conferencias Dictadas los días 29 Y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965, en la Universidad de Externado de Colombia. Pereda Julián. Revista Criminalia, año XVII. México Distrito Federal a marzo de 1952, número 5. Bush; Modernas transformaciones en la teoría del delito. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 1969. Zaffaroni. Manual de Derecho penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires, 1977. Baumann. Derecho penal Parte General. Conceptos fundamentales y sistema. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1981. Gallas. La teoría del delito en su momento actual, Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona. España, 1959. Wessels. Derecho penal. Parte General. Editorial Depalma, Buenos Aires. Argentina, 1980. Maurach. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962. Frank. Estructura del concepto de culpabilidad. Publicación del seminario de Derecho penal. Universidad de Chile, 1966. Córdoba Roda. Culpabilidad y pena. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1977. Porte Petit, Candaudap. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal. Editorial Porrúa, S.A., México 1994. Alberto Donna. Teoría del delito y de la pena. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1992. Bacigalupo. Manual de Derecho penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1989. Bustos Ramírez. Derecho penal. Parte General. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. España, 1989. Porte Petit. Hacia una reforma del sistema penal. Cuaderno número 21 del Instituto Nacional de Ciencias penales. México, 1985. Welzel. El nuevo sistema del Derecho penal. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964. Stratenwerth. Derecho penal. Parte General. El hecho punible. Edersa. Madrid, 1982.

Uno de los principios fundamentales del Derecho penal lo constituye el **nullum crimen, nulla poena sine culpa** o principio de culpabilidad, que alude en el momento actual, a que sólo debe ser castigado con pena el autor de una conducta antijurídica que le pueda ser penalmente reprochada.

Hablar de la culpabilidad es transitar por uno de los caminos más accidentados de la ciencia penal, a propósito de la cual se ha llegado a decir por Pereda Julián, que "quizá no haya materia penal dotada de bibliografía más amplia, que la culpabilidad, y quizá, por eso mismo, no haya concepto más vidrioso y quebradizo ni ambiente más irrespirable que el que le rodea".

Quien llega al ámbito de la culpabilidad, sabe ya que un comportamiento humano ha realizado un injusto penal -entendiendo por éste, una conducta típica y antijurídica-. Pero todavía no sabe si esa concreta conducta que reúne tales atributos, puede ser imputada a una determinada persona, esto es, si es culpable esa precisa persona, por esa acción u omisión.

El concepto de la culpabilidad, así como lo fue en un principio el de imputabilidad, se ha elaborado lentamente, en el sentido de una transición de lo **objetivo a lo subjetivo**.

En resumen, podría decirse que cabe diferenciar tres momentos históricos, cada uno de los cuales ha creado su propio concepto de culpabilidad. Lo característico de la primera etapa -al decir de Maurach- se identifica con el llamado concepto psicológico de la culpabilidad. La segunda etapa se caracteriza por un concepto complejo o mixto: el concepto psicológico y normativo. La tercera etapa, en la cuál nos encontramos en la actualidad -hoy sujeta también a revisión-, se distingue por el reconocimiento de un concepto exclusivamente normativo de la culpabilidad.¹³³

¹³³ - Esta afirmación se ve matizada atentos a la exposición de José maría Silva Sánchez en el libro de Schönemann, titulado "El sistema moderno de el derecho penal; cuestiones fundamentales, en el sentido de que "al margen de la doctrina dominante, se sitúan todavía hoy, en el panorama científico alemán cuatro corrientes como mínimo. De una de ellas las sistemáticas funcionalistas. Las corrientes funcionalistas se basan en un intento de construir las categorías del sistema penal orientándolas a los fines del Derecho penal, en convertir a conceptos las cuestiones de las que no pueden decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal. Las corrientes funcionalistas, no pretenden, en principio una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad. Se trata de orientar dichas categorías a "la función del Derecho penal en la sociedad moderna". Un ejemplo paradigmático de ello viene dado por las nuevas propuestas en materia de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho del autor. Con todo ello, no me parece posible descartar completamente que el funcionalismo lleve a cabo una modificación sistemática. De hecho los conceptos de antijuridicidad penal (Günther) o de "responsabilidad" (Roxin) por ejemplo, si encierran el germen de alguna posible modificación sistemática. Una modificación a la que algún autor, como es el caso de Frisch, alude de modo expreso, al proponer la reconstrucción del sistema sobre las dos categorías fundamentales de la teoría de las normas (norma de conducta y norma de sanción) y la orientación de los presupuestos de la punibilidad al concepto y legitimación de la pena estatal. En todo caso, lo cierto es que, en el momento actual existen ya teorías funcionalistas de la tipicidad (imputación típica, en general, y del resultado, en particular), de tipo subjetivo doloso, de la justificación y, por supuesto, de la culpabilidad. Aunque no se les reconozca otro valor es, pues, preciso concluir que las tesis funcionalistas han traído consigo una considerable ampliación de las posibilidades de argumentación de la dogmática jurídico-penal si bien en ocasiones ello puede tener lugar a costa de una pérdida de firmeza o de la sanción de soluciones más flexibles. Esto último es lo que precisamente ha servido para las críticas que de modo genérico se han dirigido. Así, se ha señalado que el sistema propugnado por los funcionalistas adolece de una menor científicidad de inseguridades y de un carácter "nacional" (por su vinculación a un ordenamiento constitucional), que se oponen radicalmente a las pretensiones científicas y transnacionales de la dogmática; en definitiva, que conduce a la arbitrariedad. En otro orden de cosas, se ha observado que su "reconstrucción" normativa conduce a la confusión de las categorías, retro trayendo a la dogmática al estadio

Esta evolución histórica de la que nos habla Maurach, ha tenido una ramificación en diferentes vertientes respecto a cada una de las teorías que de manera general nos enuncia; por tanto, pretender abordar todas sus variantes, atentos a la visión global de este estudio, es absolutamente imposible. Consecuentemente, sólo destacaremos los rasgos comunes a dichas concepciones, sin olvidar que en el presente existen tendencias críticas acerca de la existencia o validez científica de la culpabilidad, las asumidas por Claus Roxin, Enrique Gimbernat, Córdoba Roda, Günther Jakobs, entre otros, quienes en esencia argumentan que la premisa de la que se parte y que se circunscribe al "problema de la libertad del hombre", es un criterio inexistente, o no comprobable, ni en lo general, y, ni el caso específico de actuación del sujeto, que "la libertad es una categoría de conocimiento no conocida por el Derecho" (Jakobs).

En efecto, la crisis del principio de culpabilidad radica en la imposibilidad o dificultad de probar si un determinado delincuente podía, en el caso concreto, obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. El propio Welzel, que ha analizado profundamente el problema del libre albedrío, en sus aspectos antropológico, caracterológico y categorial, y que concibe la libertad como un acto de autodeterminación conforme a sentido, concluye diciendo: "Con ello, se ha llegado ya al límite máximo del análisis del problema de la libertad. La pregunta acerca de cómo puede el hombre liberarse de la presión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido no puede ser contestada, lo mismo que la pregunta acerca de cómo consigue la causa producir el efecto. Engisch, por su parte, considera que no es empíricamente comprobable si una persona en una situación concreta hubiera podido obrar de otro modo a como lo hizo. Esto sólo sería posible, dice Engisch, "si pudiera colocarse de nuevo a esa persona, como individualidad idéntica, en la misma situación concreta y pudiera observarse entonces si alguna vez se producía una conducta distinta a la que se produjo en aquella ocasión". "Estos experimentos -dice Engisch- no ofrecen, sin embargo, perspectivas favorables en el ámbito de la vida anímica superior del hombre, relevante para la Ética y el Derecho penal, porque el ser humano... tiene memoria y, por ello, en una situación posterior, tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior, de sus consecuencias, de las repercusiones anímicas y, por esta razón, es ahora otro al que era antes. Welzel, en su réplica a Engisch, concede que "las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto, sino que puede orientarse también según su contenido de sentido, su significado para la configuración de la vida. Sin embargo, en el problema de determinar cuándo sucede una cosa ó la otra, en una

persona concreta, en el caso concreto, obviamente es adecuada la respuesta de Engisch, como determinista hipotético, de que no lo sabemos".¹³⁴

Ante la imposibilidad de demostrar, por medio de las ciencias empíricas (como la Psicología y el Psicoanálisis), que un determinado delincuente, en la situación concreta en la que se hallaba, podía haber obrado de otro modo, Gimbernat ha propuesto renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. La pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de prevención general y de prevención especial. Esto no implica, sin embargo, según Gimbernat, renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva. El Derecho penal debe reconocer, no obstante, la relevancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad. Es posible explicar también, según Gimbernat, que se sancione con menor pena los delitos culposos que los dolosos sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad, atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena. La exclusión de la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena es, para Gimbernat, una exigencia de la racionalización del Derecho penal.¹³⁵

Desde otro punto de partida, Roxin, trata de dar solución a la dificultad de probar que el delincuente podría obrar de otro modo en la situación concreta en la que se hallaba, formula la tesis de que la culpabilidad no debía constituir el fundamento pero sí el límite de la pena. Considera Roxin que "el concepto de la culpabilidad ha cumplido hasta ahora, en el Derecho penal, dos funciones prácticas y diversas, que hay que separar estrictamente y que deben ser apreciadas en forma absolutamente diferente. Su primera tarea ha sido darle una justificación al fin de retribución de la pena. Una retribución en el sentido de infligir un mal compensatorio de la culpabilidad presupone lógicamente una culpabilidad que puede ser compensada (<saldada>, <expiada>). En este sentido se traduce, entonces, la culpabilidad como desventaja para el acusado, ya que legitima el mal que se le inflige. La segunda función del concepto de culpabilidad es de indole contrapuesta: consiste en que limita la pena, o sea, que pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad... no grava al delincuente sino que lo protege. Impide una ingerencia más severa en su libertad personal, por razones preventivas, que la que corresponde a su culpabilidad. El principio de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, dice Roxin, no procede, como el principio de la retribución de la culpabilidad, de fuentes metafísicas. Es más bien un producto del liberalismo iluminista y sirve al fin de limitar el poder de intervención del Estado. De él pueden derivar una serie de consecuencias que pertenecen a las más efectivas garantías del

¹³⁴.- Cfr. Cerezo Mir, José. Problemas fundamentales del Derecho Penal, pág. 179 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1982.

¹³⁵.- Gimbernat. La culpabilidad como criterio regulador de la pena, pág. 30 y ss. Revista de Ciencias Penales, Tercera época, enero-abril, núm. 1. Tomo XXXII. Santiago de Chile, 1973. Del mismo autor: ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, en Estudios de Derecho penal, págs. 140 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990.

Estado de Derecho y que, por tanto, de ninguna manera debiera prescindirse de ellas. Roxin es consciente de que si la medida de la pena se determina exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general se puede llegar al establecimiento y aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad de los delitos. Esto implicaría un atentado contra la dignidad de la persona humana, pues se sacrificaría la libertad del individuo al interés de la intimidación general. Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial, podrían aplicarse penas de larga duración a delincuentes peligrosos, cuya peligrosidad se hubiera puesto de manifiesto a través de la consumación de un delito de escasa gravedad. En este caso -dice Roxin- el principio de la culpabilidad también fuerza a limitar la duración del tratamiento -independientemente de su éxito- conforme a la insignificancia del delito. Preserva así la autonomía del individuo respecto a intromisiones desmesuradas del Estado.

El que la medida de la pena no deba revasar la medida de la culpabilidad no implica, según Roxin, una contradicción con la afirmación de la imposibilidad de probar la capacidad de obrar de otro modo en el caso concreto. El legislador, al establecer que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, no estaría pronunciando un juicio, que no le compete, sobre la libertad de la voluntad humana. No se trata en este caso de una afirmación sobre el ser, sino de un postulado de Política criminal dirigido al juez: "ustedes deben tratar al ciudadano por su inclinación a la libertad individual como un hombre capaz de una decisión autónoma y responsable, mientras la motivación normal de su hacer no esté excluida por perturbaciones espirituales". Según Roxin, se trata de un principio regulador normativo y estos principios "no deben ser enjuiciados de acuerdo con los criterios de verdadero o falso, sino con los de su fecundidad social o dañosidad".

La medida de la culpabilidad sirve, según Roxin, de límite a la medida de la pena, pero dentro de este límite la pena debe estar únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. La culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de una pena. Esta sólo debe aplicarse si es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y de prevención especial.¹³⁶

a. El concepto psicológico de la culpabilidad se desarrolla en el siglo XIX, periodo basado en un pensamiento naturalista, presentándose aquella -la culpabilidad- como consecuencia de la manera de pensar según las reglas adoptadas por las ciencias naturales; también influyo de manera determinante la rigidez en la interpretación de las normas, derivada de un mal entendido "positivismo científico" estrictamente limitado

¹³⁶.- Véase Roxin, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, que contiene los siguientes artículos: Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad; Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistematicas juridico-penales; La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena; Prevención y determinación de la pena; Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal; Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Reus, S.A. Madrid. España, 1981. Cfr. Cerezo Mir. Problemas fundamentales del Derecho penal. Culpabilidad y pena, págs. 186 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1982.

al Derecho positivo, que pretendió solucionar todos sus problemas con la sola ayuda de los conceptos legales, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Según el criterio propio de esa época, el delito era caracterizado por una estructura sencilla y clara. La base de este sistema fue el concepto **causal de acción**, ideado por Binding y V. Liszt en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal y modificación del mundo exterior; aunque bien pronto se vio que tal imagen del comportamiento humano dejaba fuera de sí a la omisión, donde evidentemente no hay actividad corporal, ni naturalísticamente se puede hablar de conexión alguna con el resultado. Afirmada la presencia de una conducta, debía comprobarse en seguida si era típica, antijurídica y culpable. Se distinguió entonces, de forma tajante, entre componentes objetivas y subjetivas del delito. La parte objetiva del delito se refleja en los elementos **conducta, tipicidad y antijuridicidad**, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento **culpabilidad**. El tipo se entendió como descripción puramente externa de la conducta, desprovisto de todo predicado de valor, la esfera de la antijuridicidad se delimitaba objetivo-normativamente como simple valoración del suceso típico; y la culpabilidad se comprendía subjetivo-descriptivamente como simple relación anímica del sujeto con el resultado, teniendo a la imputabilidad como su presupuesto.

Así, a partir de esta forma de ver el delito, se pensó que la peculiaridad esencial de la culpabilidad, estribaba en una relación "natural" del autor con el resultado típico, en un nexo precisamente psicológico, a saber: en la volición de la realización de las circunstancias descriptivas típicas, en el dolo; y en la no volición; en la culpa. Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que se advirtiera que la base "común" en que descansaban el dolo y la culpa: **el nexo psicológico**, no podía soportar las pesadas censuras a la forma de culpabilidad, manifestada en la culpa. En efecto, se desconocía o no se quería aceptar que lo distintivo de la culpa es la ausencia de todo nexo volitivo con el resultado; mas tratando de atemperar estas críticas, un sector doctrinal, indicó que era posible todavía aceptar un nexo psíquico en la culpa consciente, dado que en ésta el sujeto se representa la posibilidad de causación de un resultado típico que, si bien no lo quiere ni lo acepta, confía en su pericia, aptitud o fortuna, de que no se producirá, por lo que prosigue la ejecución de su comportamiento. Sin embargo, **esto no era posible en la culpa inconsciente**, en razón de que en ella ni siquiera se cae en la cuenta de llevar a cabo el resultado típico no representado, pero que era previsible.

Ahora bien, es correcto el abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad, ya que postula soluciones totalmente absurdas e inadmisibles. No nos explicamos por qué se mantuvo en nuestro país el apego a tal dirección de la culpabilidad, esto es, nos aferrábamos a un criterio que data de fines del siglo pasado y que fue abandonado en Europa a mediados de la segunda década del presente. Más aún, es inadmisible su sostenimiento si consideramos que hasta las reformas de 1984

al Código Penal Federal, se modificó el contenido del artículo 9°. **-para fortuna de todos-**, que contenía la nefasta fórmula de la **presunción del dolo**; situación que equivalía a presumir la culpabilidad, habida cuenta de que el dolo era una especie de aquella; criterio mantenido en franca pugna con la concepción de un Estado democrático social de Derecho, como se considera al nuestro, que incluso ha suscrito diversos convenios internacionales donde se adhiere al principio de presunción de inocencia de todo indiciado o procesado hasta probar su culpabilidad.

Las alternativas a esta forma de concebir la culpabilidad surgieron en los criterios que a continuación exponemos.

b. La **teoría mixta o compleja de la culpabilidad**, esto es, psicológica y normativa, tiene como cimiento lo que podemos denominar concepto neoclásico (Jescheck) o causal valorativo (Bustos Ramirez) del delito, puesto que no supuso un cambio radical a los principios sistemáticos que le antecedieron. De tal manera que se buscó construir la noción **delito**, a partir de los fines perseguidos por el Derecho penal y de las perspectivas valorativas que le sirvieron de sustento; modo de pensar determinado de forma esencial por la teoría del conocimiento del neokantismo en la forma que la idearon Stammler, Rickert y Lask, que junto al método científico-naturalístico del observar y describir, restauró la metodología propia de la ciencias del espíritu, caracterizada por el comprender y valorar.

Uno a uno fueron remodelados todos los pisos del edificio del crimen. La conducta imaginada naturalísticamente, ante las críticas dirigidas en su contra, fue sustituida por el concepto de comportamiento, que se entendió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior; más tarde -y esta tendencia retorna en la actualidad en algunos tratadistas-, se creyó pertinente prescindir de la propia noción de conducta e iniciar la estructuración del delito por la tipicidad; el concepto social de acción de Eb. Schmidt, desarrollado ocasionalmente, supone ya el paso a un momento de evolución posterior. En el ámbito de la tipicidad, cambió la idea puramente descriptiva y libre de valor del tipo, resultando hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos normativos y de los llamados elementos subjetivos de lo injusto, haciéndose insostenible la idea del tipo puramente objetivo. La antijuridicidad, antes contemplada como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales que era preciso singularizar de forma material, como dañosidad social. Por su parte, la teoría de la culpabilidad sufrió modificaciones. Partiendo de sus investigaciones del Derecho positivo, Frank (en 1907) demostró la existencia de conductas dolosas que no precisan ser culpables, ya que percibió la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que se puede reprochar al autor. De ahí que la peculiaridad constitutiva de la culpabilidad no pueda estar integrada por un nexo psicológico, sino por un juicio, formulado en el mundo circundante, de que el autor se ha comportado contrariamente a su deber, aun cuando se podía exigir de él en su situación, ser fiel a la ley; culpabilidad, por tanto, es

reprochabilidad de una conducta antijurídica. A partir de aquí encontraron fácil respuesta las cuestiones que había dejado sin resolver el concepto psicológico de la culpabilidad; pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al inimputable una formación de su voluntad ajustada a Derecho; no obstante la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y existencia del dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, tratándose de bienes de igual valor, puesto que el ordenamiento no requiere un comportamiento heroico cuando por ejemplo la vida se halla en peligro actual o inminente no conjurable de otro modo. En la culpa, el reproche de culpabilidad se dirige contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado, pero situaciones de estado de necesidad y no exigibilidad de una conducta acorde a la norma, lo anulan. Así pues, el juicio "normativo", valorativo, está justificado en la misma medida, tanto al agente doloso como frente al que actúa por culpa. En el primer caso, alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del derecho; en el segundo, se hace patente que por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social.

En consecuencia, la culpabilidad pasa de ser un proceso subjetivo (espiritual), a ser un juicio de valoración objetivo. La culpabilidad convertida así en un concepto **complejo o mixto** comprendía: la imputabilidad (como presupuesto o elemento), la existencia en forma alternativa de dolo o culpa y la normalidad de las circunstancias o motivaciones al tiempo de obrar del sujeto, que posteriormente se concibió como "exigibilidad" de un actuar conforme a Derecho. Esta noción de la culpabilidad fue pronto acogida por muchos seguidores, quienes introdujeron modificaciones significativas: entre ellos destacan Goldschmidt, Freudenthal, Schmidt y Mezger.

Mas la falla en la teoría mixta fue precisamente la complejidad o lo insostenible de la amalgama de elementos heterogéneos; se indica que Frank, en su creación, se quedó a mitad de camino, en virtud de que no ideó un concepto normativo puro de culpabilidad (Maurach). Esta concepción, en su tiempo, fue celebrada con razón, al tenerla como la liberación de la pesadilla del psicologismo. Empero, como hemos dicho, esta hibridez de elementos valorativos y psicológicos (dolo y culpa) y la distinta ubicación de los segundos, al considerarlos unos autores como presupuestos y otros como elementos del juicio de reproche en que se traduce la culpabilidad, motivó que al faltar alguno de ellos, se presentará como resultado la exclusión de la culpabilidad, tal como sucedía en el psicologismo, ya sea que se alegara que faltaba el presupuesto o bien el elemento de la culpabilidad. Se le censura consecuentemente, por englobar en un sólo y único concepto, tanto el objeto del reproche como el juicio de reproche.

La teoría expuesta, no obstante que data de 1907, apenas se iba imponiendo en nuestro país, pero todavía le quedaba un largo camino por recorrer,

pues como hemos indicado imperaba en general la concepción psicológica de la culpabilidad.

c. Por último, **vale decir que** la concepción eminentemente (puramente) valorativa de la culpabilidad, tiene como sostén la teoría del delito del finalismo, elaborada principalmente por **Welzel**, pero cuyos pioneros son Graf Zu Donha, V. Weber y Gallas. Welzel quiso erigir de nuevo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico), la postuló como "ejercicio de actividad final", pues afirmó que el hombre gracias a su saber causal, es capaz de prever y dominar, dentro de ciertos límites el suceder causal y de conducir su actuar a la consecución de una meta con arreglo a un plan. La teoría finalista de la acción considera al dolo como elemento subjetivo del tipo en los delitos dolosos, y a la culpa como parte integrante de aquél en los delitos culposos. El tipo pasó de esta forma a ser de naturaleza compleja, pues al lado de elementos objetivos (descriptivos o normativos, o ambos) requiere del elemento subjetivo caracterizado por el dolo en los delitos dolosos, aunado, cuando se necesite, a otros elementos subjetivos distintos del dolo o elementos subjetivos del injusto. Como hemos indicado, la culpa también forma parte del tipo en los delitos culposos, constituyendo según se creyó una consecuencia de la ejecución descuidada de una conducta final. Se estableció que el delito de omisión era una forma especial del hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción y cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión. Se subjetivizó la antijuridicidad, ya que se puso de manifiesto que aquélla no se agota en la dañosidad social del hecho, sino que constituye una "ejecución defectuosa socialmente relevante", teniendo cabida las nociones de desvalor de la conducta y desvalor del resultado.

Ahora bien, cabe reconocer -en palabras de Jescheck- plenamente la significación de la teoría de **Welzel**, que inició una nueva época, independientemente de que se suscriba o no su discutido concepto de acción. Como dice Welssels, "la actual dogmática penal ya no ofrece una imagen de la separación inconciliable entre finalistas y no finalistas, sino un proceso evolutivo que pone de manifiesto una creciente aproximación a los conceptos fundamentales más importantes". O bien, como anota Jescheck, "es posible obtener resultados esencialmente coincidentes sin tomar como base la teoría final de la acción, partiendo de la teoría del injusto y, como hace la doctrina dominante, concebirla en sentido -personal-". No existe pues, motivo para la lucha de escuelas entre finalistas y partidarios de la sistemática anterior.

Los elementos constitutivos de la culpabilidad, según la sistemática de la teoría de la acción finalista, son:

a. La imputabilidad (ya se conciba como elemento o presupuesto);

b. El conocimiento o posibilidad de conocimiento del carácter ilícito del hecho realizado; y

c. La exigibilidad de una conducta conforme a la norma.

La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor. El conocimiento o posibilidad de conocimiento del carácter ilícito del hecho realizado, se concretiza en la eventualidad de reconocer por parte del autor la antijuridicidad de su conducta; facultad de discernir entre lo malo y lo justo, entre lo lícito y lo ilícito. Este segundo requisito del juicio de reproche, que algunos autores de la sistemática clásica o causal naturalista y de la neoclásica o causal valorativa del delito ubican en el dolo, da lugar a la llamada teoría del dolo que se bifurca en extrema y limitada; teoría que más bien constituye una concepción del dolo malo; mientras que los seguidores de la teoría de la acción finalista o no finalista pero que siguen la misma sistemática en la estructuración de los elementos del delito, adoptan una clase de dolo que llaman "natural", posición que es acogida por el Código Federal en el párrafo primero del artículo 9º, donde se define al dolo, desprovisto de la conciencia de la antijuridicidad; se conoce esta orientación doctrinalmente como teoría de la culpabilidad, que se divide igualmente en estricta y limitada; ello en razón de que la señalada conciencia queda intocada del ámbito de la culpabilidad, a pesar del desplazamiento del dolo de éste nivel al del tipo. Por último, la exigibilidad de una conducta acorde a la norma se actualiza, cuando el sujeto no obstante tener alternativas, es decir, obrar con un amplio margen de libertad, se inclina hacia el injusto, pues si la situación en la que actúa era tan anormal como para dejar de motivarse en la norma, no se le podrá exigir que cumpla con ella, ya que los preceptos jurídicos han sido dictados para el hombre medio y no para héroes.

El gran mérito de esta doctrina es haber dado realidad a la primera construcción eminentemente normativa de la culpabilidad, que se inicia a partir de 1928 en Alemania, y que en México es desconocida casi por completo. Sólo los muy enterados tienen noción de ella. Empero, tendrá que ser revaluada (a pesar de las críticas de las teorías funcionalistas que en mucho mayor medida son desconocidas en México), pues las últimas reformas penales y procesales tienen como base esa sistemática.

La culpabilidad dogmáticamente se desprende del Código Penal Federal y de las respectivas legislaciones adjetivas.

Podemos afirmar que legislativamente se destierra tanto la concepción psicológica como la normativa de la culpabilidad, toda vez que lo que se consideraba en un caso como especies y en otro como formas de aquélla, esto es, el obrar doloso o culposo, ahora se estiman como elementos del tipo del injusto, de conformidad con lo establecido por los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En efecto,

siguiendo una redacción semejante, los preceptos indicados establecen que para tener por comprobados los elementos del tipo penal del delito de que se trate, deberá tomarse en consideración, entre otros requisitos, "la realización dolosa o culposa de la acción u omisión".

En la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, se reglamenta genéricamente la atipicidad, cuando se manifiesta que el delito se excluye "cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate", sin embargo, tenemos que (interpretación sistemática) también constituirá atipicidad obrar en error invencible de tipo (incluso cuando es vencible y el delito en cuestión no admita forma de comisión culposa, a que da lugar esta situación), ello en razón de que como hemos visto de acuerdo con las leyes procesales, elementos del tipo lo son el dolo y la culpa, luego, si estos se anulan con dicho error, evidentemente se dará lugar a una causa de atipicidad. En efecto, la fracción VIII, inciso a) del artículo 15, del Código Penal distrital determina que se excluye el delito cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible "sobre alguno de los elementos esenciales (se refiere a los de carácter objetivo: descriptivos o normativos) que integran el tipo penal".

De lo afirmado hasta aquí se puede advertir que la noción de la **culpabilidad** que se desprende dogmáticamente de los numerales ya señalados y de otros preceptos, no admite como parte integrante al dolo o a la culpa. Esto es, su naturaleza es la de considerarse con sentido puramente normativo; ello, al relacionar lo dispuesto en las fracciones VIII inciso b) y IX del artículo 15 del Código Penal Federal que, respectivamente, reglamentan tanto el llamado error de prohibición (directo e indirecto) y la denominada no exigibilidad de otra conducta, categorías que se conciben por la doctrina contemporánea como hipótesis indiscutibles de inculpabilidad. En efecto, el error de prohibición, directo o indirecto, elimina la culpabilidad, pues nulifica la conciencia de la antijuridicidad, que a su vez es requisito para formular el juicio de reproche; empero, si el error al que se alude es vencible o superable, el Código Penal distrital en el artículo 66 determina que "la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate", toda vez que, se estima, subsiste la culpabilidad, sólo que el reproche se atenúa, admitiéndose en este caso la teoría de la culpabilidad, que es afirmada por un gran número de los seguidores de la sistemática de la teoría de la acción finalista. A diferencia de la teoría del dolo, cuya solución sería que se eliminara el dolo, quedando subsistente la culpa, ya que según esta postura la conciencia de la antijuridicidad es parte integrante del elemento intelectual del dolo, y si se admite a su vez que el dolo es especie o forma de culpabilidad -sistemática causalista-, significará que se estaría anulando por falta de uno de sus requisitos, precisamente el dolo, sin embargo, dado el carácter de error superable, esto es, de haberse podido tomar por el agente el debido cuidado o la debida diligencia para salir de ese estado de error y no hacerlo, podrá entonces sancionársele a título de delito culposo, siempre que el injusto de que se trate admita dicha forma de comisión, en caso contrario da lugar a impunidad.

Se introduce en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal, la fórmula genérica de inculpabilidad denominada **no exigibilidad de otra conducta**, por tanto, se hacia sistemáticamente exigible la derogación del supuesto de estado de necesidad exculpante (cuando los bienes en conflicto son del mismo valor) que prevé la fracción V del artículo 15 del indicado ordenamiento legal, en razón de que su base o sustento se halla en la citada inexigibilidad de otra conducta. Aspecto negativo del delito que indudablemente constituye para el juzgador el instrumento jurídico pertinente para que pueda hacerlo valer fundadamente cuando se presente tal supuesto. Es decir, si la premisa para que el sujeto sea culpable es que libremente (situación como se vio sujeta a discusión) se hubiera podido determinar con arreglo a Derecho, y en algún caso al autor no le hubiera quedado otra alternativa más que realizar el injusto, dada la anormalidad de circunstancias concurrentes en el evento típico, entonces es claro, que no se le podrá reprochar su conducta antijurídica, puesto que él y cualquier otra persona ante similares circunstancias anormales, se hubieran fatalmente visto obligados a consumir el injusto.

Ahora bien, no tendría sentido haber teorizado sobre las cuestiones tratadas, si ignoramos cómo puede llevarse a cabo su ejercicio, pues como expresa Antón Oneca, "en materia jurídica las teorías están destinadas a servir a la práctica, así como la práctica no penetrada de espíritu científico, constituye el más vacío y pobre empirismo fracasado precisamente ante el caso práctico".

La teoría eminentemente valorativa de la culpabilidad, tendría que considerarse de la siguiente forma.

La imputabilidad, el conocimiento o posibilidad de conocimiento de la prohibición, y la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, son presupuestos positivos de la imputación subjetiva, es decir, del reproche al autor de una conducta típica y antijurídica. Una mirada a nuestras leyes sustantivas y adjetivas penales demuestra que no se puede estar seguro de una pena, si falta uno de esos presupuestos positivos de la culpabilidad que acabamos de mencionar; empero, el sistema jurídico sustantivo y procesal no maneja estos tres presupuestos de un modo positivo, sino negativo.

Aunque estos presupuestos del reproche, formalmente son de naturaleza positiva, en la praxis se formulan negativamente, se habla de inimputabilidad, de error de prohibición (directo o indirecto), y de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma. De tal manera no se comprueba la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) ni el conocimiento o posibilidad de conocimiento (o, en su caso, el deber de conocimiento) de una norma prohibitiva ni, finalmente, la libre determinación del autor del injusto, sino que **se indagan ciertas circunstancias: aspectos negativos que excluyen esa capacidad de culpabilidad, o el conocimiento de la norma, o en su caso el haberse podido determinar conforme a la norma, o la eventualidad de ajustar su actuar conforme a aquélla. Considérense estos**

ejemplos: el acusado padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión; desconocía o ignoraba la norma o su alcance, o bien, erróneamente se representaron circunstancias -fácticas o normativas- que de existir en la realidad darían lugar a un a causa de licitud; o, por último, su ámbito de actuación se encontraba restringido por coacción o violencia contra su persona, o porque las circunstancias en las que actuó eran tan anormales que no le quedaba otra salida que inclinarse a la comisión de un injusto penal. Consecuentemente la ley no exige como presupuesto de la culpabilidad, que el juez demuestre positivamente la imputabilidad del sujeto, sino la comprobación negativa de la inexistencia: la inimputabilidad; no requiere indagar el conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, sino la presencia de algún error de prohibición; o por último, no está obligado a constatar la libre determinación del sujeto en el momento de consumir el injusto, sino las circunstancias que pudieran derivar una inexigibilidad de otra conducta; en resumidas cuentas, exclusión de la culpabilidad. Con ello se expresa que en el proceso penal no puede darse una fundamentación "real", "positiva" de la culpabilidad; hay que contentarse con menos (Hassemer), con algo que además sea más aprehensible: con indicadores de deficiencias. Culpabilidad, capacidad de culpabilidad, conocimiento o posibilidad de conocimiento de la prohibición, y exigibilidad, no se demuestran en la construcción de una sentencia condenatoria, sino se presuponen. Lo único que puede ser probado son los indicadores (aspectos negativos de los requisitos necesarios para que opere el juicio de reproche), en caso de que excepcionalmente fallen los presupuestos de la imputación subjetiva, ya que mientras ello no suceda, no tienen que ser fundados de manera positiva por el juez. Ello significa que el fundamento específico de la culpabilidad está sustraído al proceso y a sus constataciones. Esto es para el juez penal un procedimiento relativamente simple y para la teoría del Derecho penal un grave inconveniente.

Resumiendo, el concepto de culpabilidad alcanza hasta lo más profundo de nuestra experiencia cotidiana y constituye, sin embargo el concepto jurídico penal que más ampliamente se ha alejado de ésta.

Las modificaciones a nuestros textos penales, que hemos glosado, vislumbran una ideología del Derecho penal cuestionable (para ello véase la abundante literatura contemporánea). Resulta, además, reprobable que se pretenda hacer de los ordenamientos jurídicos especies de "manuales", queriendo definir o conceptualizarlo todo, al grado de que "por decreto", por así decirlo, lleven a los procuradores, administradores, auxiliares de la justicia y académicos a tener que asumir y enseñar posturas dogmático-doctrinales no compartidas por muchos, propias de quienes son los autores intelectuales de las reformas. Tal proceder tiene como consecuencia que se encorsete la interpretación jurídica y se maniate la evolución de la Ciencia Penal nacional.

**TERCER
CAPITULO**

TERCER CAPITULO.

I. Las consecuencias jurídicas por la comisión de un injusto penal.

1. Consideraciones generales respecto a la pena.

Si los hombres respetaran voluntariamente las normas, el Derecho penal sería innecesario, pero como son constantes transgresores del orden jurídico establecido, figura junto al Derecho constitutivo el sancionador.¹ Esto es, la propia naturaleza humana determina que la convivencia no sea siempre perfecta y pacífica, sino alterada por conflictos, para cuya solución se arbitra una normativa que disciplina la actividad de cada uno de manera que resulte compatible con la de los demás. En este conjunto de normas jurídicas, como ya hemos apuntado, existen algunas -las normas penales- que amenazan con la imposición de una pena, esto es, con la privación de un bien jurídico personal de índole diversa, en los casos de desobediencia.

A menudo, y ello en razón del imperante principio de intervención mínima del Derecho penal, basta una sanción de índole privada: la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización de daños y perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de recurrir a formas coactivas más enérgicas, y la pena se impone.

La pena es, por tanto, -señala Landrove Díaz-², la primera y principal consecuencia jurídica del delito, es decir, de una acción, típica, antijurídica y culpable. Una sociedad que renunciare al poder punitivo renunciaría a su misma existencia. La pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los individuos. Por ello, desde los tiempos más remotos y en las más elementales estructuras sociales ha existido un sistema penal.

Durante milenios el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada. La intervención de la colectividad se produce solamente para aplacar la cólera de un dios que se supone ofendido. Identificación delito-pecado que informaría decisivamente, y durante muchos años, toda la fisonomía penal. La crueldad de la reacción penal fue siendo aminorada con el devenir de los tiempos, e instituciones que hoy parecen salvajes y primitivas, como el

¹ - Cfr. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho penal. Parte General. tomo II, 3ª ed. pág. 13. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. Argentina, 1964.

² - Las consecuencias jurídicas del delito. 3a. ed., págs. 1 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1984. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Bosco Juan, de manera idéntica afirman que "la pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, de ahí la importancia del tema no siempre acorde con el tratamiento que se da en los Tratados, en los que aparece como en un apéndice de la teoría del delito, en contra de lo que podía sugerir la denominación de la asignatura". Las consecuencias jurídicas del delito, pág. 17. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990.

Talión, no cabe duda que supusieron tímidos intentos de superar criterios anteriores para los que la aplicación de la pena se hacía en forma absolutamente arbitraria.

Lo que se ha dado en denominar "medievalismo penal" se extiende prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Hasta este momento histórico el Derecho valoraba muy especialmente la condición social del reo y, en consecuencia, era fuente de irritantes desigualdades; las sanciones eran extremadamente rigurosas y crueles, no guardando siempre una justa correspondencia con la entidad de los delitos que las determinaban. Con las penas -que a veces trascendían a personas no responsables del delito cometido- se buscaban fundamentalmente la expiación moral y la intimidación colectiva; esto se lograba con el uso y abuso de castigos corporales de muy variada índole (mutilaciones, azotes, etc.), y de la pena capital, cuya ejecución se acompañaba, en ocasiones, de atroces suplicios.

La concepción de la pena como garantía de un orden colectivo, cuyo mantenimiento corresponde al Estado, no aparece, lógicamente, hasta el siglo XVIII. El *ius puniendi* del Estado supone, sobre todo, el enjuiciamiento de los delitos desde el punto de vista de la colectividad, superándose toda idea de odio o venganza contra el delincuente.

Como ha puesto de relieve Tomás y Valiente³, la humanización del Derecho penal es algo que hay que anotar en el saldo positivo de la Ilustración. Humanización en el doble sentido de suavización del trato procesal y penal dado al reo y, sobre todo, de secularización del Derecho penal, alejándolo de consideraciones y finalidades pseudoreligiosas que no habían servido durante siglos más que para endurecerlo. Se rompe así con el sentido mágico y sacral que en momentos anteriores en el tiempo se había otorgado a la pena.

El Derecho punitivo del Estado constitucional fue más justo, de mayor altura técnica y menos severo que el de la Monarquía absoluta. La pacífica convivencia entre los ciudadanos se protege con un mayor respeto de las libertades individuales, reduciéndose los catálogos de delitos y desapareciendo de la geografía penal las más crueles de las modalidades de punición.

No hay que olvidar que en la actualidad el delito es, para cierto número de individuos (o de grupos) una actividad normal, continua, profesional. Esto que se llama el medio existe en casi todo el mundo. Se trata de una organización criminal, más o menos estructurada, con ramificaciones complejas y fluctuantes. Gánsters, truhanes, malecheros o golfos, ladrones, proxenetas, etc., casi todos -con lazos más o menos estrechos con ese medio- profesionales o semiprofesionales que viven del crimen. Son personas que, lejos de ser inadaptados, están muy bien adaptados a la

³ - Citado por Landrove Díaz, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito, 3a. ed., pág. 2. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

sociedad en la que viven y explotan las fallas de ésta para obtener provechos a menudo considerables. Por ello, en las sociedades desarrolladas, la fuente de delincuencia no es tanto la miseria como la opulencia.

Se ha establecido por un gran número de criminólogos, de que existe una verdadera industria del crimen, con sus jerarquías, sus multinacionales, etc.; se trata pues, del llamado crimen organizado, que se burla de las fronteras. Existen organizaciones criminales que rebasan el dominio de acción de los diferentes "medios", nacionales o locales, que explotaban de manera racional las actividades particularmente lucrativas, tales como el juego, la prostitución o el tráfico de estupefacientes. Esas organizaciones, que tienen ramificaciones internacionales, se emparentan mucho más con las empresas industriales que con las vulgares bandas de malhechores. Por lo general, no se puede llegar a ellas fácilmente, ya sea porque están más o menos bien integradas en la estructura social, o bien, porque gozan de cierta tolerancia.

De esta forma, la criminalidad ha pasado de un estado artesanal al estado industrial, siguiendo la misma línea de evolución de las sociedades económicamente desarrolladas.

Es indiscutido por ello afirmar con Maurach-Zipf⁴, que la justificación de la pena se halla en su necesidad. La urgencia del Derecho penal es un hecho empíricamente reconocido. No obstante, este reconocimiento nada dice acerca de la forma de la eficacia de la pena, en especial, si la necesidad de la pena para la existencia de la comunidad radica en su mera amenaza, o en el hecho de su imposición o, por último, en la configuración de su ejecución. De la misma manera, este reconocimiento empírico no está en situación de proporcionar una explicación con respecto a la esencia y a la finalidad de la obligación de la facultad estatal de aplicar penas. De la respuesta a estos interrogantes no depende tan solo la justificación ético-social de la pena, sino, asimismo, su configuración concreta por medio de la ley y de las decisiones judiciales.

La cuestión relativa a la justificación del Derecho penal ha ocupado a la filosofía, la teoría del Estado y la ciencia penal a lo largo de toda su historia. Epocas en las cuales la pena se constituye en base a la mística y la fe en Dios son seguidas de periodos que intentan explicar las tareas del Derecho penal por medio de un sobrio racionalismo. Espacios de tiempo durante los cuales el poder sancionador estatal intentó conscientemente mantener su ius puniendi, dentro de los límites establecidos por el respeto a la dignidad humana, han sido remplazados por etapas de desarrollo en las cuales los límites de ese poder punitivo fueron sacrificados en favor de una mera razón de Estado. Racionalidad y fe, piedad y desprecio por el hombre han intentado

⁴.- Derecho Penal. Parte General, págs. 85 y ss. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1994.

determinar la justificación de la pena. La historia de las teorías penales es una historia universal del Derecho penal.

De acuerdo a Rodríguez Devesa⁵ la pena consiste en la "privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito". Y en sentido similar Cuello Calón expone que la pena puede ser caracterizada como la "privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal".⁶

Son principios rectores de ella los de legalidad, personalidad, e igualdad de todos ante la ley.

A manera de introducción a los temas que específicamente desarrollaremos, cabe destacar que se han elaborado diversas doctrinas penales, pretendiendo interpretar el fundamento y fines del derecho de penar.

Las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objeto trascendente. Se castiga *quia peccatur est*, porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse. La sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito. Según estas teorías, la pena es esencialmente retribución, castigo o incluso en algunos casos, expiación del delito cometido.⁷

⁵ - Derecho penal español. Parte General, pág. 732. Madrid, España, 1973. Cfr. Rico, José M. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea. 3a. ed., pág. 9. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984.

⁶ - Citado por Landrove Díaz, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito, 3a. ed., pág. 3. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, explican que en principio la pena es un mal: es una privación total o parcial de bienes jurídicos. Es un mal. Pero un mal para el sujeto que lo recibe. Aunque, ciertamente, la privación de bienes jurídicos a uno de los miembros repercute en detrimento de toda la sociedad. Si alto es el costo social del delito, lo es en medida considerable por el costo social de la pena. Contrariamente Dorado Montero en su obra El Derecho protector de los criminales (1915), defendería la idea de que la pena es pura pedagogía correccional, tratamiento científico, nunca aflicción gratuita. Ahora bien, que la pena sea impuesta conforme a la ley, constituye una consecuencia directa del principio de legalidad. No sólo la iminación de las conductas delictivas debe responder al sentimiento de la comunidad. También el quantum y el quale de esta deben estar idénticamente sustentados, pues sólo así la pena puede ser contemplada como instrumento de justicia y cumplir una función educadora. La pena debe ser impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes, porque la jurisdicción es una faceta de la soberanía exclusiva del Estado. Queda, pues, excluida la venganza privada. La intervención del Estado monopolizando la fijación, imposición y ejecución de penas supone, al menos en el terreno teórico, la eliminación de la pena como venganza, y, por ende, es una garantía de imparcialidad y de objetividad, en correspondencia con la idea de Estado como punto de convergencia de los intereses de los ciudadanos, superior y ajeno a ellos y ordenador equitativo de la convivencia. Finalmente, la pena se impone al culpable de una infracción criminal; es decir, a un autor, en sentido amplio: autores o partícipes, pero culpable: sólo en la medida en que un hecho sea subjetivamente imputable habrá lugar a la imposición de una pena". Las consecuencias jurídicas del delito, págs. 18 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1990.

⁷ - Esta fue la posición defendida, desde perspectivas diversas, por Kant y Hegel. El primero concibió la pena como "imperativo categórico" y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria. La pena no se justifica porque sirve a la sociedad; y el castigo del individuo, que es "fin en sí mismo", no puede instrumentarse en aras de fines preventivos ajenos. Para Hegel el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la previa negación de la voluntad general causada por la voluntad especial del delincuente. En estos planteamientos, la pena no es sino reacción que mira al pasado (al delito) y no instrumento de fines posteriores.

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

Las teorías relativas tradicionalmente se clasifican en dos grupos: el más considerable es el que asigna a la pena el fin de prevenir delitos futuros (teorías preventivas); el otro está formado por la doctrina que pretende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado (teoría reparadora). Las teorías preventivas se dividen a su vez según que pretendan la prevención general o la especial. Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad; la pena debe tratar de impedir que los individuos, considerados en su conjunto, caigan en el delito, mediante la intimidación de las sanciones conminadas en las leyes. Las teorías que pretenden el logro de la prevención especial emplean la pena con única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para impedir que el infractor de la norma delinca de nuevo. Las teorías relativas más modernas señalan varios fines a la pena: la intimidación, la corrección y la inocuización.

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

Todas estas teorías corresponden a la evolución general -que líneas abajo desarrollaremos-, de la concepción de la pena.

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

Es sorprendente, dice José María Rico, la extensa bibliografía que sobre el tema de la pena y de sus fines existe en la literatura penal, manifestando "que es inabarcable y que los autores -juristas en su inmensa mayoría- se placen en la presentación de múltiples subdivisiones respecto a cada una de las grandes teorías" anteriormente enumeradas. E, indica que Jiménez de Asúa, expone hasta seis subteorías de la retribución: divina, vindicativa, expiatoria, moral, estética y jurídica. En cambio, continua señalando Rico, son escasísimas las publicaciones que abordan el problema desde un punto de vista científico. Incluso los trabajos de investigación de esta naturaleza realizados hasta ahora sólo se han ocupado de uno de los objetivos de la pena: la prevención de la reincidencia de los delincuentes que comparecen ante los tribunales y son condenados por éstos, es decir, la llamada prevención especial o individual. Sin embargo, sigue diciendo el autor citado, los investigadores han

ignorado casi por completo el estudio de los efectos de las medidas penales sobre aquellas personas que no han sido sometidas a las mismas, es decir, los delincuentes en potencia y los no delincuentes (la llamada prevención general). Sólo algunos trabajos científicos han sido efectuados con vistas a determinar el efecto disuasivo de la pena capital y demás penas corporales, dos formas de castigo raramente utilizadas en la realidad.⁸

A. Teorías absolutas de la pena.

Las llamadas teorías absolutas de la pena son teorías penales, no así teorías de los fines de la pena. Estas niegan la posibilidad de unión de la esencia de la pena a la finalidad de prevención del delito. Para ellas, la pena es compensación, sea como reparación o como retribución, más la pena se agota en tales funciones. El hecho que estas penas puedan estar en condiciones de alcanzar ciertos fines, en cuanto efectos reflejos o secundarios; por ejemplo, la resocialización o la neutralización del delincuente, carece para ellas de interés. Semejantes fines siempre permanecen a la sombra de la compensación, la cual prevalece por sobre todo lo demás. La pena no debe ser jamás objeto de medición por medio de la ley o de una decisión judicial, de manera que la compensación entre hecho y culpabilidad pueda ser afectada por puntos de vista ajenos al ser de la pena. Es por ello que todas las teorías sobre los fines de la pena distorsionan el punto de partida del Derecho penal, en el sentido de que sólo la culpabilidad es el fundamento jurídico de la pena; las teorías sobre los fines de la pena degradan el hecho culpable a la categoría de mero motivo de la pena, mientras su fundamento jurídico pasa a ser solamente predicción sobre la peligrosidad. Frente a estas consecuencias, las teorías absolutas insisten en el principio básico: **punitur, quia peccatum est.**⁹

Las teorías absolutas en sus formas antiguas remarcan el carácter reparatorio de la pena (teorías de la indemnización ideal, teoría de la curación); empero, en su mayoría, reconocen la esencia de la pena en la retribución del hecho culpable del autor, la que constituye un mal no solamente necesario, sino también querido, que recae sobre aquél. Según la concepción que se tenga del delito, la pena es tratada como retribución divina, moral o jurídica.

Nos dice Bustos Ramírez¹⁰ que para Hegel la pena es la negación de la negación del Derecho, cumple entonces sólo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el **quantum** o intensidad de la negación del Derecho así también será el **quantum** o intensidad de la nueva negación que es la pena. Este planteamiento es

⁸ - Cfr. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea. pág. 11. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984.

⁹ - Cfr. Maurach-Zipf. Derecho Penal. Parte General, pág. 86. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1994. También Cuello Contreras. El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introductorias, Vol I, pág. 62. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

¹⁰ - Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 21. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

comprensible dentro de la concepción general de Hegel sobre el Derecho, en que hay que partir de su conocida frase "lo que es racional eso es real, y lo que es real eso es racional". Para Hegel justamente el Derecho es la expresión de la voluntad racional ya que en cuanto racional u organización racional es liberación de la necesidad. Es decir, en la base del Derecho están la racionalidad y la libertad. Pero ello desligado de toda consideración, ya sea de ley natural, contractual o historicista, sino sólo como expresión del espíritu en cuanto tal, como contradicción con el mundo de la necesidad cuya oposición es el mundo de la racionalidad y la libertad. El delito es entonces la expresión de esa contradicción irracional, luego el injusto es expresión de esa contradicción entre dos voluntades. Pero de partida hay una voluntad irreal o nula en sí, que es la delictiva, pues es negación de la racionalidad, que es lo único real. De ahí que el delito sea la negación del Derecho, luego la caída al mundo de la necesidad, de la racionalidad, de lo nulo, de lo irreal. Es por eso que la pena aparece como negación de la negación del Derecho (constituida por el delito), con lo cual aparece un resultado positivo, queda incólume desde siempre lo racional, ya que el delito aparece como una simple negación y no como una realidad, al revés del Derecho.

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

Mir Puig sostiene que quien acoja tal concepción de la pena no debe esperar de ella que constituya un instrumento adecuado para combatir el aumento de la delincuencia y garantizar la seguridad ciudadana; que es cierto que la teoría retributiva no se ha adoptado coherentemente casi nunca, y así en general se ha asignado a la retribución el fin de la protección de la sociedad. Ello no ha impedido que la fundamentación retribucionista implique necesariamente una consecuencia característica: que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.¹¹

En los últimos tiempos nos hemos sumergido en el dialéctico retorno a la teoría retributiva de la pena, debido al aumento desmedido de la delincuencia, particularmente en las ciudades, lo cual ha dado lugar a que la sociedad civil vea en las penas y en su agravación el camino a seguir para el combate a la criminalidad, y un medio de garantizar la seguridad ciudadana.

Lo que está claro es que la teoría retributiva de la pena sigue teniendo como característica la imposición del mal (la pena) por el mal causado (el delito). Se basa en ficciones y mitos, en una concepción del hombre absolutamente desacreditada

¹¹.- bis.- Problemática de la pena y seguridad ciudadana. Conferencia pronunciada en el Seminario Internacional "El Derecho a castigar", verificado en la ciudad de Mérida-Venezuela, los días 17 al 21 de octubre de 1982. Pág. 2. Ver, Cuello Contreras. El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introdutoras. Vol. I. Pág. 62. Editorial Civitas, S.A. Madrid España, 1993.

por la ciencia moderna: el hombre razonable del siglo XVIII, moralmente libre y responsable de sus actos, etc. En realidad, no existe un tipo abstracto e inmutable de hombre. La ciencia criminológica paradigmáticamente sólo conoce y trata individuos diferentes entre sí y sometidos a múltiples determinismos endógenos y sociales.

Como hemos señalado, para Kant la pena es un imperativo categórico de la razón práctica; su base es la retribución moral. Sin embargo, no es seguro que la moral provenga únicamente de la razón. Al efecto, Rico sostiene que los estudios recientes sobre la psicología de las actitudes morales han mostrado que las reglas morales se instauran en el niño bajo la forma de conductas impuestas por la amenaza. Por consiguiente, nos dice, el origen de la moral es fundamentalmente social. Bergson ha hablado de moral cerrada y abierta y Piaget distingue entre conducta moral heterónoma (basada en el respeto unilateral del niño hacia el adulto) y autónoma (fundada en el respeto mutuo entre el individuo y el grupo). En tales condiciones, el imperativo kantiano sólo sería categórico con respecto a uno de estos tipos de moral.¹²

Afirma Bustos Ramírez¹³ que el aspecto positivo de estas teorías absolutas es su preocupación por la justicia y por tanto por la pena justa, tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad, sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente garantistas, esto es, impiden una intervención abusiva del Estado, que implique sólo el ejercicio de su fuerza, de ahí que hayan estado traspasadas por un sentido ético (fundado, ya en el Derecho natural o en el racionalismo liberal).

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

Su propio punto de partida ético, de buscar la justicia como tal, las ha llevado a plantearse el problema desde un plano absoluto, como si existiera un orden de verdades o valores absolutos e incommovibles; se olvida que no se trata de una investigación teológica o metafísica, sino sólo dentro de un determinado sistema social, que como sabemos es sumamente complejo y relativo. Esta ha llevado a la consideración del Derecho y del Derecho penal como puro problema ético, en que sólo están en juego valores absolutos. Todo lo cual choca con la realidad social que regula el Derecho y de la cual es expresión. Por otra parte, si se parte de esos criterios absolutos se tiene necesariamente que considerar al hombre dotado de libertad absoluta (libre albedrío), lo que tampoco es demostrable y no pasa de ser un

¹² - Cfr. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea, 3a. ed., pág. 43. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984.

¹³ - Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs. 22 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

simple axioma adogmático. Pero, además, dentro de un Estado democrático no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de Derecho democrático, que la pena sólo consista en un mal, que sólo tenga por objeto retribuir. Tal unilateralidad, a pesar de todas las garantías que se establecen, está marcada por la idea del Talión o la venganza, que no resultan adecuadas para la concepción de un Estado de derecho.

B. Teorías relativas de la pena.

Ya Protágoras expresó en la antigua Grecia con mucha claridad el pensamiento relativo de la pena, en el sentido que al hombre no se le castiga porque haya sido malo, ya que esto sólo se hace con las bestias feroces; por eso mismo la pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto perseguir que otros hombres no delincan o la enmienda del sujeto al cual se aplica. Las teorías relativas de la prevención no se preocupan entonces del fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena?. En forma amplia se puede decir que dos son las corrientes principales: La prevención general, que como señala Antón Oneca es una "advertencia a todos para que se abstengan de delinquir", en el fondo un "escarmiento en cabeza ajena", y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.¹⁴

En oposición a las teorías absolutas, las relativas son marcadamente teorías finalistas. También ellas reconocen que, por su esencia, la pena es forzosamente un mal. No obstante, en cuanto institución humana, la pena no puede contentarse con ello, ya que la causación de un mal sin atención a un fin sería un contrasentido. El Derecho penal se justifica, solamente, si por medio del anuncio, la inflicción o la causación efectiva de este mal, se persiguen fines ciertos y determinados que sirvan a la prevención del delito. En este punto se produce la separación de las teorías relativas y absolutas. En efecto, según las primeras, los fines preventivos dominan el Derecho penal; en caso de conflicto, el principio retributivo debe ceder ante ellos. Si la resocialización o eliminación del autor sólo puede conseguirse en cuanto la pena se aparte, en su tipo y medida, de las directrices determinadas por el principio retributivo, la retribución debe retroceder. También estas concepciones se apartan considerablemente en su fundamentación. Tradicionalmente se distinguen las siguientes teorías, según sus fines preventivos (sin que ello importe un prejuizgamiento con respecto a su rango y su admisibilidad desde un punto de vista del Estado de derecho).¹⁵

¹⁴.- Citado por Bustos Ramírez, en Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., pág. 23. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

¹⁵.- Cfr. Maurach-Zipf. Derecho penal. Parte General, pág. 87. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Azteca. Buenos Aires. Argentina, 1994.

a. Prevención general (prevención del delito por medio de la acción psíquica sobre la generalidad). En su forma negativa está dirigida a disuadir a potenciales delincuentes de la comisión de delitos, mediante la aplicación de la pena en otros casos comparables, creando así impulsos inhibidores de la delincuencia. En su función positiva tiene como objeto el reforzamiento de la fidelidad para con el Derecho y, con ello, la disposición hacia el cumplimiento de las normas jurídicas (prevención de integración, que ha pasado claramente al primer plano en los últimos años). Alude Rodríguez Devesa a que la prevención general debe entenderse en el sentido de que la pena actúe sobre la colectividad, es decir, la pena tiene una "función pedagógica".¹⁶ La amenaza de la pena establecida en la ley (la punibilidad) tiene eficacia intimidante y, en ocasiones, paraliza posibles impulsos delictivos; otras veces, la efectiva ejecución de la pena tiene un carácter ejemplarizador que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que la han propiciado.

La prevención general¹⁷ aparece en las tres etapas de realización de la pena:

1º. Prevención general por intermedio de la amenaza generalizada de la pena: Se confía en la fuerza de la advertencia de la culminación penal contenida en la ley, la que debería paralizar eventuales impulsos delictivos.

2º. Prevención general mediante el dictado de la sentencia: Intimidación generalizada por medio de la reprobación del autor contenido en la sentencia.

3º. Prevención general por medio de la ejecución de la pena: Intimidación del medio en virtud del sufrimiento del delincuente, con respecto al cual había fracasado el efecto preventivo general de la ley.

b) Prevención especial (prevención de la repetición del delito, mediante la acción particular sobre el actor). Por prevención especial debe entenderse la incidencia de la pena en el delincuente para que no vuelva a delinquir. Ella se presenta de la siguiente forma:

1º. Prevención especial por intimidación (función de advertencia); el delincuente debe ser disuadido de la comisión de nuevos delitos, mediante los efectos

¹⁶.- Citado por Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, pag. 5 Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, España, 1984.

¹⁷.- Zaffaroni señala que "dentro de la prevención general cabe citar la antigua teoría de la intimidación y una versión un poco más moderada, que fue la teoría de la <<coacción psicológica>>, sostenida por Feuerbach, y que tiene importancia para nosotros, porque Feuerbach fue seguido de cerca por el primer Código Penal argentino. Para esta teoría la pena es una amenaza que debe tener la suficiente entidad para configurar una coacción psicológica capaz de apartar del delito a todos los posibles autores". *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2a. reimpresión, pag. 76. Cárdenas Editor y Distribuidor México, 1994. Por su parte José Ma. Rico apunta que autores como Feuerbach, Bentham, Romagnosi, Beccaria, Carrara, Von Liszt, etc., han hecho de la intimidación la base de sus teorías, las cuales a su vez han motivado ocasionados debates. Sin embargo, no existe ninguna prueba científica del efecto intimidante de la pena". A continuación señala las especies de intimidación: Intimidación general, especial, absoluta, relativa, total, parcial, directa, indirecta. *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 3a. ed., págs. 12 y ss. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984.

de la pena que le ha sido infringida. En otros términos, el sujeto es intimidado por los efectos de la pena en él ejecutada y con ello se le aparta de la comisión de nuevos delitos.¹⁸

2º. Prevención especial por educación (corrección, resocialización); mediante la ejecución, el delincuente debe ser preparado para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro, efectos disociantes deben ser evitados en lo posible (de lo cual con frecuencia se deduce la preferencia de sanciones ambulantes sobre penas estacionarias), debe buscarse su adaptación a la vida colectiva.

3º. Prevención especial por aseguramiento (efecto de separación); por medio de la ejecución de la pena sobre un delincuente en particular, se protege permanente o temporalmente a la sociedad de aquél.

4º. Prevención especial por inocuización. La ejecución de la pena al delincuente supone que la sociedad queda protegida frente a él de modo provisional o incluso definitivo, cuando la pena es perpetua o de muerte.¹⁹

Sólo en casos excepcionales, los representantes de las teorías expuestas se restringen a una u otra finalidad de la pena. En la mayoría de los casos se presenta una combinación, por ejemplo, la de intimidación preventivo-general de la ejecución con fines preventivo-especiales; mientras dentro de las tareas de prevención especial la intimidación y educación se pueden complementar adecuadamente en forma recíproca. Lo decisivo en suma, debe ser el caso concreto y muy especialmente la reacción (accesibilidad a la prevención) del delincuente en cada caso particular.

C. Teorías mixtas, de la unión o unificación.

Como teorías intermediadoras o de unificación se contemplan tradicionalmente aquellas concepciones que pretenden encontrar una compensación entre teorías absolutas y relativas, sobre la base de puntos de vista de justicia y criterios finalistas (punitur, quia peccatum est, ne peccatur). Empero, el cómo de esta combinación es decisivo. Como teorías unificadoras en el sentido clásico sólo pueden tener valor aquellas opiniones que no afectan el aspecto de culpabilidad de la pena y que, consecuentes con esa característica esencial de ésta, persiguen fines preventivos sólo en la medida que con ellas no se elimine la proporcionalidad entre pena y culpabilidad.

Por el contrario no merecen ese nombre las teorías combinadoras que en el caso concreto subordinan la compensación de la culpabilidad a un fin preventivo, ya

¹⁸ - Cfr. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., pág. 6. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

¹⁹ - Cfr. Maurach-Zipf. *Derecho penal. Parte General*, págs. 87 y ss. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Azteca. Buenos Aires. Argentina, 1994.

que las teorías relativas tampoco niegan que la pena sea represión. Luego, si la combinación de la esencia y la finalidad se expresa en que la pena deba sacrificar su ser ante ciertos y determinados fines, nos encontraremos en realidad ante lo mismo que persiguen las teorías relativas. Por ello, la decisión que deben adoptar las teorías unificadoras no se encuentra en un tanto-como, sino en un claro reconocimiento de la culpabilidad como fundamento de la pena, la que dentro del marco definido por la proporción de la culpabilidad también ha de perseguir fines de prevención.²⁰

El planteamiento más simple y que viene de V. Liszt es el de la doble vía en Derecho Penal, esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales, aplicar medidas; es la posición que ha encontrado mayor acogida en los Códigos Penales. Pero con razón se le ha criticado que es contradictoria en sí misma. (¿como conciliar retribución con tratamiento?).

Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general, ya sostenida por Merkel en el siglo pasado, para el cual si bien la pena era un mal y una respuesta a la acción realizada, tendría un fin de "fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa". En verdad este planteamiento es o bien pura retribución (a lo que tiende) y el planteamiento preventivo-general es simplemente presumido como consubstancial a la retribución o si realmente quiere ser preventivo, tiene que abandonar el criterio retributivo y buscar la intimidación a la generalidad.

Otra fórmula mixta es aquella que plantea el carácter esencialmente preventivo del Derecho Penal e intenta unir prevención general con especial, dando casi siempre una mayor preponderancia al criterio preventivo-general. Esta posición se plasmó muy claramente en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, para el cual las penas y medidas (parágrafo 2) tienen como fin la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica, siempre que esto último sea necesario y posible.²¹

Las teorías críticas se dirigen, como vemos, más a combatir la exclusividad de prevención general o prevención especial que a rebatir *in totum* sus fundamentos.

Como hemos visto la discrepancia de estas teorías radica en precisar la relación entre proporcionalidad y necesidades de prevención y, por otra, la

²⁰ - Cfr. Maurach-Zipf. Derecho penal. Parte General, págs. 88 y ss. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Azteca. Buenos Aires, Argentina, 1994. Por su parte Landrove Díaz, Gerardo, opina que "las teorías mixtas o unificadoras son las que tratan de conciliar las aportaciones doctrinales antes expuestas, ya que la radicalización de las mismas es unánimemente rechazada". Las consecuencias jurídicas del delito, 3a. ed., págs. 6 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

²¹ - Cfr. Bustos Ramirez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., aumentada, corregida, y puesta al día, págs. 30 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona. España, 1982.

importancia respectiva que corresponde, dentro de la prevención, a la general ya la especial.

En cuanto a la primera cuestión, se tiende a asignar al Derecho penal una función de protección a la que el principio retributivo pondría límites.

Mucho más compleja es la relación recíproca entre prevención general y especial. La orientación doctrinal que defiende la doble función retributiva y preventiva del Derecho penal acentúa el papel de aquélla, por entender que ésta se deriva necesaria y lógicamente de la pena justa que brindan los principios retribucionistas. La prevención especial, en cambio, es reivindicada por los sectores preocupados no sólo por la protección de bienes jurídicos, idea propia de toda posición preventivista, sino también por la recuperación del delincuente.

No obstante, las críticas a las teorías mixtas que pretenden compatibilizar retribución y prevención, nacen de la inutilidad de tal proyecto. Hay que pensar, al respecto, con Hassemer, que teorías absolutas y relativas vienen de un mundo completamente distinto". Para las primeras, la exigencia de castigo se deriva de la idea de justicia, y el sentido de la pena se inserta en la plenitud de un marco teórico, por eso no se ocupan de la imperfección de la realidad. Para las segundas, la pena viene exigida por la inclinación humana a atacar a los demás (prevención general) o por la deformación individual reflejada en la comisión del delito (prevención especial) y siempre tienen en cuenta la realidad. No pueden prescindir de la cuestión de si la pena incide como en la realidad imperfecta, es decir, de si la pena realmente "soluciona" los casos jurídico-penales. Por el contrario, esa cuestión es, para las teorías absolutas, absurda.

La opción por una u otra se enmarcan en un contexto científico -e ideológico- más amplio. Las teorías de la pena "no se eligen, más bien se sitúan y enraízan en una cultura, y en una cultura jurídica". Por tanto, en nuestra época no cabe decidirse a tomar de una pura teoría retributiva. Ello supondría, de hecho, renunciar a una justificación de la pena desde el punto de vista de sus efectos prácticos, y el Derecho penal no se puede decidir hoy por esa renuncia. Se le exige una justificación por las consecuencias, y esa exigencia constituye parte de la racionalidad actual.²²

²².- Cfr. Mapelli, Caffarena, Borja y Terradillos Basoso, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, págs. 31 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990.

D. Consideraciones críticas sobre la retribución. Retribución, justicia y culpabilidad.²³

Muchas de las consecuencias extraídas por las teorías absolutas de la pena para el Derecho penal, siguen siendo válidas así como, la idea kantiana de proporcionalidad entre el delito y la pena o la idea de resocialización de Hegel, por no decir el principio de culpabilidad inherente a las teorías de la retribución, ya que para retribuir por algo hace falta previamente comprobar que la retribución se ha merecido, ideas todas ellas que hoy inspiran el Derecho penal a pesar de no basarse ya la pena en un fundamento puramente retributivo; dado que el principio del talión puede significar un freno a la prevención, pues impediría castigar severamente a un sujeto que comete un injusto penal sancionado con una pena leve, no obstante no poder pronosticarse fundadamente su inclinación a cometer lesión o daño a bienes jurídicos importantes cuyas normas están provistas de mucha mayor sanción. En otros términos, la compensación apuntada, no es otra cosa que velar por el respeto del principio de culpabilidad inherente a esta clase de teorías (de la retribución).

El postulado esencial de las teorías de la retribución, no puede compartirse en la actualidad, porque para que el fundamento de la pena pudiera residir únicamente en el delito cometido, haría falta:

1º. Probar que cuando el hombre actuó fue plena y absolutamente libre. Principio indeterminista, hoy por hoy indemostrable científicamente.²³

2º. Confirmar materialmente que lo que la sociedad define como delito es evidentemente injusto; los que los profundos cambios que el Derecho penal experimenta en el tiempo desmiente.²⁴

3º. Que el Derecho penal castigara todo injusto. Lo que no ocurre en la actualidad, pues se selecciona de entre todos los injustos posibles a algunos de ellos, no sólo conforme a criterios de justicia, utilidad y oportunidad (carácter fragmentario del Derecho penal).²⁵

²³ - Cfr. Cuello Contreras. El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introdutorias, págs. 67 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

²³ - Ver Gimbernat, Estudios de Derecho Penal, pág. 42. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990. Roxin, Problemas básicos del Derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal, pág. 21. Editorial Reus, Madrid. España, 1976. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible, págs. 11 y ss. Edersa. Madrid. España, 1982. Bustos Ramírez. Manual de Derecho penal. Parte General. 3ª edición aumentada y corregida, pág. 128. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Cerezo Mir, Curso de Derecho penal Español. Parte General, pág. 27. Editorial Tecnos. Madrid. España, 1976.

²⁴ - Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal, 3ª edición, aumentada y corregida, pág. 25. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Cerezo Mir, Curso de Derecho penal Español. Parte General, pág. 27. Editorial Tecnos. Madrid. España, 1976.

²⁵ - Roxin. Problemas básicos del Derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal, Parte General 21. Editorial Reus, Madrid. España, 1976. Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día. pág.. Ediciones Ariel S.A. España, 1989.

Así, pues, no existe la certeza de que el castigo sea absolutamente justo, razón por la cual la pena no se puede basar en la pura retribución.

E. Consideraciones críticas sobre la prevención general.

La teoría de la prevención general fue formulada por primera vez por Beccaria, y reformulada por Feuerbach cuando se preguntó si no sería cruel castigar por el sólo hecho de haber delinquido, como quería Kant en respuesta al utilitarismo beccariano; con ello se inicia la dialéctica culpabilidad-prevención que pervive hasta hoy. La tesis en cuestión tiene muchos partidarios en la actualidad, pues es muy realista; apunta que el Derecho penal no persigue una finalidad de justicia en sí mismo sino, más bien, una finalidad práctica con medios justos. Por eso, casi todos sus defensores admiten que, aunque la pena sirve de escarmiento y evitación de futuros delitos, debe encontrar un límite en la culpabilidad del autor; no pudiendo ir más allá la prevención del delito.²⁶

Si, por ejemplo, la sociedad está muy sensibilizada por la frecuencia de pequeños robos en un momento dado, el Derecho no puede imponer penas muy severas a sus autores, porque la prevención general, que tranquiliza a la sociedad, no puede ser el único criterio de determinación de la pena.

a) Modalidades de la prevención general.

La prevención general se entiende actualmente de diversas maneras. No es lo mismo comprenderla como escarmiento del delincuente para que se abstenga en lo futuro de repetir el delito -lo que la aproxima a la idea de prevención especial-, que concebirla como advertencia para otros sujetos activos potenciales (prevención general genuina, esto es, prevención general negativa, en el sentido de que con ella se pretende evitar algo negativo, el delito).

b. Prevención general negativa.

Las actuales teorías de la prevención general negativa, surgieron con gran fuerza, como complemento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, a mediados de los años sesenta y de manera paralela a la reforma del Derecho penal alemán (proyecto oficial *versus* proyecto alternativo). En ella se admite que, de la misma forma que el Derecho penal habría de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia (no valorados conforme a una determinada concepción ética), la pena debería cumplir una función puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de ahora se entendían, alejándose de toda

²⁶. Cfr. Cuello Contreras. El Derecho penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias, pág. 69 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

concepción de la pena que sugiriera siquiera la idea de castigo o expiación. Desde el primer momento, es cierto, y en esto se diferenciaban las modernas teorías de la prevención general negativa del terror absolutista, la pena preventiva estaba sometida a controles constitucionales como los de proporcionalidad entre el mal del delito y la cantidad de la pena, respeto a la dignidad del condenado y orientación resocializadora del cumplimiento, exigencia de capacidad de responsabilidad por sus actos del infractor, etc. Ahora bien, lo que estas teorías no han logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros. De hecho, es por eso por lo que el Derecho penal ha sido tan vulnerable a la crítica de las ciencias sociales. Y es que si el Derecho penal se conforma con justificar la pena en el axioma, no comprobable por lo demás, de que siempre habrá alguien que si se deje motivar por la amenaza de la sanción²⁷, difícilmente será rebatible, aunque sea el precio de excluir toda consideración sobre otros mecanismos de control distintos a la pena que quizá proporcionarían que fuesen más, y de mejor forma, los motivados a no dañar la convivencia que los motivados por la pena. No se trata de caer en el terreno de las comprobaciones empíricas de los instrumentos sociales.²⁸ Se trata, más bien, de construir una teoría normativa de la pena, lo que las modernas teorías de la prevención general negativa no son.²⁹ Y no lo son porque subordinan la pregunta por su significado social, a la necesidad de proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia, siendo así que, justificada la necesidad de proteger bienes jurídicos o no, está todavía justificado que la protección haya de ser con penas. De hecho, la contradicción entre protección de bienes jurídicos y resocialización del delincuente (evidenciada en la regulación de los delitos contra la salud pública: narcotráfico) demuestra que las alternativas a la pena han invadido ya el Derecho positivo.

Silva Sánchez³⁰ ha defendido recientemente que la pena sirve para prevenir el delito en el sentido de la prevención general negativa: intimidación. Lo que ocurre es que ese principio entra en relación dialéctica con los principios de garantía que se han ido acuñando con el tiempo, y que, situados en el mismo plano (garantías no entendidas como límites de la prevención sino como fines de la pena), reducen la violencia estatal y la violencia que desencadenaría el delito de no existir los controles que representa la formalización de la intervención penal estatal. Ahora bien, lo que Silva Sánchez no puede justificar con este planteamiento es, precisamente, la violencia estatal que supone siempre la pena. Por muy limitada que esté esa violencia, siempre

²⁷ - Así, Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, pág. 97. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal*, pág. 21. Editorial Reus. Madrid. España, 1976. Jescheck, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, vol. I, pág.95. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981. Cfr. *Las interesantes críticas a esta posición de Bustos Ramírez en Manual de Derecho penal*, 3ª edición, aumentada, corregida y puesta al día, pag. 25. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

²⁸ - Stratenwerth, *Parte General, Tomo I. El hecho punible*, pág. 13. Editorial Edersa. Madrid. España, 1982. Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, págs. 381 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1984, sobre los aspectos empíricos de los distintos fines de la pena.

²⁹ - Este es el déficit de la concepción de Hassemer.

³⁰ - Véase, Cuello Contreras, *El Derecho penal Español, curso de iniciación. Nociones introductorias*, págs. 69 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España 1993.

será violencia, una violencia insoportable si no fuera por la esperanza de su abolición. Frente a este *desideratum* es una argumentación poco sólida y desde luego nada progresista (por más que sus defensores tilden de eso mismo a otras teorías) entender que, en sociedades pluralistas, sólo se puede conseguir que se cumplan determinadas normas con amenazas penales, o que la eficacia de las penas no depende de su gravedad, sino de que se cumplan.

Con todos sus defectos, nos dice Cuello Contreras³¹ la de Hegel sí era una teoría de la pena, porque le asignaba una función positiva de cohesión social (que, además, se puede constatar empíricamente: por ejemplo mediante sondeos de opinión). No tiene nada de extraño, por ende, que las modernas teorías de la prevención general negativa hayan realizado una operación de "maquillaje", introduciendo elementos de esa índole a manera de nuevos límites de la pena, como ya lo hicieran con la idea de proporcionalidad kantiana y de resocialización hegeliana, e, incluso, con los valores ético-sociales de acción welzelianos. Lo que ocurre es que, como sucedía con la relación culpabilidad-prevención,³² el límite siempre tiende a convertirse en contenido, como lo evidencia, el auge de las llamadas teorías de la prevención general positiva, de las que el máximo exponente es Jakobs. Es razonable que, consensuados los bienes jurídicos a proteger con penas, surja una pretensión social a que las normas protectoras se impongan y que las cumplan todos los ciudadanos, sancionándose a quienes las vulneran (por una elemental razón de igualdad); de donde se deriva el principio caracterizador de estas teorías según el cual la imposición de la pena cuando corresponde, refuerza la vigencia del ordenamiento jurídico.³³

Mir Puig,³⁴ desde la idea de la prevención general negativa, intenta contraponer a un concepto de prevención general positiva que fundamentaría la pena (como el de Jakobs), que iría acompañado de un peligro de ampliación del Derecho penal con fines "edificantes", un concepto de prevención general positiva que limitaría la prevención general negativa frente a posibles abusos. No es cierto, sin embargo, que la prevención general positiva fundamentadora de la pena amplíe el Derecho penal más de lo que puede hacerlo la prevención general negativa.

Ahora bien, son autores como Luzón Peña y el propio Mir Puig, quienes se oponen a este criterio en nombre de la prevención general negativa, a una reducción del Derecho penal como la propiciada por Roxin, quien, pese a reconocerle

³¹. - Cfr. Cuello Contreras. *El Derecho penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias*, págs. 72-73 Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

³². - Así Hassemer. *Fundamentos del Derecho penal*, págs. 100 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984. Mir Puig. *Introducción al Derecho Penal*, págs. 86 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1975. Que obligó a pensar que si la culpabilidad debía ser ella misma contenido de la pena. Cerezo Mir, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, págs. 186 y ss Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1982.

³³. - Hassemer. *Fundamentos del Derecho penal*, págs. 320 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

³⁴. - Cfr. *Derecho penal. Parte General*, 3a. ed., corregida y puesta al día, págs. 51 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990.

a la pena una función de prevención general positiva, no ve inconveniente para atender a razones de estricta prevención especial en la fase de ejecución de la pena. Mir Puig y Luzón Peña, que acusan a la prevención general positiva de extender el Derecho penal, corrigen a Roxin al afirmar que también en la fase de ejecución, la prevención especial debe sacrificarse, si es necesario, a la prevención general.

Pérez Manzano,³⁵ por su parte, desde una posición conciliadora que parte del modelo de las teorías mixtas de la pena³⁶ que, según ella, son las únicas acordes con la carencia de datos empíricos suficientes y con los principios de la Constitución, entiende que: 1º Una teoría de la pena debe limitarse a lo estrictamente necesario para proteger bienes jurídicos; 2º La función de la pena no se resquebraja si en algún caso no se cumple (puntos, ambos, en los que parece que la teoría de la prevención general positiva naufraga); 3º requiere un elemento que matice prevención general y culpabilidad (prevención general dentro de lo merecido por la culpabilidad que debe estar al servicio de la protección de bienes jurídicos), prevención general y prevención especial (la prevención general no puede perseguirse a costa de los derechos del condenado, la prevención especial o evitación de la desocialización es meta complementaria de la pena, que sirve a la prevención general dentro de lo merecido por la culpabilidad); y 4º La teoría de la pena debe servir para profundizar en un Derecho penal más democrático (lo que se consigue, en el momento legislativo, definiendo el delito democráticamente, lo que fomenta la socialización, e introduciendo criterios de resocialización; intimidando con la pena y defendiendo el ordenamiento jurídico, que se guía por el criterio rector de la culpabilidad y da entrada a la prevención especial, en el momento judicial; en tanto que, finalmente, en el momento ejecutivo la pena justa sirve a la resocialización). Pérez Manzano llega a la conclusión de que la prevención general positiva puede aportar elementos útiles para estas dos últimas funciones esenciales de la teoría de la pena. Si se contrasta esta teoría (mixta) de la autora con los postulados de la prevención general positiva, cabe concluir:

1º Que si el Derecho penal debe limitarse a lo estrictamente necesario para proteger bienes jurídicos, la prevención general positiva no pretende ir más allá.

2º Que si es cierto que el Derecho penal no se resquebraja porque en algún caso no se cumpla, la prevención general positiva le asigna una importante función cuando sí se cumple (más rica que la del mero cumplimiento en el caso concreto).

3º Que si la prevención general positiva sirve de enlace y matización entre la prevención general, la culpabilidad y la prevención especial, es precisamente porque

³⁵. Citado por Cuello Contreras, en *El Derecho penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias*, págs. 74 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

³⁶. Se suele calificar de mixta a toda teoría que entiende necesaria más de un criterio para fundamentar la pena.

la prevención general positiva es una teoría hecha a la medida (o mejor: que sólo funciona en él) de un Derecho penal cada día más democrático. En efecto, definiendo democráticamente no sólo el delito sino también la pena, se crea un clima de cohesión o confianza en el Derecho penal protector de bienes jurídicos, siendo esa confianza la que permite más concesiones a la idea de resocialización ya en el momento legislativo, lo que, a su vez, se reproduce en el momento judicial (habrá mayor legitimación para sancionar la violación consciente de la norma o culpabilidad, mientras más democrática haya sido su institución) y abriendo la puerta a la prevención especial, que, en este momento, por razones de igualdad, no puede ser muy amplia, lo que sí ocurre en el momento ejecutivo, en que, garantizada la vigencia del ordenamiento jurídico, la cohesión social no disminuye, sino que aumenta, con el tratamiento individualizado.

Es falso, pues, que la prevención general positiva pretenda moralizar al individuo³⁷. Lo que sí propicia es la moralización de la sociedad, en términos liberadores. Legitimadas las normas penales que justifican su concreta aplicación posterior, y asegurada con ello la igualdad de todos frente al Derecho, esto es, asegurada la cohesión social, esa misma cohesión en torno a la norma, propicia un trato individualizado (que, por ejemplo, permita sustituir la pena por un tratamiento deshabitador del delincuente que sufre alguna farmacodependencia), aceptable para cualquier individuo razonador que sabe que todos los demás ciudadanos están de acuerdo en proceder así. Este enfoque es moral, porque sitúa la cuestión sobre la pena en la evolución de la sociedad y del individuo socializado, a cuya maduración postconvencional está unida la utopía de la desaparición del Derecho penal. Se trata de un modelo democrático, no autoritario como el de la prevención general negativa³⁸, que, garantizando la igualdad penal para todos los infractores, se permite diferenciar según los casos y los autores dentro de un amplio margen de discrecionalidad a precisar por los tribunales. Establecer tal modelo es competencia del legislador y responsabilidad política de la sociedad y no del juez ni mera abstracción derivada de algún principio penal.³⁹

c. Prevención general positiva (directa). La postura de Jakobs.

Hassemer abandona una prevención general intimidatoria (como la que planteó Feuerbach), tachada por ello mismo de "negativa" y "especial", y se inclina por una prevención general "positiva" y "amplia" (general), que sólo persiga la

³⁷ - Cfr. Mir Puig. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, págs. 86 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982. Muñoz Conde. *Control y Sistema Penal*, págs. 41 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1987. Baratta. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, págs. 83 y ss. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1986.

³⁸ - Así lo reconoce, Muñoz Conde: No hay mayor prevención general que la que se da, cuando la pena es efectivamente cumplida se demuestra que el legislador no bromeaba a la hora de conminar con pena un determinado comportamiento. *Control y sistema penal*, pág. 130. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1987.

³⁹ - Este es el único elemento que falta en el armazón de Roxin, en la misma medida en que el legislador democrático es libre para determinar el alcance de la protección penal de los bienes jurídicos, lo es para dar mayor o menor margen a la prevención especial. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, págs. 97 y ss., 126 y ss., 281 y ss. Editorial Reus, S.A. Madrid. España, 1981.

estabilización de la conciencia del Derecho, con lo cual se parte, con razón, de que el derecho penal no es sino un control social más, sólo que formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado; el Derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, esto es, pretende conectar con los demás controles sociales.

Jakobs adopta una postura semejante, pero desde una perspectiva funcionalista sistemática: "prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma" (que supone: ejercicio en la confianza de la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de las consecuencias, lo que implica un Derecho penal orientado hacia las consecuencias, pero internas".⁴⁰

En otros términos, no es lo mismo entender la prevención general como ejercicio del ciudadano en la fidelidad al Derecho, recordándole con la amenaza de la pena que debe respetar las normas de convivencia, que también es una forma de prevención general pese a su aparente paralelismo con la retribución justa (relación de causa efecto: puesto que no has sido fiel al Derecho resultas castigado);⁴¹ se denomina prevención general positiva directa: positiva porque espera de la pena que sirva para que el delincuente acepte el ordenamiento jurídico, y directa porque pone el acento en la motivación del delincuente.

Vale la pena insistir en que una de las versiones más modernas y mejor desarrolladas, también la más criticada en la actualidad, es la de Jakobs. El problema de la teoría de sistemas en que se inspira la concepción del Derecho penal de Jakobs no es que prescindiera de la teoría del bien jurídico -de hecho, el funcionalismo constituye un fascinante aparato conceptual con el que aprehender la realidad social actual⁴² sumamente útil para un Derecho penal a la altura de los tiempos. Tampoco es cierto, como se ha dicho, que Jakobs haya prescindido de una teoría de la culpabilidad a través de la cual pueda haber conexión con el individuo que infringe la norma (concepción del injusto personal welzeniana).⁴³ En su concepción, hay un "subsistema", la persona a la que se le imputa la infracción de la norma que se esperaba respetase. Lo que falta en el pensamiento de Jakobs es toda posibilidad de tener en cuenta esas otras funciones de la pena estatal que no contemplan sólo la capacidad del hombre de respetar las normas. A lo que se cierra la teoría sistemática

⁴⁰ - Cfr. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 31. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Jakobs, en la obra de Edgardo Alberto Donna, titulada Teoría del delito y de la pena, págs. 27 y ss. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1992.

⁴¹ - Acertadamente pone de relieve Bustos Ramírez, que tanto la idea de retribución como la de prevención general han de partir de la ficción de que el hombre fué libre al delinquir y por eso se le castiga. Pone también de relieve la relación entre prevención general positiva y culpabilidad. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs. 22, 27 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Zipf. Introducción a la Política Criminal, pág. 91. Edersa. Madrid. España, 1979.

⁴² - Así lo reconoce Muñoz Conde. Control social y sistema penal, pág. 122. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. España, 1987. Baratta. Criminología y Crítica del Derecho Penal, pág. 84. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1986.

⁴³ - Jakobs. Citado por Edgardo Alberto Donna en su obra Teoría del delito y de la pena, págs. 27 y ss. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1992. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, 1. El hecho punible, pág. 17, 26 y ss. Edersa. Madrid. España, 1976.

es a considerar aspectos ocultos que hacen disfuncional la pena funcional en otros aspectos, como que para la infracción de la norma por el autor concurrieron también circunstancias sociales o personales que dificultaron su cumplimiento y que el Derecho penal quiere tener en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad, o que repugna tener que compeler mediante penas el cumplimiento de normas que se desearía ver respetadas libremente, etc. En ese sentido, la prueba más evidente de que la teoría penal de Jakobs es ciega frente a todo aquello que vaya más allá de la persecución de funciones sociales estáticas, es su fundamentación de la reincidencia. Para Jakobs, la reincidencia, como forma cualificada de ataque contra la afirmación del ordenamiento jurídico, está justificada como agravante, algo consecuente con sus planteamientos. Empero, la reincidencia, desde una perspectiva de teoría crítica de la pena, es un fracaso del sistema jurídico y una llamada a reflexionar sobre las causas del delito, para quien que no se conforme con su mera realización.

Cuando se hablaba de una teoría personal del bien jurídico, lo que se pretendía era dotar al Derecho penal de un criterio con el que penetrar la estructura de las funciones sociales, para contemplarlas desde las necesidades del hombre y sus aspiraciones, en interacción con otros hombres, que, a la vez que se ponen de acuerdo sobre lo que quieren proteger mediante penas -funcionalmente si se quiere- conciben también el propio significado de la pena como instrumento de control del que se puede prescindir y sustituir por otro,⁴⁴ ya que, como los bienes jurídicos, los instrumentos de control tienen su origen en decisiones libres no objetivadas (en contra de Jakobs, y en contra también de las modernas teorías de la prevención general negativa, que prescinden de considerar la pena como una creación artificial: según uno y otras, basta que la pena sirva para inhibir el delito para que esté justificada) que permiten tener en cuenta lagunas en la persecución penal basadas en la necesidad de resocialización del infractor, conveniencia de codificar sectores de la realidad social o, simplemente, rechazo de la pena como instrumento de control. No se buscó nunca entender la teoría personal del bien jurídico como seguridad colectiva o prevención general positiva indirecta (indirecta porque pone el acento en la motivación de la sociedad). Lo que quiere decir que se pune porque con ello el ciudadano "normal", que no tiene la intención de delinquir, se siente más seguro porque determinados comportamientos antisociales no se van a producir, al menos, no en tan alta medida, debido a que están amenazados con penas.

d. Prevención general positiva (indirecta).

De la importancia de este último planteamiento prevencionista da cuenta la relevancia política de la pena. Precisamente la seguridad ciudadana y la Política criminal están cada vez más presentes en los programas electorales de los partidos, al tiempo que los debates de quiénes conforman las Cámaras legislativas de índole penal

⁴⁴ - Bustos Ramírez. Derecho Penal. Parte General. 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 34. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1989.

son muy seguidos por la opinión pública (aborto, terrorismo, delincuencia organizada, tráfico de drogas, etc.).

Esta fundamentación de la pena⁴⁵ representa, frente a las de la prevención general negativa y frente a la de Jakobs, lo más parecido a un cambio de paradigma: no se trata de comprobar si la pena motiva al posible infractor; ni de asegurar la fidelidad al ordenamiento jurídico. Aunque ambos, sin duda, son fines del Derecho penal. No se trata, en suma, de buscarle una utilidad a algo existente en la realidad (la pena ha existido en todas las culturas y lo que ha variado han sido los fundamentos más o menos humanos y civilizados que se han traducido en mayor benignidad y eficacia). Se trata, más bien, de desplazar la fundamentación de la pena desde la realidad social existente, en la que se entiende como algo imprescindible para la convivencia, para situarla dentro de la esfera de los individuos que la establecen y mantienen.⁴⁶ Ninguna sociedad tendría penas si no lo quisiera. Luego, el fundamento de la pena se basa exclusivamente en temores sociales, compartidos por quienes la establecen, y ninguna prueba empírica en contrario, de haberla, impediría su aplicación. Ahora bien, por esa misma razón, toda sociedad es libre de prescindir de la pena si las tensiones o bien desaparecen o bien se combaten de otra manera. Existen penas porque se cree que no cabe hacer otra cosa contra quienes realizan determinados actos, abusando de su libertad.⁴⁷ Para estos sujetos está pensada, en principio, la norma penal. Por ello es válido, en este momento, puntualizar lo siguiente:

1º Que en una sociedad bien integrada no tiene por qué producirse el delito. Precisamente las normas que se elevan a delito son las que no están todavía afianzadas en la sociedad. Por tanto, lo que el delito muestra es que algo falla en la sociedad, permitiendo dudar de que la pena sea el instrumento más idóneo para evitarla. Antes bien, parece que si la sociedad estuviese mejor integrada la pena jugaría un papel menos importante. En suma, en una sociedad integrada no habría crímenes, porque no serían rentables, justo lo contrario a lo que ocurre en la sociedad actual, en que el crimen si es rentable precisamente por la desintegración social que padecemos.

⁴⁵ - Precisamente ha reformulado Jakobs su teoría de la prevención general positiva en esta dirección, con énfasis (probablemente sorprendente dirección): en la prevención general positiva, la pena a diferencia de lo que sucede en la prevención general negativa, no se dirige a la generalidad como un arancel de futuros delincuentes potenciales que hayan de ser intimidados, sino más bien al ciudadano fiel al Derecho.

⁴⁶ - En esta línea Stratenwerth, opina que debe quedar claro que el intento de superar la pena, mediante otras formas de elaboración de los conflictos, sólo puede tener éxito en la medida en que sea posible reducir las emociones que dominan el Derecho penal. Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible, pág. 185. Edersa. Madrid. España, 1976.

⁴⁷ - Jescheck, Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. I, pág. 190. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981. La pregunta que Mir Puig dirige a Jakobs: si el Derecho penal solo pretende reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico, porque no basta el pronunciamiento de la condena, porque es necesario que la pena impuesta se cumpla, tiene una respuesta sencilla. Porque nuestros Derechos penales no son todavía lo suficientemente democráticos. A medida que nos vayamos acercando a ese punto bastará con el pronunciamiento de la culpabilidad. Lo que ocurre es que hoy, para muchos todavía es necesario el reforzamiento del castigo. De ahí el éxito de las teorías de la prevención general negativa; de ahí también lo insatisfactorias que resultan para las personas ilustradas. Introducción a las bases del Derecho Penal, págs. 57 y 86 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

2º Que la prueba de la evolución social, es que cada vez se aproxima más la generalidad de la ley a la individualidad del sujeto y del caso. Por ello cabe pensar en un nuevo modelo de Derecho penal capaz de asumir la vigencia de normas sin tener que renunciar a causas informales de tratamiento. En este modelo, la ley penal sería garantía última (la *magna charta* de Von Liszt)⁴⁸ de que en lo peor, el autor será castigado en los límites marcados por el legislador, en tanto que los tribunales de justicia incrementarían su discrecionalidad (controlada por lo fundado o no de sus argumentaciones) y propiciada por la propia voluntad del legislador, es decir, por los representantes del pueblo.⁴⁹

3º Que una teoría "ilustrada" de la pena, convertiría a la pena dialéctica actual, dialéctica positiva porque trata de superar en una unidad superior principios antitéticos, en una pena dialéctica negativa que suprima cuantos argumentos se dan (argumentos-poder) para justificarla más allá del "mínimo decreciente" que todavía mantenemos. De esta forma, al levantar el velo del "así se hizo siempre con quienes delinquieron libremente", se rompen unas cadenas del pensamiento, lo que puede llevar al descubrimiento de relaciones sociales más humanas allí donde antes sólo se reaccionaba con el castigo, relaciones sociales nuevas que no se pueden ni se deben programar a *priori*. Conforme a esto, por ejemplo, un conocimiento de lo que debe ser la resocialización sólo lo proporciona el tener en cuenta que lo que aparecía hasta ahora bajo su manto no fue sino dominio.

e. Limitaciones a todas las modalidades de la prevención general.⁵⁰

Cualquiera que sea la modalidad de prevención general que se siga, se caracterizará por la finalidad de prevenir el futuro delito, amenazando con penas y motivando, así, a posibles infractores, razón por la cual debe admitirse que la capacidad de amenaza del Estado no es ilimitada, entre otras, por las causas siguientes:

1º Porque el delincuente no puede ser utilizado sólo como medio para prevenir el delito (Kant).⁵¹

2º Porque amenazas penales draconianas llegan a perder todo efecto intimidante sobre posibles infractores, al tiempo que corrompen la vida social. La restauración de la pena de muerte no motivaría más que las penas ya existentes a los

⁴⁸ - Roxin. Problemas básicos de Derecho penal, sentido y límites de la pena estatal, págs. 37 y ss. Editorial Reus. Madrid. España, 1976.

⁴⁹ - Hassemer. Fundamentos de Derecho penal, pág. 363. Bosch Casa Editorial, S.A. Madrid. España, 1984.

⁵⁰ - Cfr. Cuello Contreras. El Derecho penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias, págs. 82 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

⁵¹ - Roxin, Problemas básicos del Derecho penal, sentido y límites de la pena estatal, pág. 21. Editorial Reus. Madrid. España, 1976. Casabo Ruiz. Comentarios al Código Penal, Tomo II, pág. 4. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1972.

autores de delitos a los que se aplicasen y, sin embargo, heriría gravemente la sensibilidad de los ciudadanos que la repudian (y que sin duda no se quedarían cruzados de brazos, movilizándose en su contra) y embrutecería aún más a quienes confían en su eficacia.⁵²

3º Porque la responsabilidad por el delito no es sólo del delincuente, sino también de la sociedad que, con sus injusticias, ha contribuido a las desigualdades que coadyuvan al delito (no es casual -se dice por algún sector doctrinal- que en las estadísticas de criminalidad las clases sociales más bajas están mucho más representadas que las clases medias y las altas), lo que haría injusto que todo el peso de la prevención de futuros delitos recayera sólo sobre el delincuente.⁵³

Por ello, merecen la anterior objeción, básicamente, los casos cuya punición o, lo que es más frecuente, su graduación, basada única y exclusivamente en la necesidad de prevención general a que ha tendido el legislador, a menudo bajo los términos de "alarma social".

F. Consideraciones críticas sobre la prevención especial.

El pensamiento de la prevención especial (hoy, mejor de la resocialización), es el planteamiento penal menos controvertido, porque se le supone amigo del propio delincuente, a quien trata de ayudar.

Bacigalupo parte de la prevención especial, formulando un nuevo contenido para el Derecho penal y el delito; para él con la pena se puede obtener la reintegración social del autor, lo que a su vez entonces justamente la legítima como medio de política social. Para su aplicación habrá que distinguir entre los autores según su forma de reacción frente a ella, con lo cual desaparece la distinción entre penas y medidas y entre imputables e inimputables. Pero se trataría de un sistema preventivo democráticamente orientado, por tanto tomando en cuenta los límites que ello impone en su desarrollo.⁵⁴

Continuando una tradición hispanoamericana (Dorado Montero, José Ingenieros, Jiménez de Asúa), patrocina una teoría de la prevención especial Bacigalupo, pues parte de la crítica al libre albedrío como base del Derecho penal actual. A esto se añade la negación de que las normas penales puedan fundamentarse en un consenso que evite el subjetivismo. Con ello niega, acertadamente, que la pena deba orientarse a la retribución. Y, puesto que la señalada retribución se contrapone al

⁵² - Roxin, Problemas básicos del Derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal, pág. 18. Editorial Reus. Madrid. España, 1976.

⁵³ - Gimberant Ordeig. Estudios de Derecho penal, pág. 150. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990. Stratenwerth, Derecho penal. Parte General, I. El hecho punible, pág. 20. Editorial Edersa. Madrid. España, 1976.

⁵⁴ - Cfr. Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. Parte General, págs. 16 y ss. Editorial Themis. Bogota. Colombia, 1989. Bustos Ramirez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs. 31 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

principio resocializador, niega que éste pueda realizarse satisfactoriamente en el sistema penal actual. En su lugar, propone reconstruir el sistema, sustituyendo el principio ético retributivo por un sistema de tratamiento. Bacigalupo quiere ver sustituidas las categorías dogmáticas actuales por otras dos: "el hecho socialmente dañoso" y "el autor personalmente asocial" necesitado de tratamiento. El planteamiento de este autor, importante en lo que tiene de llamada de atención sobre la necesidad de contemplar más de cerca al autor de la infracción como persona, suscita inmediatamente dos preguntas: ¿Es necesario y conveniente perseguir esas finalidades? ¿Se distancia mucho este planteamiento del actualmente seguido?

Comenzando por la segunda pregunta, podemos afirmar que el hecho antisocial consistirá en un ataque a bienes jurídicos. También Bacigalupo, parte de la necesidad de proteger bienes jurídicos.

Además, admite Bacigalupo que el conocimiento de la amenaza penal puede motivar a sus destinatarios, es decir, a aquellos para quienes el ordenamiento jurídico aparece como un criterio de su conducta, tal como pretende el Derecho penal actual a propósito de la culpabilidad, pues también parte de la base de que quien conoce el mandato jurídico puede motivarse a cumplirlo. Mayor importancia tiene la primera pregunta en razón de que el Derecho penal actual concibe los presupuestos de la responsabilidad como garantías frente al poder coactivo del Estado, aunque lo ordenado sea producto de la voluntad subjetiva de quien detenta el poder. Esas mismas garantías deberán acompañar a la intervención del Estado por "el hecho antisocial" de Bacigalupo. Por lo que respecta al tratamiento del autor del "hecho antisocial", caben dos alternativas: o bien que quien no necesita tratamiento no se vea sometido a algún control estatal, sea cual sea el hecho antisocial realizado, lo que no parece ser la opinión de Bacigalupo; o que también hay un "tratamiento" para quien no necesita tratamiento.

Sin embargo, existe el peligro de que se produzcan abusos. En su nombre, se llega a negar la capacidad de libertad y autonomía del individuo sistemáticamente, como ocurrió a finales del siglo pasado con el positivismo antropológico italiano (Lombroso) y su figura del **delincuente nato** condenado a un tratamiento de "enfermo mental" que puede ser más severo que el mismo cumplimiento de la pena. Para evitar tales abusos, se entiende hoy que también la prevención especial permite atender a las peculiaridades individuales del delincuente, pero con las limitaciones que el principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito (prevención general) imponen cuando se trata de delincuentes no necesitados de resocialización.⁵⁵

⁵⁵ - Cfr. Roxin. Problemas básicos del Derecho penal, sentido y límites del Derecho penal estatal, pág. 21. Editorial Reus. Madrid. España, 1976. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, pág. 103. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1981. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible, pág. 14. Edersa. Madrid. España, 1982. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 33. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989. Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Introducción, pág. 28. Editorial Tecnos. Madrid. España, 1976. Casabo Ruiz. Comentarios al Código Penal, Tomo II, págs. 7 y ss. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona. España, 1972

La idea de libertad en Derecho penal cierra el paso a toda consideración de las teorías de la prevención especial como posible fundamento de la pena. Estas teorías entendidas como corrección del delincuente tenido por mejorable, intimidación de los todavía intimidables e inocuización de los incorregibles, presentan todas las características de una teoría relativa de la pena, la más relativa de las teorías de la prevención, en el sentido de que, si se entiende que una teoría de la pena es relativa cuando sólo persigue que se evite el delito, la prevención especial sólo alcanza al autor que ya lo ha cometido. Una teoría que exclusivamente persiguiera la prevención especial sólo haría ocuparse al Derecho penal de quienes ya han cometido un delito. Evidentemente puede fundamentar, así, la pena, en el sentido de que quien, por ejemplo, es privado de libertad por el anterior delito, no cometerá uno nuevo, al menos durante el tiempo que esté privado de libertad; pero al precio de confundirse con la prevención general, de la que únicamente se diferenciaría en que mientras la prevención general espera eso de la pena frente a todos, la prevención especial lo hace frente a quien ha ya delinquido y ha sido condenado. Lo que en realidad ocurre es que todas las teorías de la pena, en la actualidad, aspiran a más. En cambio, entendida la prevención especial o resocialización como necesidad de configurar el Derecho penal en orden a evitar la desocialización del condenado a través de las secuelas de la pena (orientada primariamente a otra finalidad), es imprescindible en un Derecho penal humanitario y respetuoso de los derechos del condenado; por eso la reconocen las Constituciones y los Códigos penales de los países civilizados. Es más, para quienes argumentan desde la óptica de la prevención general, la pena proporcional a la gravedad del delito es justa por que satisface la necesidad de proteger bienes jurídicos y es la única que puede disuadir del delito a quienes tengan capacidad de motivarse por la norma penal. Ahora bien, si nos limitáramos a esa consideración puramente utilitarista, la prevención especial, cuando se oriente a quienes no pueden motivarse, no conocería límites. En realidad, la idea de "resocialización", justamente entendida, como reconciliación, debe estar presente siempre que se ha cometido un delito e impuesto una pena; tal como lo comprendió Hegel, siempre hay necesidad de asegurar la finalidad de restablecimiento de la paz social que pretenden el Derecho penal y la condena. Si en lugar de hablar de "resocialización", se hablara de "evitar la desocialización" del condenado, se comprendería mejor por qué no se puede prescindir de esta consideración sobre la pena. La resocialización no es, lógicamente, un fin de la pena, sino una obligación del Estado frente al condenado, siempre y cuando éste la acepte.⁵⁶

G. Límites de la resocialización.

Nunca estará justificada una pena excesivamente larga, desproporcionada a la gravedad del delito, por el simple hecho de que su autor sea alguien necesitado de

⁵⁶ - Cfr. Cuello Contreras. *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introdutorias*, págs. 87 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

resocialización. Los positivistas italianos llegaron a proponer la sentencia indeterminada, que permitiría mantener encerrado al condenado indefinidamente, hasta obtener su total reinserción; lo que es una aberración jurídica, situación abiertamente contraria a los derechos humanos. Con las anteriores limitaciones, el principio resocializador es perfectamente viable en el Derecho penal moderno, y un ideal hacia el cual tender en el ámbito penitenciario, como exige la propia Constitución en su artículo 18, con las debidas limitaciones señaladas a la aceptación o no del reo. Empero, en caso de haber anuencia de éste, teniendo como presupuesto la organización del sistema penal, por parte de gobiernos de la Federación y de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

En resumen, la reflexión sobre las teorías de la pena (fines de la pena) pone de relieve que su esencia no se puede reducir a un único punto de vista; o, dicho de otra forma, el fundamento de la pena entraña una realidad compleja (dialéctica).

H. Teoría de la pena de Roxin.

Mención especial merece la construcción de la pena llevada a cabo por Roxin, denominada dialéctica o de la unión, semejante a la elaborada por Schmidhäuser calificada como de la determinación.

El Derecho penal para Roxin actuaría junto con la pena en diferentes momentos: conminación penal en que aparece en primer plano la prevención general, entendida en forma amplia; imposición y medición de la pena, que sería el momento de realización de la justicia, en el fondo se trata del planteamiento retributivo-preventivo general a semejanza de Merkel o Jakobs, y, por último, ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. Es entonces un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial. Ahora bien, y esto no escapa a Roxin, en el momento de la síntesis, uno debe ser el predominante; para él es el de la prevención especial. Establece que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos, en paz y libertad. De todos modos, evidentemente, este criterio podría caer en la arbitrariedad que él mismo ha criticado, eso sería impedido por el condicionamiento que le imponen los otros momentos y sobre todo porque "la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente" (función limitadora del principio de culpabilidad).

Se puede desglosar la concepción de Roxin de la manera siguiente:

a. En la primera fase, encomendada al legislador, la protección de los bienes jurídicos y de prestaciones públicas imprescindibles exige enfatizar los elementos preventivo-generales, pues la conminación típica es anterior al delito y no podría, por tanto, ser base de la retribución ni de la prevención especial del delincuente.

b. El segundo momento, el de la medición e imposición judicial de la pena, está presidido por el principio de proporcionalidad, puesto que el juez no puede sobrepasar en la determinación de la pena, la culpabilidad del autor. De lo contrario éste se vería reducida a la condición de instrumento de los demás.

c. La última fase en la vida de la pena, la de su ejecución, sirve a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, bajo el punto de vista de la prevención especial. Ello supone que la pena dictada por el juez, por exigencias de prevención general y dentro del límite de la culpabilidad, deberá ejecutarse de forma que tienda a la resocialización del delincuente.⁵⁷

I. Los fines de la pena y la regulación legal.

Lo que se diga respecto de la pena, habrá también de tenerse en cuenta en lo que establecen los textos legales que la regulan, en nuestro caso el Código Penal,⁵⁸ y además, lo que proporcione una reflexión filosófica y sociológica acerca de lo que debe ser la pena y lo que es en la realidad empírica.

Lo que resulta evidente es que la pena es una realidad ineludible actualmente en todos los países. Se discutirán los límites de la pena (como se discuten los límites del delito), pero la existencia de la pena no se discute por nadie desde los tiempos del positivismo antropológico, que quería sustituir al Derecho penal por un Derecho de medidas de seguridad. Ahora bien, aceptar la realidad de la pena, no significa admitirla como un hecho indiscutible para siempre. Que la pena exista hoy no significa que pueda existir siempre. Por ello es bueno pensar en un futuro (hoy utópico) donde no haya necesidad de castigar para asegurar la convivencia.⁵⁹

De lo anterior se deriva que, si la pena existe, es porque resulta hoy ineludible en evitación de males mayores; y en este punto cobra su mayor significado el argumento de la prevención general positiva indirecta. La pena existe porque para muchos la presencia del Derecho penal es garantía de seguridad de los bienes

⁵⁷ - Cfr. Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, págs. 115 y ss. Editorial Reus, S.A. Madrid. España, 1981. Borja Maxpelli, Caffarena y Juan Terradillos Basoso. Las consecuencias jurídicas del delito, pág. 33. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, pág. 33. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.

⁵⁸ - Cabe hacer la distinción entre justificar la pena (en la necesidad) y fundamentarla (en los fines que se persiguen con ella).

⁵⁹ - Stratenwerth. Derecho penal. El hecho punible, pág. 20. Madrid. España, 1976. Hassemer. Fundamentos del Derecho penal, págs. 128 y ss. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984. Muñoz Conde. Control y sistema penal, pág. 127. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1987.

jurídicos. Aunque deba admitirse, también, lo difícil que sería comprobar empíricamente de que depende qué una sociedad se sienta segura o no y en qué medida la existencia del Derecho penal contribuye a ello.⁶⁰

Y una vez aceptado que el primer fundamento de la pena lo es su necesidad social (protección de bienes jurídicos), la pena debe ser justa, lo que hoy asociamos con el principio de culpabilidad: la pena debe estar basada en la culpabilidad del delincuente, y su medida ha de ajustarse a la gravedad de los hechos. El artículo 13 del Código penal en su párrafo penúltimo dispone que "los autores y partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad". A su vez, el 52 del mismo ordenamiento determina que "el juez fijará las penas... que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...". La culpabilidad implica capacidad de responsabilidad por los propios actos o libertad; la pena tiene una connotación (no disimulable) negativa, que se asocia incluso semánticamente con la aplicación de un mal a quien la sufra por su culpabilidad⁶¹. Esto no quiere decir que el fundamento de la pena sea uno retributivo, pero sí que la prevención general del delito, para que la pena sea justa y eficaz, exige que se tenga en cuenta la culpabilidad del autor y la gravedad de los hechos.

La pena se justifica por su utilidad, esto es, por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales; pero sólo dentro de ciertos límites, en los que se expresa la idea de justicia distributiva de un Estado democrático social de Derecho. Incluso autores que, como Gimbernat Ordeig y Luzón Peña, fundamentan la pena únicamente en la prevención general del delito, no pueden ocultar bajo el manto de la necesidad de punir por razones de prevención general, lo que para los restantes autores es pena justa, culpabilidad como límite de la prevención, etc.

Por otra parte, si se tiene en cuenta la función estabilizadora del Derecho frente a otros instrumentos de reacción social más instintivos e irracionales, se puede adivinar una función positiva de la idea de pena justa: la posibilidad de saldar la deuda social contraída por el infractor y de necesaria aceptación por la sociedad, que no puede ir más allá de la pena aplicada por el Estado.

Alcanzada con la pena ajustada a la culpabilidad, la deseada paz social tras el delito, se permite acometer sus consecuencias de una forma racional, realista y humanitaria (recuérdese el principio de humanidad) que da mucho espacio para realizar el ideal resocializador de la prevención especial. El cumplimiento de la condena puede y debe orientarse a la comprensión de las circunstancias que llevaron al sujeto activo a delinquir, para abarcar mejor su trayectoria vital, y a intentarse

⁶⁰ - Cfr. Cuello Contreras. El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introdutorias, págs. 90 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

⁶¹ - Así Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho penal, pág. 9. Bosch Casa Editorial, Barcelona. España, 1982.

mejor su readaptación a la vida social tras el cumplimiento de la condena, eventualmente sustituida por alguna medida de corrección o mejora.

J. Los artículos 51 y 52 del Código Penal, determinan lo siguiente:

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

"Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y, VII Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

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

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

de salir de él, esto es, la diligencia o cuidados demandables y, por último, la exigibilidad de haber ajustado su conducta a las demandas de la norma.

b. El fin preventivo. Debe estimarse señaladamente el favorecer la reinserción social del reo, es decir, no perjudicar su situación social más de lo estrictamente necesario, empero, sin descuidar la protección de la sociedad.

c. La prevención general. Implica neutralizar el efecto del delito como ejemplo negativo para la comunidad, fortaleciendo el sentimiento de justicia del mundo que rodea al sentenciado.

d. El desvalor del acto. Ha de establecerse si se está ante un delito doloso o culposo.

e. El desvalor del resultado. Impone determinar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y la importancia social de éste, como fundamental o prioritario para el mantenimiento de la paz social.

f. Las particularidades personales que rodearon al hecho. Obliga a evaluar factores como la edad, la educación, la ilustración, la conducta precedente del sujeto, los vínculos de parentesco, amistad o enemistad, o los nacidos de otras relaciones sociales, sus antecedentes penales, o en falta de ellos, las condiciones sociales y económicas, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, su comportamiento posterior al hecho.

g. La calidad del ofendido.

h. El aumento de la clase de delitos que cometió y su necesaria represión para su disminución.

i. Los razonamientos o motivación para la fijación de la pena.

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

k. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado. Por ejemplo, si se ejecutó de día, de noche, en lugar cerrado, vía pública, pasaje solitario, domicilio u oficina del ofendido o del sujeto activo; modo de ejecutarla en atención al medio y ocasión, aprovechando la situación de la víctima, la alarma social o catástrofe, por inundación, incendio, terremoto, etc.

En atención a lo antes señalado, es criticable que al inicio del transcrito artículo 52 del Código Penal se aluda a que "el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada

delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente ..."; y decimos que es criticable porque jurídicamente es insostenible atender a similares parámetros para imponer una pena y una medida de seguridad, esto es, la **ratio** de ambas consecuencias por la comisión de un injusto penal es absoluta y rotundamente diversa. La pena mira a la culpabilidad (reprochabilidad y grado del reproche) y la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del autor del injusto, que debe tener por base precisamente éste, y no simplemente un comportamiento típico que bien pudiera ser lícito.

Por lo tanto, la pena se fundamenta hoy en una necesidad social que no permite prescindir de ella, dentro de los límites de lo merecido por la culpabilidad del autor manifestada en el delito, y en orden a la mejor readaptación social posible de quien delinquiró y fue condenado, cuya dignidad y autonomía no deben ser conculcadas en ningún momento por el Estado.⁶¹

Culpabilidad y prevención son los dos pilares en los que puede situarse una discusión sobre el significado de la pena estatal (ambas son necesarias). Allí donde se pierde uno u otro punto de referencia, desaparece toda posibilidad de justificarla. Ello, sin embargo, no quiere decir que la culpabilidad exija retribuir el delito, y la prevención autorice, sin más, a evitarlo. La prevención tiene que basarse en la corresponsabilidad social por el delito y en la promoción social que evite sus causas. En ese contexto, la culpabilidad no aparece como base de una teoría de la pena, sino como determinación de lo que debe respetar el Derecho penal cuando ha decidido intervenir en la protección de bienes jurídicos: la pregunta por el cuándo y por el cuánto de la reprochabilidad penal, apela a razones de prevención general - necesidad de proteger los bienes jurídicos-; determinado hasta el momento la responsabilidad penal del sujeto activo del delito, debe basarse en la culpabilidad por el hecho. La contraposición entre teorías monistas y teorías dualistas no es muy afortunada, pues las segundas no pretendieron nunca ser la suma de dos teorías monistas sino encontrar un fundamento único (unitario) que satisfaga necesidades de culpabilidad y prevención. Un ejemplo claro de teoría de estas características es la de Jakobs, para quien la finalidad que se incluye en la culpabilidad y la culpabilidad en que ha penetrado la finalidad, fundamenta la pena. Sin embargo, la culpabilidad determinada finalmente, puede todavía limitar precisamente lo necesario para alcanzar aquellas finalidades que no se incluyen en la culpabilidad. La culpabilidad como derivado de la prevención general, limita la pena necesaria a la prevención especial y, repitase sólo como momento vinculado a finalidad proporcionada a la culpabilidad una medida, y es capaz de limitar. Aquí, los fines que se persiguen son los de prevención concretada entre la cantidad de atribución estrictamente necesaria para el mantenimiento del orden jurídico, que a su vez limita a la prevención especial o resocialización; siempre considerando que la culpabilidad (en el sentido de

⁶¹ - Muñoz Conde, Control Social y Sistema Penal, Pág. 117 Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona.España. 1987.

fundamentación de la pena de la responsabilidad individual derivada de la premisa de la libertad) y la prevención, no pueden entenderse como fines en sí mismos limitados entre sí. En este sentido, tampoco la teoría unitaria-dialéctica de Roxin es una teoría dualista, sino monista, en cuanto que no admite la pretensión absoluta de los postulados de prevención general, prevención especial y culpabilidad. Cuestión distinta es la de si la limitación interna que Roxin atribuye a cada uno de los postulados en los diversos escalones de la aplicación de la justicia (la prevención general en el momento legislativo, la culpabilidad en el de dictar sentencia y la prevención especial a la hora de ejecutar la pena) no tiene presentes también los restantes postulados. La propia idea de prevención se limita a sí misma, como lo prueba que penas excesivas resulten a la postre ineficaces, además de contrarias a los derechos humanos. La mayor prevención del delito es el favorecimiento del principio de igualdad de oportunidades sociales. Lo mismo ocurre con la culpabilidad, cuando ha merecido tal nombre, sirvió para limitar una prevención general mal entendida. En suma, el que la culpabilidad y la prevención fundamenten hoy la pena estatal no debe entenderse en el sentido de que ambas se presenten con una pretensión de universalidad absoluta, limitada por la pretensión de universalidad absoluta de la otra. Ambos principios tienen su propia limitación interna, de forma que al ensamblarse - como tal fundamento de la pena- ninguno debe sacrificar nada al otro. Por tanto, si por teoría mixta se entiende que un principio limite al otro en su pretensión de afirmarse por sí mismo, no estamos ante una teoría mixta de la pena, pues la culpabilidad y prevención encuentran los límites que se autoimponen ya antes de ensamblarse en una unidad jurídico-penal. Es más, prevención general, culpabilidad y prevención especial o resocialización, tal como se entienden hoy, no sólo no se limitan en su afán de afirmarse, sino que, más bien, su presencia simultánea en el Derecho penal es la única forma de comprender y asumir el hecho de la punición de manera minimamente soportable.

En cuanto que la culpabilidad no fundamenta ya la pena, entendida retributivamente, nada se opone a la idea defendida por Roxin,⁶³ para el que la pena establecida legalmente es límite máximo que no se puede sobrepasar, **límite mínimo**; por lo que se puede dejar de imponer la pena si su aplicación no es necesaria por razones de prevención general (defensa del ordenamiento jurídico) o de prevención especial (resocialización del delincuente).

Así pues, nada se opone a que el legislador introduzca cada vez más elementos que supongan un tratamiento individualizador de la pena que sirva a una auténtica resocialización, porque la pena -al igual que los bienes jurídicos a proteger penalmente- está al servicio del individuo (no al revés) y porque la defensa de la sociedad con que a veces se han justificado las instituciones penales, no es necesaria

⁶³ - Ver Roxin, Culpabilidad y Prevención en Derecho penal, pág 107, y en numerosos pasajes de esta obra. Editorial Reus, S.A. Madrid, España, 1981.

cuando es esa misma sociedad la que a través de un proceso de individualización, acude a otros cauces más racionales de solución de sus conflictos.

K. Caracteres de la pena.⁶⁴

Los caracteres de la pena provienen del pensamiento penal de la ilustración. Así, se dice que es:

a. Personal.

La pena es personal. Se trata de una exigencia del principio de culpabilidad, puesto que éste implica la subordinación de la consideración objetiva del daño a la subjetiva del autor. Por ello, sólo se impone al autor culpable. Nunca puede extenderse ésta, como ha conocido la evolución del Derecho penal, a sus parientes próximos e incluso, a sus sirvientes.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos admite el principio señalado en el párrafo primero del artículo 22, al señalar que "quedan prohibidas las penas ... penas inusitadas y **trascendentales**"

Se ha superado, pues, el carácter aberrante de la pena, originariamente ligado a la consideración del delito como violación del tabú teológico. Este paso, posible sólo cuando la persona asume el papel central que a su dignidad corresponde, se da inicialmente, en forma restringida, por la cultura griega, y la Revolución Francesa lo llevaría, en lo jurídico, a sus últimas consecuencias.

Relacionado con este principio se encuentra el grave problema de las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en terceras personas. El ejemplo más claro estaría constituido por la situación de desamparo en que quedan las personas dependientes del condenado a una pena larga privativa de libertad o a una fuerte sanción pecuniaria.

Estaríamos en presencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena. Es deber imperioso de toda legislación el procurar que en todo caso estos negativos efectos se vean recortados al máximo.

El principio **societas delinquere non potest**, veta la posibilidad de penalizar los comportamientos atribuibles a personas jurídicas. En su lugar el Código Penal Federal en el artículo 11 prevé que "cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que

⁶⁴ - Cfr. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. Las consecuencias jurídicas del delito, pág. 35 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990.

para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o que beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

b. Necesaria y suficiente.

Si sólo la prevención es función racional de la pena, carece de justificación tanto las innecesarias como las insuficientes.

La pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil. Requisito primero de la justificación de la pena será, pues, su necesidad. La pena nunca es necesaria respecto al hecho pasado, y tampoco lo es frente a quien no es peligroso, pero puede ser necesaria para crear inhibiciones en los demás (prevención general). A responder a la tensión creada entre estos dos objetivos tienden instituciones que, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y los sustitutivos de la pena privativa de libertad, respectivamente, previstos en los artículos 90 y 70 del Código Penal Federal, permiten dar respuesta individualizada a los requerimientos de la prevención general cuando la especial no es necesaria o cuando, incluso, puede lograrse mejor con la inaplicación de la pena, como se constata del contenido del numeral 55 del citado ordenamiento que reglamente una excusa absolutoria genérica.

Pero la pena no sólo ha de ser necesaria. Se requiere que sea suficiente. Más allá de lo preciso, la pena sería una auténtica extralimitación, pero menos, también. Tiene que aparecer en las diferentes fases por las que atraviesa (conminación legal, imposición jurisdiccional, ejecución), como idónea para los fines que se pretendan.

La tantas veces preconizada "orientación a las consecuencias" del sistema penal, exige que todos los que de alguna forma tienen que ver con el Derecho Penal, tengan presentes los datos suministrados por la Criminología y la Penología. La pena no intimidante, por escasa no puede cumplir con su función preventiva, como desea el Estado a través del legislador, según la reglamentación de los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Si la infracción administrativa eventualmente acarrea sanciones más gravosas que la propia pena, en el caso de una conducta que alcanza la categoría de delito, difícilmente se pueden afirmar la suficiencia y la necesidad de la pena.

c. Pronta e ineludible.

Que la pena sea pronta e ineludible es una exigencia de su finalidad, fundamentalmente de prevención general. Ya Beccaria había advertido que lo más

intimidante no es la gravedad, sino la certeza. Y Robespierre, en su discurso "Sobre los Principios de la moral política" afirmaba taxativamente que "la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimula a todos los culpables".

La administración de justicia ineficaz consigue, con su lentitud, que el poder intimidante de la pena desaparezca. La conciencia social perturbada por el delito quedará insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de éste desaparece con el paso del tiempo. Una máxima imperante en el Estado mexicano es la que establece el artículo 17, párrafo segundo, constitucional cuando establece: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera **pronta, completa e imparcial**. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Poco importa, empero, que las penas sean inmediatas, e incluso desorbitantes, si existen dudas sobre su aplicación, si el delincuente cuenta con razonables posibilidades de eludirla.

La eficacia preventiva depende así de la eficacia policial y judicial. Y no de la extensión ilimitada de la represión mediante tipos de sospecha, tendente a eliminar problemas probatorios, con lo que, si se facilita el castigo del culpable, se corre el riesgo de castigar al inocente.

La ineludibilidad de la pena choca frontalmente con el ejercicio arbitrario que pudiera hacerse de la amnistía y del indulto.

El artículo 92 del Código Penal Federal reglamenta la amnistía al disponer: "La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito". A su vez el numeral 94 del citado ordenamiento legal preceptúa que "el indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable".

d. Proporciónada.

La pena ha de ser proporcionada al delito. De otro modo no se puede prevenir, ya que castigar más lo leve que lo grave es, como ha observado Gimbernat, una invitación a realizarlo.

e. Individualizada.

La rígida proporcionalidad viene recogida por la individualización. El Código Penal, como toda ley, responde al principio de generalidad y al de igualdad.

El legislador tipifica hechos, no puede ni debe tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos, sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización.

Esta consiste en un proceso tendente a tomar la pena abstracta y mediante sucesivas concreciones, adaptarla a las necesidades preventivas suscitadas por el caso en cuestión.

L. La pena de muerte.

La pena de muerte, se sitúa en nuestro sistema jurídico en un punto intermedio, manteniéndola constitucionalmente sólo para determinados casos. El artículo 22, párrafo tercero, de nuestra Carta Magna establece: "... queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar". Empero, las leyes reglamentarias de los Estados de la República, esto es, los Códigos Penales, así como el de carácter Federal y Local para el Distrito Federal, no contemplan la pena de muerte. El Código de Justicia Militar si prevé la pena capital como consecuencia jurídica por la comisión de un injusto penal de esa índole. Sin embargo la evolución cultural hace mantener viva la esperanza a los científicos en Derecho penal de abolirla definitivamente.

La pena capital, aplicada con largueza, recuérdense las más de diez mil condenas capitales de que se jactaba Carpzovio, y con rigor (paradigmática es al respecto la ejecución de Damiens en 1757) durante el **Ancien Régime**, comenzó a ser puesta en tela de juicio dentro del gran marco teórico de reforma de la justicia penal que brindó el Iluminismo.⁶⁵

Las críticas fueron, inicialmente, dirigida más a los excesos en su imposición y sanción, que a la admisibilidad misma de una reacción punitiva del Estado, cuya eficacia intimidante (prevención general) e inocuizadora (prevención especial) nadie negaba. En particular se criticaba el terror penal derivado de unas formas de ejecución que no sólo perseguían la privación de la vida, sino también aumentar el "dolor" del condenado ya que, en un contexto de normalidad de las penas corporales, la capital no se concebía sino como la culminación de éstas. La aparición de la guillotina en Francia y del garrote en España fueron la alternativa "técnica" en que se plasmó el cambio hacia unas formas de ejecución que acabaran definitivamente con el tormento.

⁶⁵ - Cfr. Mapelli Caffarena, Borja y Torradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, págs. 35 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990. Barbero Santos, Marino. *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, págs. 17 y ss. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1985. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. de., págs. 15 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

A pesar de sus limitaciones, la crítica doctrinal sirvió para poner las bases de una polémica que habría de llegar hasta nuestros días: La que enfrenta a abolicionistas y retencionistas. La progresiva implantación de las tesis de aquellos permite identificar la evolución del debate doctrinal sobre la pena de muerte con la historia de una abolición.

No obstante, los nuevos tiempos no dejan demasiado lugar al optimismo, y el último decenio del siglo XX se anuncia con caracteres de profundo retroceso. Es cierto que entre los Estados europeos el mantenimiento de la pena de muerte es excepcional, y lo es también que según los datos ofrecidos por Barbero Santos en 1989, de los más de 160 países del mundo, 53 han abolido la pena de muerte, 18 en el Derecho común y militar de paz y 35 totalmente. Pero no es menos cierto que los desaparecidos en Argentina, las fosas comunes en el Chile de Pinochet o los cementerios subterráneos de la Rumania de Ceaucescu, fueron en la década de los ochenta la siniestra forma en que la razón de Estado "justificó" miles de ejecuciones sin ley ni proceso. Y el inicio de los noventa apunta a una institucionalización de la pena de muerte en sentido estricto. Los Estados Unidos de Norteamérica como país más poderoso del Occidente desempolva sus viejas leyes penales y no sólo llena de ejecuciones su amplia red de penitenciarías, sino que exporta ideología retencionista - como no podía ser menos dado su papel hegemónico en lo político y lo económico-. Simultáneamente el integrismo religioso islámico vuelve al rigor coránico y a una generosa aplicación ejemplarizante de la pena de muerte. El terrorismo y el tráfico de narcóticos, proporcionan, finalmente, el pretexto para un progresivo fortalecimiento del arsenal punitivo del Estado, que utiliza los perniciosos efectos de aquellos como instrumentos de autolegitimación y de marginación del "enemigo". En ese contexto queda abonado el campo para la última pena.

La polémica doctrinal entre partidarios y de tractores de la pena de muerte han medido históricamente sus respectivos argumentos en una batalla dialéctica en la que, con más frecuencia de la deseable, ha aflorado la irracionalidad.

Desde luego no parece muy convincente el argumento histórico a veces utilizado como aval de la pena de muerte. Ciertamente ha existido siempre, pero no lo es menos que, como recuerda Barbero Santos, colectivos, cuantitativamente ingentes -la China del Libro de las cinco penas, la Alemania de los francos hasta el año 900 d. C, etc.- la han rechazado, dato éste que bastaría, por sí solo, para quitar valor a los alegatos que pretenden refrendar la pena capital partiendo de su aceptación histórica. Pero bastaría una mirada a la Historia para suscribir las pretensiones abolicionistas: Las 16,000 ejecuciones ordenadas por el emperador Claudio, la Pragmática de Felipe V de 23 de febrero de 1734 que impone pena de muerte a los hurtos realizados en la Corte o dentro de su rastro y distrito, el tormento de Damiens, o las ejecuciones del nacional-socialismo alemán, no pueden ser un edificante espejo sobre el que edificar alternativa político-criminal ninguna.

La pena de muerte no es pena se afirma en la actualidad. Zaffaroni establece que "para el actual horizonte de proyección del Derecho Penal, la pena de muerte queda fuera del concepto de pena. Hemos visto que en el Derecho penal contemporáneo la pena tiene una función preventiva especial particular, que incluso se la reconocen los partidarios de la teoría de la prevención general, puesto que no niegan que la ejecución de la pena cumpla ese cometido. Pues bien, la llamada <pena de muerte> no cumple ninguna función de esa índole, sino, simplemente, la función de suprimir definitivamente e irreversiblemente a un hombre". Y agrega, que "no se trata de una pena, sino de un simple impedimento físico, similar al que puede consistir en amputar una mano al carterista o colocar una pared que impida el avance de peatones y vehículos. Su tratamiento ya no corresponde al Derecho penal, restando por ver sólo si es admisible para el resto del orden jurídico".⁶⁶

La posibilidad de error judicial de efectos irreversibles es otro de los argumentos frente a una pena que, por estar reservada a delitos especialmente graves, puede ser decidida por jueces y jurados en condiciones anímicas lejanas al necesario distanciamiento. Que ese distanciamiento no está siempre presente lo prueban casos clamorosos: la ejecución de los anarquistas Sacco y Vanzetti (1927), a los que se condenó en Estados Unidos de Norteamérica por un delito de sangre no cometido; la de Hauptmann, en el mismo país (1936), como convicto de un secuestro y homicidio - el del hijo del legendario aviador Lindberg- que en 1981 se probó que no pudo realizar, son sólo dos significativos ejemplos. Mas próximo en el tiempo (1989), el caso de "los cuatro de Guildford", en que los tribunales británicos condenaron a reclusión perpetua, como terroristas, a varios ciudadanos irlandeses, sin más prueba que su confesión, es otra palmaria prueba de que el riesgo de error judicial es real.

Desde la óptica de la teoría de los fines de la pena, el antiabolicionismo tampoco puede aportar argumentos convincentes. La retribución no justifica pena alguna, y menos en este caso. Desechada la "ley del talión", prefieren los retribucionistas argumentar con la idea de proporcionalidad. Pero no puede afirmarse que sólo la gravedad de la pena de muerte sea la adecuada a la de ciertos crímenes. La sensibilidad actual, según observa Mir Puig,⁶⁷ considera suficientemente graves las penas carcelarias de larga duración.

Tampoco puede hablarse de la pena capital como necesaria para el restablecimiento del orden jurídico. Al respecto pueden resultar esclarecedoras las ponderadas meditaciones de Azaña, cuando recuerda "que en sus tiempos se hablaba

⁶⁶ - Cfr. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 705. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994. Por su parte Jescheck apunta que "procede insistir incondicionalmente en el rechazo de la pena de muerte dentro de un Derecho penal basado en los principios de humanidad y razón, pues no existe ningún motivo racional para su restablecimiento, pero sí argumentos absolutamente convincentes en su contra". Tratado de Derecho penal. Parte General, pág. 689. Traducción de la 4a. ed., por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España, 1993.

⁶⁷ - Derecho Penal. Parte General, 3a. Ed., corregida y puesta al día, págs. 51 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990.

del orden jurídico perturbado. A su merced del orden jurídico, cuando se perturbaba, han de propinarle unos calmantes atroces. El sacrificio del reo cobraba una significación universal. Nosotros decimos que el cangrejo es un crustáceo, pero él no lo sabe: tal es la ciencia. El criminal, dándose al palo, restauraba (también sin saberlo) la armonía del Derecho: tal es la metafísica".

Desde una perspectiva preventivo-general, se ha pretendido justificar la pena de muerte por su supuesta ejemplaridad o por su eficacia intimidante.

Respecto al primer punto, el legislador, con la excepción creciente de los países islámicos, ha renunciado a la ejemplaridad de la ejecución pública -en España, desde la ley pulido de 1900-, compartiendo quizá las dudas de Camus: "¿Cómo puede ser ejemplar el asesinato furtivo que se comete de noche en el patio de una cárcel?".

En cuanto a la eficacia intimidante, cabe pensar que los delitos más graves -homicidio, parricidio, terrorismo de motivación política, narcotráfico- se cometen en situaciones anímicas en las que la posibilidad de una condena a pena de muerte no entra en los cálculos del autor.

Esta afirmación se corrobora de acuerdo con las investigaciones de Sellin en Estado Unidos de Norte América, de Leaute en Francia e Italia, de Growuers, a la cabeza de la **Royal Comission** en el Reino Unido. Todas ellas han establecido comparaciones entre el número de delitos graves cometidos en ámbitos cronológicos o espaciales en los que se ejecutaba la pena de muerte con otros en los que o estaba abolida o no se aplicaba. En todas ellas se concluye la irrelevancia, a efectos intimidantes de ésta.

Pero lo que sí parece claro es que la pena capital es un instrumento eficaz de medio de prevención especial, porque el ejecutado, obviamente, no puede volver a delinquir. Este argumento ha sido esgrimido por antiabolucionistas de las más diversas épocas e ideologías, desde Séneca a nuestros días, pasando por el positivista Garófalo o por legión de pensadores cristianos (Santo Tomás, Alfonso de Castro, etc.). Todos parecen aceptar que para conservar sano al todo hay que eliminar la parte definitivamente podrida. Sin embargo, parece obvio que existen otros medios de inocuización y, sobre todo, que no se puede negar la reinserción de nadie. La baja tasa de reincidencia en los delitos contra la vida, así lo prueba. Y en los delitos de terroristas, la eficacia de las campañas de reinserción pone de relieve o endeble de los argumentos que propugnan el regreso a la pena de muerte para los sujetos pretendidamente "irrecuperables".

De forma resumida Landrove Díaz y Barbero Santos,⁶⁸ puntualizan los argumentos de abolicionistas y antrabolucionistas:

a. Conclusiones de los abolicionistas:

1ª. La vida es un bien sagrado sobre el que no es lícito disponer al hombre. La justicia humana al imponer la pena capital se atribuye decisiones reservadas a la omnipotencia divina.

2ª. La aplicación de la pena de muerte impide toda enmienda del condenado. Su recuperación social -uno de los fines de la pena- es imposible mediante una sanción que determina su eliminación.

3ª. Es una pena anacrónica, contraria al actual patrimonio cultural.

Esta pena carece de la eficacia intimidativa que tradicionalmente se le atribuye. Recientes estadísticas ponen de relieve que en los países en que ha desaparecido no aumentan los delitos anteriormente castigados con ella. Tampoco disminuyen estos graves delitos en los países que aún conservan en su arsenal punitivo.

4ª. Aquella falta de eficacia intimidativa se manifiesta especialmente, con relación a determinados grupos de delincuentes. Los criminales profesionales no se sienten intimidados por la pena de muerte, que aceptan como un simple "riesgo profesional". Por otro lado, la delincuencia política o anarquista tampoco se deja intimidar por la vigencia de esta pena. Más aún, muchos de ellos buscan la condena a muerte como suprema inmolación por la patria o para convertirse en héroes de la ideología que defienden. Se alude, en definitiva, a un negativo "efecto glorificador".

5ª. Los errores judiciales son absolutamente irreparables cuando han determinado la ejecución de la pena capital. El respeto de las sanciones -incluso las más graves y aflictivas- son susceptibles, al menos en parte, de reparación. Este argumento abolicionista, uno de los más defendidos, es perfectamente válido incluso cuando se trata de naciones con eficaces servicios de investigación policiaca y jueces de competencia y honestidad reconocida.

6ª. La ejecución pública -aún vigente en algunos países- produce un efecto desmoralizador en toda la sociedad y en algunos sujetos despierta un morboso atractivo por los delitos que con ella se sancionan.

⁶⁸ - Véase, respectivamente, *Las consecuencias jurídicas del delito*, págs. 17 y ss. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1984, y *Pena de muerte (El caso de un mito)*, págs. 17 y ss. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina.

7ª. La pena de muerte determina la existencia del verdugo, es decir, de un ser humano profesionalmente dedicado a privar de la vida a sus semejantes. La ejecución de la pena lleva consigo -se afirma- la creación de un ser que inspira horror y desprecio, de una criatura siniestra que históricamente ha vivido estigmatizada.

b. Fundamentos de los antiabolicionistas:

1º En primer lugar, la existencia inmemorial de la pena de muerte en las legislaciones de todos los países y la baratura de tan expeditivo procedimiento.

2º La tesis abolicionista de la inhumanidad de la pena de muerte se rechaza con la afirmación de que, en los tiempos actuales, suena a paradoja a que se regatee la vida del asesino o del parricida cuando la humanidad padece hecatombes bélicas y represiones revolucionarias o contrarrevolucionarias que sacrifican a millones de inocentes. La abolición de la pena capital -se afirma- responde a un momento cultural aún no alcanzado.

3º. La pena de muerte es imprescindible para la defensa de la sociedad. Es la única verdaderamente temida por los delincuentes. Su eficacia intimidativa es muy elevada.

4º. Mediante esta pena puede alcanzarse una selección artificial absolutamente necesaria en la sociedad. Con ella se eliminan los seres antisociales que han demostrado su inadaptación a la comunidad. Las penas privativas de libertad -incluso la perpetua- ofrece siempre el riesgo de evasión de aquéllos delincuentes.

5º. Todos los errores judiciales son irreparables, y no sólo aquellos que determinan la aplicación de la pena capital; a quien murió en presidio o pasó en él los mejores años de su vida difícilmente puede serle reparado el sufrimiento causado por el error de los jueces. Es evidente que esta pena ha de reservarse para los casos de absoluta certeza, y con el arbitrio de recursos aseguradores, como ocurre con todas las modernas legislaciones.

6º. La pena capital es insustituible, porque la que tradicionalmente se ha usado para reemplazarla, la prisión perpetua, resulta más aflictiva incluso que la propia muerte.

7º. Desde un punto de vista retributivo-material, sólo la pena de muerte es la que corresponde al homicidio, no la de privación de la libertad. Determinados delitos causan tal horror en la sociedad que se hacen acreedores de aquella sanción.

8º. Justifica esta pena el temor de que el delincuente sumamente peligroso se vea algún día en libertad y constituya otra vez una grave amenaza para la seguridad que trata de garantizar el orden jurídico.

Jescheck⁶⁹ establece "que en el Derecho internacional hay indicios de una evolución hacia la abolición de la pena capital. El artículo 2 I 2 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos de 1950 partió aún, sin más, de la ilimitada admisibilidad de la pena de muerte. Por el contrario, el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966 sólo se refirió en el artículo 6 II a los delitos más graves y señaló en su párrafo sexto que del artículo 6 no cabía inferir argumento alguno contra la abolición de la pena capital. La limitación de la pena de muerte a los delitos de mayor gravedad se encuentra asimismo en el artículo 4 del Convenio americano de Derechos humanos de 1969. El primer Tratado internacional que ha dado el paso decisivo para la abolición de la pena de muerte es el Protocolo número 6 al Convenio europeo de Derechos humanos del año 1983 (artículo 2), que, ciertamente, no ha sido firmado por Turquía, el único Estado del Consejo de Europa que conserva en la práctica la repetida pena. Bélgica, Irlanda y Grecia, que tienen aún la pena capital, pero no la ejecutan, se encuentran entre los Estados firmantes. La República Federal ratificó el Protocolo número 6 el año 1988. El proyecto de un acuerdo similar al Protocolo número 6 fue presentado por la República Federal de Alemania, conjuntamente con otros países, en las Naciones Unidas, el año 1980, bajo la forma de un protocolo adicional al Pacto internacional de Derechos civiles y políticos. Sin embargo, el proyecto no tiene actualmente ninguna posibilidad de ser aceptado, dadas las relaciones para la constitución de mayoría en la Asamblea General. El Convenio europeo de extradición de 1959 declara en su artículo 11 que el Estado requerido puede denegar la extradición si la acción se encuentra castigada con pena capital en el Estado requiriente, salvo que éste dé garantías de que la pena no será ejecutada. La cuestión de si las garantías son suficientes debe examinarse, según el artículo 8 de la Ley de auxilio jurídico internacional en materia penal, por el Tribunal Superior (Oberlandesgericht) en el Juicio de admisibilidad".

"La toma de posición de los Congresos científicos internacionales, no es unitaria. El Coloquio internacional en recuerdo de la abolición de la pena capital en Portugal el año 1867, celebrado en Coimbra el año 1967, concluyó con el claro voto a favor de que "la pena de muerte sea abolida universal y definitivamente para todos los delitos". Lo mismo cabe decir de la Conferencia de Amnesty International de 1972, en Estocolmo (Declaración de Estocolmo de 11 de diciembre de 1977). También el Congreso internacional de Bolonia sobre la pena capital, en 1982, la repudió inequívocamente y pidió que se informara mejor al público sobre su inutilidad. Por el contrario, el proyecto de resolución favorable a la abolición de la pena de muerte, presentado el año 1980 en Caracas por la República Federal de Alemania, Ecuador, Austria y Suecia, durante el 50. Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, tuvo que ser retirado porque hubiera sido rechazado por la gran mayoría de las representaciones estatales presentes. El 70.

⁶⁹ .- Tratado de Derecho Penal. Parte General, págs. 690 a 692. Traducción de la 4a. ed., por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España, 1993.

Congreso de las Naciones Unidas del año 1985 en Milán despachó, ciertamente, algunas Resoluciones contra "**Extra-legal arbitrary and summary executions**" y a favor de "**Safeguards guaranteeing the rights of those facing the death penalty**", ratificadas también por la Asamblea General de Naciones Unidas, pero no volvió a ocuparse del problema de la abolición de la pena de muerte como tal. En el Congreso sobre la pena capital del **Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali**, celebrado el año 1987 en Siracusa, la oposición de los Estados africanos y asiáticos, y en especial de los países musulmanes, cristalizó en un bloque muy firme contra la abolición de la pena de muerte".

En el mundo, el grupo de los países que han abolido la pena capital constituye una pequeña minoría. Integran aquel la casi totalidad de los Estados europeos occidentales. Canadá, algunos Estados de los Estados Unidos, Australia y algunos países de América Latina, mientras que los Estados Unidos con su Derecho federal y la mayoría de sus Estados miembros, la casi totalidad de los Estados africanos y asiáticos, así como casi todos los Estados socialistas, mantienen la pena de muerte. El año 1986 fueron ejecutadas 743 personas en todo el mundo. En Europa Occidental, Liechtenstein, donde no había habido ninguna ejecución desde el siglo XVIII, abolió formalmente la pena capital en 1987, haciéndolo en América Central Haití y siguiendo el ejemplo Filipinas, en Asia, con su Constitución. Determinados países, como Australia, la República Federal de Alemania, Austria, Francia, Finlandia, Islandia, los Países Bajos, Noruega, Portugal, Filipinas y Suecia han renunciado a la pena de muerte incluso en tiempos de guerra y en el Derecho penal militar. Resulta especialmente significativa la evolución en Suiza, Gran Bretaña, Francia, España y los Estados Unidos. El Código Penal suizo de 1937, que tras largos debates renunció a la pena de muerte, fue por eso aceptado en referéndum con la fuerte oposición de los partidarios de dicha pena. En Gran Bretaña, después de dramáticas discusiones parlamentarias, la pena de muerte fue abolida en 1965 por un período de prueba de cinco años. La abolición definitiva se produjo en 1969. La pena capital se conserva, sin embargo, para la alta traición (en caso de guerra) y para la piratería. El año 1979 hubo en el Parlamento un intento de restaurarla, pero fracasó claramente. Un intento similar terminó con igual resultado en Canadá el año 1987. En Francia, el Gobierno socialista del Presidente Mitterrand abolió la pena capital el año 1981, sin que se hubiese llegado en el Parlamento a los duros enfrentamientos que se esperaban. También España, que siempre tuvo y ejecutó la pena capital, se pasó en 1978, con la nueva Constitución (artículo 15), al bando de los adversarios, después de que todavía en los últimos años de la Dictadura se hubiesen ejecutado varias condenas a muerte. En los Estados Unidos, la **Supreme Court** proclamó por primera vez en 1972 la incompatibilidad de la pena capital con la prohibición de penas crueles y extraordinarias recogida en la Constitución norteamericana. A partir de entonces, los Estados miembros desarrollaron criterios particulares y también un procedimiento propio para el pronunciamiento sobre la pena de muerte. Bajo tales condiciones, la **Supreme Court** la admite hoy como constitucional. Sin embargo, el problema no

queda resuelto así, puesto que más de mil reclusos esperan en las celdas de los condenados a muerte a que se decida sobre su ejecución. Un esperanzador rayo de luz fue la abolición de la pena capital el año 1987 en la República Democrática Alemana, como primer Estado socialista (Resolución del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana de 17 de julio de 1987, GBI. DDR 1987, 192. La Cámara del Pueblo dispuso el 18 de diciembre de 1987 las oportunas modificaciones del Código Penal y de la Ordenanza Procesal Penal).

2. Las medidas de seguridad.

A. Consideraciones generales respecto a las medidas de seguridad.

La pena fijada en función de la culpabilidad por el hecho no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho penal, pues muchas veces su duración no es suficiente para garantizar el éxito preventivo, o es necesario también un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no puede realizarse durante el tiempo de cumplimiento de la condena. Tampoco puede imponerse una pena a los inimputables. La pena debe, por consiguiente, ser completada con medidas, que sólo tienen la finalidad de combatir con vistas al futuro la peligrosidad del delincuente, que se refleja en el delito o en sus antecedentes, a través de intervenciones pedagógicas, terapéuticas o inocuizadoras. Con la **doble vía** se impide que la pena se grave con misiones preventivas que sólo podría cumplir con abandono del principio de culpabilidad; al mismo tiempo, se ofrece la posibilidad de realizar el tratamiento preventivo del delincuente peligroso con medios médicos o socioterapéuticos de los que no se dispone normalmente durante el período de cumplimiento de la pena, ya que este período se tiene que adaptar a los casos más frecuentes. Por otra parte, la regulación real de los presupuestos, de la realización y de la terminación de las medidas puede llevarse a cabo de un modo más concreto y más adecuado al Estado del Derecho que si se quisiera resolver todo el problema con una pena desvinculada de la culpabilidad.⁷⁰

Esta fácil solución de superar la antinomia entre retribución y prevención con la acumulación de pena y medida, procede del Anteproyecto del Código Penal suizo realizado por Carl Stooss (1893) y se ha convertido en el modelo de una parte importante de la legislación penal europea y sudamericana.

Debido a que la medida se orienta hacia el futuro, su aplicación depende en un todo del pronóstico correcto sobre la conducta futura que cabe esperar del autor de un injusto penal. El Juez debe valorar el diagnóstico de prevención presupuestado para la medida a considerar en el caso respectivo y obtener claridad acerca del pronóstico presupuestado; junto a ello en la utilización de medidas las

⁷⁰ - escheck, Tratado de Derecho penal. Parte General. Vol. I, págs. 113 y ss. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

preguntas relativas a la propiedad y necesidad juegan un papel decisivo. En general, la imposición de medidas de seguridad está limitada por el principio de la proporcionalidad (artículo 69 del Código Penal Federal). Las medidas de seguridad representan el precio que debe pagarse con el fin de mantener el apego a la proporcionalidad de la pena y la culpabilidad, sin desmedro de la eficacia del Derecho penal; por tanto, pena y medida deben ser consideradas como una unidad (principio de la *dobbe via*) de efectos recíprocamente relacionados y armonizados, la que se debe hacer evidente en la ejecución de la pena por medio de una determinación muy flexible de la sucesión en la ejecución y de una amplia imputación recíproca.

B. Límites de las medidas de seguridad.

La medida de seguridad y corrección es la segunda consecuencia jurídica por la comisión de un injusto penal. Su significado actual es inseparable del injusto y de la pena. Si el primero representa el ataque más grave contra la convivencia social, y la pena su consecuencia primordial cuando su autor fue una persona plenamente responsable, la medida trata básicamente de evitar el hecho previsto por la ley de quien carece de capacidad de culpabilidad y no puede ser hecho responsable, en todo o en parte, mediante la pena. Otras veces, la medida se relaciona con la culpabilidad del autor, por ejemplo la que determina el cierre del lugar donde se practica habitualmente la prostitución, la retirada temporal del permiso de conducir o la disolución de la persona jurídica colectiva bajo cuyo nombre o representación sus apoderados cometen algún delito, sino con la prevención del delito,⁷¹ aunque la proporcionalidad de la medida a la gravedad del injusto (por ejemplo en cuanto a duración) a la gravedad del hecho permite hablar de medida proporcional en términos similares con que se habla de pena justa.

Si la pena permite restringir derechos del condenado porque éste lesionó culpablemente el bien jurídico protegido por la ley que es, también, la que determina la pena aplicable en proporción a la gravedad del delito, se comprende fácilmente que sería injusto que al inimputable que ha llevado a cabo el mismo ataque se le impusiera una restricción de derechos superior a la que recae sobre quien, además de lesionar el bien jurídico, lo hizo libremente. Esta argumentación ha servido para que, paulatinamente, las medidas de seguridad se hayan ido dotando de las mismas garantías que acompañan a la pena, hasta el punto de que cada vez resulta más difícil distinguir una pena de una medida de seguridad, y que la pena se haya ido orientando poco a poco a la prevención (alejándose del puro retribucionismo) y la medida de seguridad a las garantías ideadas inicialmente para la pena.⁷²

⁷¹ - Hassemer. Fundamentos del Derecho penal, pág. 165. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España 1984. Bustos Ramírez. Manual de Derecho penal. Parte General, Pág. 6. Ediciones Ariel S.A. Barcelona. España 1989. Mir Puig. Derecho penal. Parte General. Pág. 10. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España 1990.

⁷² - Muñoz Conde, en adiciones al tratado de Jescheck. Vol. I, págs. 123 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1981.

Ni siquiera la idea de peligrosidad (de que se cometa en el futuro un nuevo delito), que para muchos sigue siendo todavía nota distintiva de la medida, se constituye en rasgo radicalmente diferenciador. Aunque la pena también quiere prevenir el futuro delito, se impone sin embargo por el ya cometido, en tanto que la medida no puede imponerse por algo que pertenece al pasado y no es imputable (el injusto) por quien carece de capacidad de culpabilidad, sino por la peligrosidad inminente de que su autor vuelva a cometerlo (quizá por su propia inimputabilidad: por ejemplo un enfermo mental agresivo).

Tampoco es nota distintiva la peligrosidad porque, aunque la medida no se imponga en atención a la culpabilidad, la <peligrosidad> que se considera a efectos de la medida es la misma que se considera a los efectos de la pena: la que cabe extraer del anterior delito cometido y no la que puede tener su origen en una suerte de añadido asociado a la personalidad anormal del autor o a sus circunstancias sociales. También la pena manifiesta aquella peligrosidad (por eso se impone para prevenir el delito) aunque, además, incorpore la nota de la culpabilidad. En suma: Lo que caracteriza a la medida frente a la pena es un "deficit", en cuanto que en la medida está ausente la culpabilidad, pero en todo lo demás que la medida no añade nada que no esté contenido ya en la pena.⁷³

Aunque ha habido medidas a lo largo de la historia de la Humanidad (recuérdense los Hospitales y Casas de trabajo para mendigos y locos en la Edad Media), obtienen su significado actual a fines del siglo XIX, cuando la influencia del positivismo antropológico italiano puso en peligro el principio de culpabilidad jurídico-penal y colocó a la ciencia penal ante el dilema de convertir el Derecho penal en un Derecho de medidas o mantener a ultranza el "libre albedrío", en el sentido "metafísico" que le atribuía la Escuela Clásica. La solución fue una de compromiso, según la cual se mantiene el principio de culpabilidad y la pena, pero se añade una segunda vía (sistema binario) de control social.

C. Concepto.

Las medidas de seguridad y corrección deben estar en el Código Penal; deben presuponer la previa comisión de un delito.

El Código Penal no contiene un concepto de lo que debe entenderse por medidas de seguridad; incluso su aplicación como consecuencia jurídica por el injusto cometido, no está bastante prevista, sino que de manera general, sin diferenciarlas de las penas, se prevén en el artículo 24, al establecer que "las penas y medidas de seguridad son: 1.-Prisión; 2.-Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad; 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de

⁷³ - Cfr. Cuello Contreras. El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introdutorias, págs. 102 y ss. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993.

inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; 4.- Confinamiento; 5.- Prohibición de ir a lugar determinado; 6.- Sanción pecuniaria (que de acuerdo a el artículo 29 del mismo ordenamiento comprende, multa y la reparación del daño); 7.- Derogada; 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; 9.- Amonestación; 10.- Apercibimiento; 11.- Caución de no ofender; 12.- Suspensión o privación de derechos; 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos; 14.- Vigilancia de la autoridad; 15.- Suspensión o disolución de las sociedades; 16.- Medidas tutelares para menores y; 17.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento del ilícito". Toca por tanto al intérprete la labor clasificadora de diferenciación.

D. Fundamento y fines de la medida.

Cerezo Mir⁷⁴ ha llamado la atención sobre el contenido ético de la medida, al que se contrapondría una consideración puramente utilitarista. El contenido ético-social de la medida de seguridad no es otro que el de su referencia al principio de culpabilidad pues, como dice Welzel, si falta la capacidad de culpabilidad no se podrá participar sin restricciones en la vida comunitaria, y estará justificada una restricción de la libertad exterior de quien carece de libertad interior. De aquí cabe colegir fácilmente que no basta con garantizar mediante penas los comportamientos delictivos de personas con capacidad de culpabilidad y, mediante medidas, los de los no culpables, para prevenir el delito; que, más bien, las únicas medidas que interesan en Derecho penal son aquellas que resulten aplicables a quienes, de haber tenido plena capacidad de culpabilidad, habrían sido sometidos a la imposición de una pena. Es cierto que predomina aquí la idea de protección de bienes jurídicos sobre la de culpabilidad; pero se salva el significado ético del Derecho penal desde el momento en que no se atiende tanto (o sólo) al peligro de comisión de futuros delitos como a la gravedad del delito cometido, aunque su autor sea un inimputable. Por tanto, el límite de la prevención del delito futuro reside en la gravedad del delito cometido y no en la prognosis acerca de futuros delitos del infractor. Se parte, así, del presupuesto libero-arbitrista y no del determinista.

Este argumento es el que subyace en la tendencia que se aprecia a nivel legislativo en pos de la elección del sistema vicarial. Los sistemas monista (al Derecho penal sólo pertenece como consecuencia jurídica la pena, con exclusión de cualquier tipo de medidas seguridad) y el sistema dualista (las medidas de seguridad, puesto que sólo atienden a la peligrosidad, son acumulables a las penas), se encuentran en franca decadencia. El sistema vicarial (penas y medidas de seguridad sirven al mismo fin y, por tanto, el cumplimiento de la medida absorbe al del eventual cumplimiento de la pena) se encuentra en franco auge.⁷⁵

⁷⁴ - Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal español. Parte General, pág. 37. Editorial Tecnos. Madrid. España, 1976.

⁷⁵ - Mir Puig. Introducción a las Bases del Derecho penal, págs. 70, 80 y 91. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1982, quien justifica el sistema vicarial, señalando que cabría renunciar a la pena cuando la medida comportase de hecho una privación

Legislativamente el artículo 69 del Código Penal Federal reglamenta el principio de proporcionalidad de las medidas, al determinar que "En ningún caso la medida de tratamiento impuesto por el juez penal, excedera de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables".

Ahora bien, los numerales 67 y 68 del Código Penal Federal, aluden a las medidas de seguridad que es factible imponer a los inimputables, cuando respectivamente, establecen que "En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido".

"Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso".

E. La medida como límite de la prevención en Derecho penal.

Con este planteamiento sobre las medidas se demuestra, también, otra manifestación de la forma en que el Derecho penal actual opera como límite de la prevención del delito (el primero lo era el del bien jurídico protegido), al impedir extraer del Derecho penal determinados comportamientos -por ejemplo los de los

de derechos suficiente a las exigencias de prevención general, pues la medida podría asumir de hecho la función que a la pena corresponde: la protección de bienes jurídicos.

autores sin capacidad de culpabilidad-, cuyo tratamiento no tenga que someterse a las garantías del Derecho penal, pues dichas garantías no alcanzan sólo al autor encontrado plenamente culpable, al que se somete a la imposición de una pena, y al semimputable, subordinado a una medida de corrección encaminada a conseguir que delincuentes con capacidad de culpabilidad disminuida o insuficiente en el momento del hecho lleguen a alcanzar los presupuestos exigidos por el juicio de plena culpabilidad, sino que la garantía de proporcionalidad a la gravedad del comportamiento realizado -desvalor -ético-social de acción basado en el ataque al bien jurídico protegido- debe ser aplicada a cualquier medida de seguridad o mejora impuesta por el delito.

F. Medidas de seguridad en particular.⁷⁶

Existen diversas medidas que, aunque conservan cierto carácter represivo, no suponen una privación completa de la libertad. Las medidas de seguridad o de defensa social se diferencian de la primeras por su aspecto preventivo; su finalidad principal es proteger la sociedad contra la reincidencia y no la retribución o expiación de la falta cometida. Finalmente, las medidas de tratamiento, médico o educativo, se destinan especialmente a casos en que o bien la delincuencia resulta de un estado patológico del sujeto o bien éste necesita una atención particular, y pueden ir desde la simple desintoxicación hasta la medida extrema de la castración, aplicable en ciertas circunstancias de delincuencia sexual peligrosa.

a. Medidas restrictivas de libertad.

La diferencia fundamental entre estas medidas y la pena de prisión consiste en que no suponen una privación completa de la libertad sino ciertas restricciones a esta última, conservando pese a todo un evidente carácter punitivo que permite distinguirlas de las medidas de seguridad.

Pertencen a este grupo la semilibertad, los arrestos de fin de semana, el trabajo obligatorio en libertad y la prestación de servicios en provecho de la comunidad.

1º. La semilibertad. Considerada como un régimen de transición entre la prisión y la vida libre; es una medida cuyo uso se ha difundido últimamente en numerosos países. Sus resultados favorables han incitado al legislador a experimentarla como medio sustitutivo del encarcelamiento ordinario, especialmente cuando se trata de cortas penas de prisión, ya que dicho sistema presenta ventajas indudables y ciertamente menos inconvenientes que la cárcel.

⁷⁶ - Cfr. Rico, José María. *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 3a., págs. 96 y ss. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. de Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990.

El beneficio de la semilibertad puede asumir diversas modalidades. En México el Código Penal Federal la reglamenta como sustitutivo a la prisión en el artículo 70 fracción I, y en el numeral 27 del indicado ordenamiento legal, establece, respectivamente, las diversas modalidades, al preceptuarse, en el primer dispositivo, que "la pena de prisión podrá ser sustituida, a juicio del juez, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por ... semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años". Y el numeral 27 determina, que "la semilibertad implica alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida".

2º. Los arrestos del fin de semana. Los arrestos de fin de semana fueron establecidos por la ley alemana sobre los tribunales de menores de 1953 bajo el nombre de **Jugendarrest** o **Freizaitarrest**. Un sistema análogo fue creado en Inglaterra por la **Criminal Justice Act** de 1948, que introdujo en este país los **Attendance Centres** destinados a los menores de 17 a 21 años.

Esta medida existe actualmente en numerosos países: Francia, Bélgica, Suiza, Turquía, Canadá, Estados Unidos, etc. En México sería conveniente reflexionar respecto a la conveniencia de su regulación.

Las ventajas del sistema son tan evidentes que parecen superfluo enumerarlas. Sin embargo, se han formulado objeciones que merecen ser expuestas. Se alega que los destinatarios de esta medida deberán quedarse en sus celdas sin desarrollar trabajo productivo alguno, puesto que las actividades de la prisión se encuentran reducidas al mínimo durante el fin de semana. Que puede haber contactos contraproducentes con los condenados a largas penas y el consiguiente peligro de la contaminación moral de los sometidos a esta medida restrictiva de libertad. Sin embargo, dichas dificultades pueden soslayarse gracias a simples modificaciones del sistema administrativo. Que los arrestos de fin de semana, se alega, gracias a las mejoras y reformas llevadas a cabo últimamente en los establecimientos y servicios penitenciarios, una quincena de reposos semanales acompañados de partidos de fútbol o de pinpón, de proyecciones de películas o de sesiones de televisión. Finalmente, se ha reprochado a este sistema el no dejar subsistir ninguna esperanza de acción reeducativa. Nada impide sin embargo que se organicen programas de reeducación o tratamientos destinados a los condenados al arresto de fin de semana; una quincena de sesiones de terapia de grupo puede tener efectos favorables considerables sobre la personalidad del delincuente, máxime si se tiene en cuenta que dicha medida se aplica a los que no sufren de desadaptación social aguda. Por otra parte, su carácter voluntario (dicho sistema no se impone obligatoriamente) supone ya ciertas

repercusiones educativas puesto que el beneficiario promete respetar las estipulaciones del plan de ejecución así como a las demás condiciones impuestas.

3º. El trabajo obligatorio en libertad. Esta medida tiene igualmente la ventaja de evitar al condenado los inconvenientes de la prisión, permitiéndole la continuidad de su vida familiar y social y constituyendo, en algunos casos, una fuente de ingresos. Consiste en obligar al condenado a trabajar duramente el tiempo de su condena en el puesto que ocupaba antes o en otro fijado por las autoridades, confiscando éstas una parte de su salario.

Vistas sus indiscutibles ventajas económicas, el Código Penal de la entonces Unión Soviética introdujo esta medida. Su ejemplo fue seguido por la mayor parte de las entonces Repúblicas Socialistas como Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, etc..

En México, tanto las legislaciones locales de las entidades de la República como el Código Penal Federal, reglamentan el trabajo en favor de la comunidad, admitiéndolo como sustitutivo a la pena de prisión. Así tenemos que en este último ordenamiento se prevé en la fracción I del artículo 70 y se explica en el artículo 27 de la siguiente manera: "Artículo 70. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto por los artículos 51 y 52 en los siguientes términos: I. Por trabajo en favor de la comunidad...". A su vez, el artículo 27, determina: "El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora".

La prestación de un servicio en provecho de la colectividad presenta las siguientes ventajas: a) Evita los gastos que ocasionaría la creación y el mantenimiento de nuevos establecimientos penitenciarios; b) Da a la comunidad la oportunidad de revisar su actitud con respecto a los delincuentes; c) Disminuye el aislamiento del infractor, favoreciendo su trabajo fuera del sistema penal y permitiéndole que se acostumbre a vida social; d) Ofrece al servicio de prueba la posibilidad de desempeñar un papel cada vez más importante.

Sin embargo, la aplicación de esta medida puede enfrentarse a numerosas dificultades. En primer lugar, su aceptación por el público; no todos los países poseen servicios u organismos de voluntarios a los que se podrían incorporar proyectos destinados a ayudar a los delincuentes. En segundo lugar, es sumamente importante que se puedan encontrar trabajos o servicios adecuados. En particular, conviene evitar dos escollos íntimamente relacionados: dar la impresión de que los delincuentes

que trabajan para la comunidad constituyen una mano de obra barata y, por consiguiente, una amenaza para las posibilidades de empleo de los demás trabajadores. Existe finalmente el problema de la compatibilidad entre la realización de un servicio en beneficio de la colectividad y las diversas disposiciones o convenios internacionales que prohíben los trabajos forzados; este inconveniente puede soslayarse obteniendo previamente el consentimiento del condenado.

b. Medidas pecuniarias.

Se trata de medidas que no afectan ni a la libertad ni a la constitución físico-psíquica del delincuente, sino a su patrimonio.

La multa, la confiscación general y la indemnización a la víctima pertenecen a esta categoría de sanciones.

1º. La multa. La multa, sanción universalmente conocida y aplicada tanto como pena principal que como accesoria, consiste en la obligación de pagar al fisco cierta cantidad de dinero determinada en la sentencia.

Para el Código Penal Federal (artículo 29) "La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en que cesó la consumación.

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

Cada jornada de trabajo saldrá un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.

Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión”.

Sus ventajas respecto a la pena privativa de libertad pueden resumirse así: no turba ni el estatuto social ni la actividad económica del sujeto, no constituye un atentado a su salud o a su moralidad, presenta un carácter aflictivo cierto al que es difícil acostumbrarse, es sumamente flexible y adaptable a la situación económica del condenado, representa una fuente considerable de ingresos para el Estado y es reparable en caso de error judicial.

Teniendo en cuenta las ventajas enumeradas, la multa parece a primera vista la solución ideal para remplazar a la pena privativa de libertad, especialmente en los casos de condenas de corta duración. Sin embargo, los resultados obtenidos hasta ahora en la mayoría de los países no confirman este aserto. Las principales dificultades proceden de su evidente desigualdad y de la insolvencia frecuente de gran parte de los condenados a esta sanción, así como de su carácter impersonal y poco o nada educativo.

Ahora bien, el primer obstáculo puede soslayarse fijando la multa proporcionalmente a las posibilidades económicas del sujeto; aceptando el sistema llamado de los "días-multa", fundado en la idea de que las penas pecuniarias deben ser proporcionales a los ingresos y gastos diarios de los condenados, lo que evitará las desigualdades de trato.

En cuanto al segundo obstáculo, a saber, la insolvencia frecuente de los delincuentes condenados a la multa, podría obviarse organizando la percepción de ésta según nuevas bases. Entre las soluciones propuestas pueden citarse la concesión de plazos para el pago y el recurso, ya examinado, de su posible sustitución en caso de insolvencia comprobada por trabajo no remunerado en favor de la comunidad.

Bajo el rubro de sanción pecuniaria, el Código Penal Federal reglamenta en el artículo 29 tanto la reparación del daño como la multa, adoptando el sistema de días-multa. Se contempla como pena autónoma y como sustitutivo a la pena privativa de libertad. Así pues tenemos que el artículo 70 Fracción III del Código Penal, establece que "cuando no exceda la pena de prisión de tres años podrá sustituirse por multa".

2º. La confiscación general. De las dos especies de confiscación elaboradas y aplicadas desde tiempos remotos por las legislaciones penales, la confiscación general, es decir la que recae sobre todos los bienes presentes y futuros del condenado, no merece ser tenida como medida sustitutiva del encarcelamiento,

pues no corresponde ni a las esperanzas del Derecho penal moderno ni a las nuevas teorías referentes a la punición, siendo además severa e injusta ya que trasciende a la familia del reo y afecta más al hombre ahorrador que al derrochador.

Por lo que se refiere a la confiscación especial o comiso, se le considera como una medida de seguridad. Constitucionalmente en México, se indica en el artículo 22 que "no se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109".

Tocante al decomiso, el artículo 40 del Código Penal Federal dispone que "los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea doloso. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 400 de éste Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquél tenga con el delincuente, en su caso. Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o en el proceso. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito".

"Si los instrumentos o cosas decomisadas son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán a juicio de la autoridad que esté conociendo, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales, pero aquélla, cuando lo estime conveniente, podrá determinar su conservación para fines de docencia o investigación. Respecto de los instrumentos del delito, o cosas que sean objeto o producto de él, la autoridad competente determinará su destino, según su utilidad, para beneficio de la administración de justicia".

3º. La indemnización de la víctima. Consiste en obligar al delincuente a entregar a su víctima, a título de pena, cierta suma de dinero. Supone pues un retorno al antiguo sistema de composiciones legales.

Esta medida debe distinguirse de la reparación de daños y perjuicios, prevista por la mayoría de las legislaciones penales actuales como una obligación impuesta además de la pena. También debe diferenciarse de la institución del mismo nombre, consistente en la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de ciertos actos criminales de carácter violento.

Este sistema de indemnización de la víctima, que diversos autores proponen como sustitutivo de la pena de cárcel en determinados casos, se basa en la

idea de que ciertas infracciones no suponen un atentado grave al orden público sino más bien a la persona o derechos de la víctima, siendo pues sanción suficiente el condenar al culpable a entregar una compensación a su víctima. Se aplica actualmente como una de las condiciones del sistema de prueba en Francia, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y otros países.

En cuanto a sus ventajas e inconvenientes respecto a la pena privativa de libertad, son análogos a los que ya se han expuesto al hablar de la multa.

c. Medidas de eliminación de la sociedad.

Como su nombre indica, son medidas que se proponen liberar a la sociedad de sus elementos más peligrosos, respecto a los cuales las penas ordinarias no constituyen sanciones adecuadas.

De estas medidas, la transportación y el internamiento de seguridad, son variedades de las penas privativas de libertad; la expulsión de extranjeros, podría en ciertas ocasiones aplicarse en lugar de la pena de prisión.

1º. La transportación y el internamiento de seguridad. La transportación, que recibe también los nombres de relegación o de portación cuando se aplica a delincuentes políticos tiene por principal objetivo purgar el territorio nacional de sus elementos más peligrosos. Algunos penalistas añaden que es además el único medio de sustraer a los malhechores habituales del ambiente social, de las influencias que les arrastraron al crimen. Se justifica también esta medida diciendo que es un medio de intimidación colectiva, que favorece la colonización de zonas lejanas (argumento de poco valor a finales del siglo XX), facilitando asimismo la rehabilitación de los penados al ofrecerles ocasiones para comenzar una nueva vida en nuevos lugares.

Esta medida, usada frecuentemente durante el siglo XIX y principios del XX, en especial por Inglaterra, Francia y Rusia, es cada vez menos empleada.

En cuanto al internamiento de seguridad de los delincuentes reincidentes, habituales e incorregibles, se trata ante todo de proteger la sociedad contra estos individuos peligrosos, recluyéndolos en establecimientos especiales o de máxima seguridad. Dicha reclusión puede llegar a ser indeterminada en algunos países, como sucede en los Códigos Sueco, Suizo y Canadiense, o limitada por un máximo (por ejemplo, la llamada **preventive detention inglesa**), aplicándose generalmente una y otra después de haberse cumplido la pena principal.

2º. La expulsión de extranjeros. Puede ser una medida eficaz para proteger el orden y la tranquilidad de un país contra las actividades criminales de ciertos extranjeros, pero igualmente una medida injusta si se tiene en cuenta el arraigo o la ausencia de lazos con el país de aquéllos.

Según las legislaciones, se la considera como una medida administrativa o como una pena o medida de seguridad (Suiza, Italia). Algunos países no exigen que el extranjero vuelva a su patria de origen, contentándose con que pase la frontera, lo que constituye una manera de desembarazarse de los extranjeros delincuentes que va contra las reglas de la cortesía internacional. Por otra parte, la mayoría de los países que aceptan esta medida consideran la desobediencia a la orden de expulsión como un delito.

De naturaleza administrativa se considera en México a la expulsión de extranjeros. Su reglamentación se prevé en la Constitución Federal cuando se establece en el artículo 33 que "el ejecutivo de la unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente".

d. Medidas de control.

Pertenecen a este grupo el confinamiento, la sumisión a la vigilancia de las autoridades y el principio de oportunidad.

1º. El confinamiento y el arresto domiciliario. El confinamiento consiste en conducir al penado a un lugar determinado del territorio nacional en el cual permanecerá en libertad bajo la vigilancia de las autoridades o sin vigilancia. El arresto domiciliario es una sanción de limitada trascendencia, cuya eficacia depende del establecimiento de un dispositivo adecuado de vigilancia. El Código Penal Federal en el artículo 24, número 4, que contiene el catálogo de penas y medidas, reglamenta al confinamiento. Por su parte el numeral 28 del indicado ordenamiento penal indica, que "el confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia".

2º. La sumisión a la vigilancia de las autoridades. El sometimiento a la vigilancia de la policía ha sido objeto de críticas a causa de la continua intervención policiaca en la vida del delincuente, lo cual puede a veces constituir un serio obstáculo a su rehabilitación.

En cambio una vigilancia ejercida por delegados especiales puede tener un carácter tutelar y protector.

3º. El principio de la oportunidad. Consiste en el poder otorgado a los jueces o magistrados o a las autoridades encargadas de la persecución penal de abstenerse de iniciar la acción penal cuando en atención al carácter insignificante del delito y a la culpabilidad mínima del autor el orden social no exige punición. Como

indica Cuello Calón, "esta es una medida excelente, aplicable a delincuentes no peligrosos, culpables de infracciones muy leves, pero sin embargo, como se ha señalado, más que a evitar la prisión, tiende a preservar al delincuente de la afrenta de comparecer ante la justicia". Por esta razón se recomienda su especial aplicación en los casos de menores.

e. El cierre de establecimientos y la caución de buena conducta.

1º. El cierre de establecimientos. Es la prohibición temporal o definitiva hecha a una empresa o establecimiento donde o a causa del cual ciertas infracciones han sido cometidas, de proseguir su explotación.

Los adversarios de esta medida la consideran injusta por diversas razones:

- a) No sólo afecta al propietario del local sino también al personal y a los acreedores; y
- b) No existe proporción entre la falta cometida y la sanción, pues incluso en caso de infracción leve la medida aplicable será el cierre de todo el establecimiento. Según sus partidarios es un medio eficaz por ser sumamente intimidante y poner fin de manera radical a una empresa peligrosa para la economía o la salud física o moral del país.

El cierre de establecimiento puede ser una excelente medida sustitutiva de la cárcel en los casos de delitos de "cuello blanco"; como los autores de este tipo de infracciones no constituyen en si un peligro se protegerá mejor al público controlando sus negocios e impidiéndolos en el futuro.

2º. La caución de buena conducta. Consiste en la obligación contraída por el delincuente de observar una buena conducta en el porvenir, depositando para responder de ello de una fianza real o personal.

Se trata pues de una medida a la vez probatoria y pecuniaria, de una especie de suspensión condicional de la ejecución de la pena a la manera que la tenemos en México. El juez debe indicar en cada caso el importe de la garantía y la duración del plazo de buena conducta, que en nuestro país, comportará el tiempo impuesto para la pena de prisión. Ciertas dificultades inherentes a la multa vuelven a encontrarse aquí, especialmente la de insolvencia del penado.

f) Medidas restrictivas de libertad y derechos

Estas medidas sólo disminuyen la libertad y derechos del penado, sin privarlos de ellos completamente. Se trata de la prohibición de residir en un lugar determinado de ciertas inhabiliaciones y de la imposición de una conducta dada.

1º. La prohibición de residir en un lugar determinado. Tiene por finalidad impedir que el delincuente habitual vuelva a ciertos sitios considerados como particularmente criminógenos. La lista de lugares prohibidos se fija individualmente

para cada condenado, con lo que se evita la crítica consistente en rehusarle el carácter de medida de seguridad adaptada a las necesidades económicas y sociales de nuestra época y se asegura, al mismo tiempo, de manera indirecta la reintegración social del delincuente.

2º. Las inhabilitaciones. Se aplican estas medidas preventivas para evitar que ciertos derechos o funciones, de carácter público o privado, así como determinadas profesiones sean ejercidos por individuos indignos o desprovistos de las capacidades necesarias.

En las legislaciones positivas contemporáneas, estas medidas consisten en: a) La privación de ciertos derechos cívicos y políticos, como el de desempeñar cargos públicos, ejercer el derecho de sufragio activo o pasivo, ser jurado, perito o testigo ante los tribunales, poseer honores, dignidades y condecoraciones; b) La privación de derechos de orden familiar (tutela, pertenecer al consejo de familia, etc.); c) La incapacidad de ejercer determinadas profesiones u oficios, y la suspensión del permiso de conducir vehículos automóviles.

La más grave de todas las medidas privativas de derechos es sin duda la pérdida de la nacionalidad, que se reserva únicamente a los extranjeros naturalizados culpables de crímenes contra la seguridad del Estado.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 37, inciso A), intitulado "La nacionalidad mexicana se pierde: ... III.- Por residir, siendo mexicano por naturalización, durante cinco años continuos, en el país de su origen, y IV. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público, siendo mexicano por naturalización, o como extranjero, o por obtener y usar un pasaporte extranjero...".

Se reprocha a estas medidas limitativas de ciertos derechos cívicos, políticos o profesionales su ineficacia, ya que no tienen efectos intimidantes sobre las personas que no poseen un sentido agudo del deber cívico; su desigualdad, pues afectan más o menos duramente al condenado según la profesión que ejerce; su rigidez, ya que hasta ahora se aplican obligatoriamente sin que el juez pueda efectuar la menor individualización.

Por lo que se refiere a la prohibición de practicar determinadas profesiones, dos condiciones se exigen: La comisión de una infracción de cierta gravedad y la existencia de un lazo de causalidad entre la profesión y la delincuencia. La prueba de esta última circunstancia resulta a veces difícil, por lo que se necesita ser extremadamente prudente al servirse de esta medida, que se aplicará de preferencia a una sola profesión y no a un conjunto de ellas, lo que podría ser una solución contraproducente al no encontrar el condenado otro medio de vida en el futuro que la carrera criminal.

La suspensión temporal o definitiva del permiso de conducir constituye finalmente una excelente sanción para prevenir ciertas formas de criminalidad derivadas de la complejidad creciente de las comunicaciones actuales (conducta culposa, en estado de embriaguez, etc.).

3º. La imposición de una conducta o la reparación simbólica. Puede consistir en los siguientes deberes: a) obligar a los jóvenes a indemnizar a las personas perjudicadas; b) a excusarse personalmente ante ellas y; c) a entregar una cantidad de dinero a un establecimiento de utilidad pública.

Para que esta medida obtenga pleno éxito, deberá aplicarse únicamente a los menores conscientes de haber cometido un error de conducta y que han manifestado un pesar sincero. En cuanto a la elección del tipo de reparación simbólica el juez intentará concretizar la relación delito-reparación, escogiendo una forma de reparación opuesta al delito cometido. Se aconseja igualmente que la sanción sea adaptada a la edad y medios del menor o del autor y que su duración no sobrepase tres meses. La prestación efectuada favorecerá la valoración del menor y le evitará al mismo tiempo una humillación posible.

g) Medidas médicas.

Figuran entre ellas el internamiento de delincuentes enajenados y anormales, el tratamiento médico obligatorio y ciertas medidas quirúrgicas como la castración y la esterilización.

1º. El internamiento obligatorio de delincuentes enajenados y anormales. Todas las legislaciones penales eximen de responsabilidad a los acusados alienados y exigen su reclusión en establecimientos especiales, generalmente por un periodo indeterminado. Dicha reclusión puede tener lugar en los asilos y manicomios comunes, en anexos psiquiátricos de la prisión o en establecimientos reservados especialmente para ellos.

Este último sistema parece el más conforme con las tendencias modernas en materia de prevención y de tratamiento de la criminalidad, ya que presenta la doble ventaja de separar al criminal enajenado o psicópata de los delincuentes normales y de colocarlo en el medio más favorable para su tratamiento y cura, lo que supone efectivamente una buena organización psiquiátrica y un adecuado servicio de seguridad que impida la evasión de sujetos potencialmente peligrosos.

Si el régimen de reclusión aplicado a los criminales enajenados es generalmente severo, el que se impone a los anormales mentales (psicópatas, débiles mentales etc.) puede ser suavizado y culminar con la liberación condicional del

sujeto, previéndose incluso en determinados casos la posibilidad de acordarles la probación.

Diversas legislaciones imponen finalmente la reclusión indeterminada de los llamados delincuentes sexuales psicópatas, es decir de aquellos delincuentes que, incapaces de dominar sus impulsos sexuales pueden constituir un peligro para determinadas categorías de personas.

2°. Tratamiento médico obligatorio. Se trata de la reclusión temporal de cierto tipo de delincuentes en establecimientos especiales donde son sometidos a un tratamiento médico y reformador.

Esta medida, que se aplica en particular a los alcohólicos y toxicómanos comprende dos fases principales: la cura de desintoxicación y una forma cualquiera de terapia.

Respecto a los delincuentes toxicómanos, algunas legislaciones prevén un tratamiento especial en establecimientos de desintoxicación (Francia, España, Italia, Suiza, Canadá, etc.) en el Estado de California el toxicómano puede solicitar la sustitución de la pena de prisión por un tratamiento curativo en libertad o en un establecimiento adecuado.

3°. Intervenciones quirúrgicas. Aunque estas medidas no constituyen un sustitutivo ideal del encarcelamiento, ciertas legislaciones las utilizan como medio de evitar la detención del individuo autor de determinados delitos o comportamientos.

Se practica en algunos países con fines eugenésicos la esterilización de ciertos delincuentes (anormales, idiotas, etc.) "con el propósito de evitar una descendencia tarada dotada de inclinaciones antisociales y delictuosas".

En cuanto a la castración se aplica a veces con la misma finalidad preventiva a determinados delincuentes sexuales peligrosos, principalmente en los países escandinavos que la imponen obligatoriamente (Finlandia, Dinamarca), la dejan a la libre voluntad del interesado o subordinan la liberación del condenado recluido en un establecimiento de seguridad a una previa intervención quirúrgica (Suecia).

Se aconseja la mayor prudencia en la utilización de estas medidas que, aunque constituyen según ciertos autores "un intolerable atentado contra la dignidad humana" y han sido a veces objeto de abusos (por ejemplo, la legislación nacional-socialista), pueden en otras ocasiones liberar a ciertos delincuentes de sus obsesiones sexuales, particularmente en algunos casos no peligrosos socialmente (exhibicionismo, homosexualidad).

h) Medidas educativas.

Estas medidas se caracterizan por el hecho de que no suponen necesariamente la ejecución inmediata de la pena sino que ofrecen al delincuente la ocasión de enmendarse, siéndole aplicada la sanción penal cuando no cumple las condiciones impuestas.

Las más importantes son la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad vigilada (probación), la colocación del menor en una familia u otro círculo tutelar y el aplazamiento o no de la sanción.

1º. La suspensión condicional de la ejecución de la pena. Supone que se ha pronunciado una sanción, cuya ejecución se suspende cierto tiempo, transcurrido el cual sin nuevo delito la pena queda remitida por completo. Si por el contrario el liberado delinque de nuevo, se le impondrá la pena aplazada amén de la condena en que incurre por la nueva infracción.

Pese a las ventajas que posee el sistema que estamos analizando -sustraer de los efectos nocivos de la prisión a cierto tipo de delincuentes, representa una economía considerable para el Estado-, la probación, que estudiamos seguidamente, le es superior, pues a las ventajas enumeradas añade una eficaz vigilancia del liberado y una asistencia en sus esfuerzos de rehabilitación.

2º. El sistema de prueba (probación). Considerada como una de las medidas del porvenir, ya que supone no solamente la suspensión de la ejecución de la pena de ciertos delincuentes seleccionados sino también la asistencia y la vigilancia del beneficiario, esta medida ha dado excelentes resultados en los países que hasta ahora la han experimentado. En la mayoría de dichos países la probación puede subordinarse al cumplimiento de ciertas condiciones como la restitución de los objetos robados, la indemnización a la víctima, la ejecución de las obligaciones familiares, tener un empleo regular, aprobar un examen o seguir un tratamiento médico o psiquiátrico, someterse a una cura de desintoxicación, abstenerse de frecuentar ciertos lugares de dudosa reputación, no poseer armas ofensivas, encontrar periódicamente al agente de prueba y otras que el juez puede imponer discrecionalmente. Lo importante no es prever una lista de condiciones interminable sino encontrar la o las más adecuadas a cada caso particular y poder aplicarlas efectivamente.

3º. La colocación del menor. Puede tener lugar en familia o en institución. Se coloca generalmente al menor en una familia honrada cuando su propio hogar constituye un medio criminógeno o inmoral, evitándose así su internamiento en un establecimiento que representa, un ambiente diferente de la vida real a la que tendrá que incorporarse un día.

Para aquellos menores a quienes no puede aplicárseles el sistema anterior existen las llamadas instituciones abiertas, establecimientos para un pequeño número de delincuentes, las cuales ofrecen el máximo de posibilidades para utilizar toda clase de actividades de orden terapéutico. Los **Open camps** californianos, los **Highfield centres americanos** y los **Borstals** de tipo abierto son modelos de esta categoría de instituciones cuya gran ventaja consiste en el número reducido de internos, lo que permite la creación de un clima propicio para el tratamiento a que los jóvenes serán sometidos. Se les reprocha, sin embargo, su elevado costo.

4º. El aplazamiento y la no aplicación de la sanción. La posibilidad de no aplicar la sanción pronunciada existe en las legislaciones de diversos países.

**CUARTO
CAPITULO**

CUARTO CAPITULO

I. Metodología en el Derecho Penal.

El problema del método en la ciencia del Derecho penal posee una larga historia, afirma Polaino Navarrete,¹ y sin duda continúa siendo de gran actualidad. El origen de la moderna preocupación del método en el plano de la elaboración científica de esta disciplina jurídica se remota a la segunda mitad del siglo XIX, y su desarrollo técnico viene a coincidir con el proceso general de la construcción dogmática de los conceptos fundamentales del orden punitivo.

Criterios de carácter metódico, que afectan sobre todo al plano de la interpretación de la legislación positiva, se encuentran ya en el Derecho romano, pero la estructuración sistemática de la ciencia penal alcanza firme arraigo a partir de la fase anteriormente indicada.² De ahí que se haya señalado que si bien el método es tan antiguo como la ciencia del Derecho, siendo así que todos los que se han dedicado al estudio del Derecho han practicado uno o varios métodos, la Metodología como teoría del método, el hacer del método en sí un estudio específico, puede decirse que arranca del pasado siglo, y el erigir las cuestiones metodicas de la ciencia jurídica es todavía fruto posterior y alcanza de plano a nuestra edad.³

El Derecho penal pertenece al ámbito de las ciencias valorativo-culturales, y el método propio de la configuración, investigación y aplicación de aquél es un método eminentemente jurídico. La dificultad de determinar con exactitud qué se entiende por el método jurídico en materia punitiva, no sólo ha atraído una amplia discusión de escuelas, sino que tuvo inicialmente que oponerse, entre otras, a concepciones metodicas de carácter antropológico,⁴ sociológico, positivo y criminológico⁵.

Una de las principales notas que acaso caractericen la esencia conceptual y la función del método en el Derecho penal es la representada, de un lado, por el pluralismo de las dimensiones metodicas perceptibles en esta esfera científica, y, de

¹ Cfr. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, págs. 255 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1994.

² Cfr. Juan del Rosal, Derecho penal español (Lecciones), 3a. edición, tomo I, Madrid, 1960, pág. 31.

³ Hernández Gil, Antonio. Las direcciones metodológicas de la ciencia del Derecho y la consideración de la realidad social, en "RELJ", año LXXXIX, número 6. Tomo 175, pág. 603. Madrid. España, junio, 1974.

⁴ Cfr., sobre la noción de un método pragmático configurador del mundo como una máquina antropocrática, referido a la doctrina del delito, así como a los presupuestos criminológicos y a las consecuencias penológicas inherentes al concepto jurídico del mismo, Quitiliano Saldaña, Teoría pragmática del Derecho penal, extracto de la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", año XII, núm. 68, pág. 4 y ss. Talleres gráficos de la Penitenciaría nacional, Buenos Aires. Argentina. 1925. Porte Petit señala que el método jurídico, de esencia lógico-abstracto "consiste en la serie ordenada de los medios por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas, considerándose que los momentos del método jurídico son, la interpretación, la construcción y la sistematización". Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14a. de., pág. 20. Editorial Porrúa. S.A. México, 1991.

⁵ Cfr. Polaino Navarrete. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 256. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

otro, por la diversidad de las formulaciones, de signo más o menos unilateral, erigidas en su entorno.

La síntesis del problema metódico en el Derecho penal viene constituida por el cometido sistemático que al mismo incumbe desarrollar: la construcción dogmática de la Ciencia penal, erigida sobre la sólida estructura de los principios jurídicos peculiares de este sector del Derecho y conforme a las exigencias de los fundamentos jurídicos-constitucionales.

Por ello, se hace preciso un examen de los más destacados hitos histórico-dogmáticos de la evolución del concepto de método en el Derecho penal, al objeto de determinar, no sólo el fundamento, sino también el cometido que la cuestión metódica posee en esta disciplina jurídica.

Al comienzo de toda ciencia se encuentra el método, a través del cual el mero conocimiento se erige en auténtica Ciencia. El método es el aliento vital de la Ciencia, elemento esencial de la misma sin el que ella no podría existir ni realizarse; en él la Ciencia se examina en su propia fuerza y presenta su justificación frente a los ataques de afuera, y se muestra tal y como aumenta o se reduce conforme a naturaleza en los tiempos de crisis; por medio del método, la ciencia se delimita con seguridad respecto de los ámbitos vecinos, se articula armónicamente en valores supraordenados y garantiza valores singulares que, de nuevo, vienen a encontrarse en armónica conexión con otros valores singulares.⁶

Todo pensamiento científico es un plan metódico, un conocimiento sistemático conjunto y una evaluación orgánica. Es cierto que puede también realizarse una investigación sin autoconocimiento metódico, con capacitación de sentido plena de valor; pero el método ofrece garantía y seguridad, muestra un camino correcto y viable, y protege frente al peligro y al extravío. El punto central debe residir, sin embargo, no en el pensamiento metódico ni en el conocimiento sistemático, sino en el ser, en el llegar a ser, en la realidad.⁷

El mero conocimiento del ser y de la realidad no conduce fácilmente, no obstante, al conocimiento de las singularidades, tal como han sido y son comprendidas como exentas de valor. De ahí que sea preciso comprender, dentro del ser y del llegar a ser, los valores inmanentes al propio ser. Por consiguiente, no lógica pura ni ontología pura, sino realidad de valor, en cuyos descubrimiento y revelación ha de seguirse desde el principio una teoría del método consciente de la responsabilidad.⁸

⁶ Cfr. Sauer. Derecho Penal. Parte General, pág. 9 y ss. Traducción por Juan del Rosal y Jose Cerezo. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.

⁷ Cfr. Sauer. Derecho Penal. Parte General, págs. 15 y ss. Traducción por Juan del Rosal y Jose Cerezo. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.

⁸ Cfr. Sauer. Derecho Penal. Parte General, págs. 17 y ss. Traducción por Juan del Rosal y Jose Cerezo. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.

Una conexión de métodos críticos y ontológico-fenomenológicos conduce a un método lógico-crítico, que puede resultar válido, en cuanto especialmente adecuado al tiempo y a las circunstancias histórico-espirituales, cuando en las relaciones existentes y a causa de las exigencias erigidas se impone la llamada a un nuevo método en los diversos ámbitos de trabajo, en tanto que, por otra parte, se solicitan sólo nuevos valores partiendo de los cuales puede resultar el método.⁹

Es de reconocer la exigencia de alcanzar en el método un puente entre el ser y el valor, y este no puede consistir en ninguna construcción artística, sino que viene integrada por la naturaleza que sirve a la cultura. Surge orgánicamente a partir de los hechos de la vida, y aspira a los valores de la totalidad. Aquí podemos reconocer una de las más importantes teorías fundamentales de toda metódica: los conceptos, los juicios, los métodos mismos tienen valor y justificación en los casos concretos solamente cuando cumplen una función peculiar.

Si el método fuera invocado en general para dirimir toda disputa y establecer un puente entre caminos confusos de la vida y los valores seguros de ésta, sería erróneo ver en él la panacea universal. En contraste con los tiempos precedentes, que aspiraron a un método universal o encontraron en éste un método ideal conforme al cual habrían de dirigirse todos los métodos especiales, se reconoce ahora la necesidad de métodos propiamente legales para toda ciencia, cuando ésta quiere erigir la pretensión de naturaleza propia, pudiendo presentarse como tal.

El método ha de reconocerse como proceso de configuración abstracta, generalmente válida cuando hace posible una valoración sutil e individualizadora de las cosas concretas de la vida. Y el método jurídico puro estriba en el juicio sobre un concreto comportamiento típico, esto es, jurídicamente relevante conforme a las normas estatales dirigidas a la realización en la mayor medida posible de la ley fundamental del bien común orientado conforme a la Justicia.

En tanto el método significa camino, vía, para la consecución de un determinado fin, no se halla vinculado a lo que se entienda apriorista ni inductivamente por el concepto cuya aprehensión científica se pretende conseguir. El método representa una categoría puramente instrumental, un medio técnico que puede ser aplicado a propósitos diferentes o contrapuestos.

El método puede servir, tanto para ser empleado en el marco de discusión de la disciplina jurídico-peñal entendida como **L art pour l'art**,¹⁰ como para ser

⁹ Cfr. Sauer. Derecho Penal. Parte General, págs. 18 y ss. Traducción por Juan del Rosal y Jose Cerezo. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.

¹⁰ Cfr. Hans Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, en "Festschrift für Reinhart Maurach" zum 70. Geburtstag, 25 März 1972, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Verlag, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, página 5. Cfr. Welzel.

puesto al servicio de una concepción penal en la que impere un positivismo jurídico en el que la **ratio legis** quede incondicionalmente supeditada a la mera **voluntas legislatoris**, así como para ser aplicado a una construcción puramente conceptual, o bien a una configuración teleológica fundamentada en momentos jurídico-materiales que ponen a prueba la propia naturaleza normativa del Derecho penal.

En términos generales, debe estimarse que existen tantos métodos penales cuantas concepciones punitivas se sustenten y, aún más, cuantas formas de construcción, de conocimiento, de aplicación y de explicación del Derecho penal sean susceptibles de ser apreciadas.¹¹

El método está, en cierto sentido, en función del concepto configurador del objeto a que es aplicado, porque las circunstancias y los elementos básicos de éste exigen métodos de determinada índole. La coherencia interna entre el objeto de la comprensión y el método de ella excluye todas las posibilidades metodicas abstractas que no concuerden con la peculiar estructura del proceso delimitador de los sustanciales conceptos relevantes en el ámbito concreto de la Ciencia penal.

El método influye, a su vez, de manera decisiva en la configuración del concepto, porque de ordinario no es dado llegar a la concreción conceptual sino a través del empleo de un determinado método, que sirve de medio adecuado para la fijación de los límites de aquél.

Ello ocurre con singular precisión en el ámbito jurídico-penal, en que el resultado de las ponderaciones valorativo-culturales depende en gran medida de los medios de investigación y de configuración científica que sean aplicados en el plano de la regulación de tal esfera normativa.

Las consecuencias a que se llegue en orden a la fundamentación del concepto, del contenido y de las funciones del Derecho penal son muy distintas entre sí, en efecto, según se aplique, para la construcción dogmática y el análisis científico del mismo, un método experimental, teleológico, jurídico, positivista o institucional.

El sentido y el alcance del método lleva consigo un cierto condicionamiento de los postulados científicos que, a través de él, se logren aprehender.

De modo consiguiente, la pregunta de qué se entiende por Derecho penal lleva insito el interrogante de cuáles son los métodos de la comprensión y del examen del Derecho penal como ciencia.

citado por Polaino Navarrete. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 258. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

¹¹ Cfr. Rodríguez Devesa, citado por Polaino Navarrete. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 259. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

Sólo puede llegarse a una exacta delimitación del cometido esencial de la regulación jurídico-penal a través del empleo de unos medios técnicos adecuados para desentrañar la naturaleza normativa de este sector del ordenamiento jurídico.

La estructura científica del Derecho penal, los principios informadores del mismo y de los postulados básicos sobre los que su construcción dogmática se asienta, comportan la exigencia de una selección de métodos que deben ser utilizados como idóneos para comprender y caracterizar este ámbito de regulación del comportamiento humano en sociedad.

En tal virtud, básicamente son descartados de la presente esfera de consideración métodos criminológicos, sociológicos, biológicos..., que, asumiendo características peculiares, resultan adecuados para el tratamiento de otros sectores científicos autónomos e independientes del Derecho penal.

Como esencia, el Derecho penal integra un círculo del ordenamiento jurídico positivo de sentido unitario; en rigor, las principales oscilaciones perceptibles en la configuración conceptual del mismo afectan de forma más directa al planteamiento metodico concreto de la delimitación de ésta, es decir, al empleo de los métodos idóneos para la aprehensión del concepto, y, con ello, a las directrices sistemáticas, más que al propio objeto de conceptualización sobre el que recae.

Habida cuenta de la interrelación entre objeto y método,¹² a métodos distintos han correspondido concepciones diversas del objeto cuya delimitación conceptual es pretendida.

Por ello, puede pensarse que las corrientes metodicas específicamente aplicadas a la esfera del Derecho penal afectan a la propia naturaleza sustancial de éste, y deben ser examinadas como singulares fórmulas de manifestación del sentido y del alcance regulador del mismo. Aunque tal consecuencia lógica puede también materialmente llegar sin violencia a ser justificada, es preferible en este lugar acogerse a la sistemática en cierto modo ya tradicional en el tratamiento de la presente cuestión.

En efecto, estimamos que cuando se habla, verbigracia, de concepciones formal o material, estática o teleológica, apriorista o derivada, valorativa o experimental, del Derecho penal, no se alude a nociones contrapuestas entre sí, o cuando menos no se hace referencia a concepciones que recaen sobre objetos diversos de consideración, sino más bien a distintos modos de apreciación científica de un objeto común, y acorde incluso a un mismo criterio general de configuración: el

¹² Cfr. Rodríguez Devesa, citado por Polaino Navarrete, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, pág. 259. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

representado por el método jurídico, cuyas plurales dimensiones no sirven, por otro lado, de obstáculo a la delimitación de tal criterio en relación con diversos precedimientos metódicos no jurídicos de valoración científica.

No sólo la identidad del objeto de consideración, y la correlativa delimitación del punto de partida en cuanto a objetos propios de otras ciencias extrajurídicas, permite tratar las orientaciones del sistema de configuración del Derecho penal juntamente con el concepto en sentido de este sector del ordenamiento jurídico, sino que incluso la dinámica de la aplicación y eficacia de tal consideración metodológica justifica un entendimiento de esta índole.

En efecto, al adoptarse como origen conceptos jurídico-valorativos tales como interés, valor, fin o garantía, por ejemplo, y hacerse uso de los postulados y exigencias inherentes a ellos, nos situamos en un plano distinto de aquel en el que nos enfrentamos con diversas dimensiones conceptuales posibles del Derecho penal, como las que revelan, verbigracia, las nociones del Derecho penal objetivo y subjetivo, o el Derecho penal de acto o de autor, o el Derecho penal de resultado o de culpabilidad.

Cuando examinamos los conceptos de interés, valor, fin o garantía, no hacemos sino investigar criterios que nos van a permitir, a través de la fundamentación de los postulados esenciales de los mismos y de las principales consecuencias de ellos derivadas, justificar o rechazar, respectivamente, las categorías conceptuales del Derecho penal, entendido como Derecho penal de acto o de autor, o como Derecho penal de culpabilidad o de responsabilidad por el resultado objetivo.

Interferir consecuencia dogmática y criterio metódico hasta el punto de llegar a identificarlos representa un error, no ya de carácter sistemático, sino de naturaleza sustantiva.

No obstante, las conexiones existentes entre conceptos del Derecho penal y métodos determinantes de las respectivas configuraciones de éste son estrechas, y en ocasiones difíciles de delimitar de forma precisa, con especial referencia a postulados y puntos de vista comunes.

Ello sucede cuando se considera el concepto de fin como momento esencial del criterio teleológico de configuración del Derecho penal, y como elemento conceptual de la noción del **juspuniendi** y, por tanto, de la justificación del Derecho penal desde el punto de vista de la exigencia de la imposición de las sanciones jurídicas por él determinadas para la garantía de las condiciones de convivencia social por el ordenamiento positivo.

Teniendo presente las íntimas relaciones que vinculan las dimensiones conceptuales del Derecho penal sus criterios determinantes, se pretende examinar los fundamentales núcleos de orientación metódica y sistemática que han permitido

formular las diversas nociones dogmáticas relevantes de aquél, con el objeto de concretar cuál es el método de formación jurídico-penal que responde de forma más auténtica a las actuales exigencias científicas de esta rama del Derecho positivo, que debe servir a la realización de una de las más elevadas misiones de la Justicia, a causa de la condición de la dignidad de la persona sobre cuyo actuar incide su ejecución.

En el examen de los principales criterios metódicos de configuración del Derecho penal, no se pretende en modo alguno efectuar una exposición exhaustiva, sino solamente señalar con sentido crítico algunas de las directrices que en la evolución histórico-dogmática han contribuido de modo más directo a la delimitación técnica del actual sistema del Derecho penal, contemplado desde el ángulo visual objetivo de las exigencias dogmáticas presentes.

Por último, no se atenderá sólo a las orientaciones del método que afectan a la creación o formación de los conceptos jurídico-penales, sino también a las que se refieren a la clarificación, explicación o reconocimiento, así como a la aplicación de los mismos, por entender que todas estas dimensiones, antes que pertenecer a planos valorativos diferentes, se hallan estrechamente vinculadas entre sí y muestran aspectos varios de una misma categoría sistemática, en cuya precisa delimitación debe atenderse, tanto a los elementos formales que ofrezca, como al elemento sustancial que en ella se contenga.

Conforme a este esquema genérico, se efectuarán unas breves referencias críticas a las singulares líneas metodológicas de exposición jurídico-penal, para aludir seguidamente, con carácter de síntesis, a los momentos que se estiman portadores de mayor relevancia en la estructura sistemática del Derecho penal, sin cuya ponderación y observancia no es dado valorar de manera adecuada el significado esencial de la dogmática perteneciente a la propia naturaleza científica, normativa y cultural de él.

De este modo, puede entenderse en términos generales, según se ha destacado expresamente, que se hace preciso el examen de la actualidad jurídico-filosófica del contenido mental descrito a través de las teorías de la dependencia de la presente tesis de una comprensión normativa y teórica, y finalmente de los concretos componentes de una doctrina real referida a la práctica y orientada funcionalmente como una teoría del Derecho susceptible de desarrollarse en las conexiones de la acción y de la eficacia en la vida social: en tal examen no debe olvidarse que la historia del descubrimiento y de la relevancia del concepto de la teoría del Derecho se halla tradicionalmente conectada de manera estricta con las discusiones filosóficas de la antigüedad clásica acerca de las relaciones entre teoría y praxis.¹³

¹³ Schneider, Hans Peter, citado por Polaino Navarrete. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pág. 259. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1984.

Ahora bien, las concepciones sobre el método han variado hasta tal punto, que han determinado distintas elecciones en cuanto al objeto de estudio. El Derecho natural, el delito como manifestación biológica o sociológica y el Derecho positivo han constituido los distintos objetos de otras tantas fases de la evolución del método de nuestra ciencia. Dentro de cada uno de estos momentos evolutivos extremos abundan, como es lógico, matices de importancia, que a menudo originan direcciones encontradas.

En Italia, la evolución del método alcanza, tal vez, las más acusadas oscilaciones; ello lleva a preferir para el estudio del Derecho penal objetos del todo distintos: la Escuela Clásica, la Escuela Positiva y la Dirección técnico-jurídica se diferencian ya por su propio objeto (Derecho natural, delito como hecho empírico y ordenamiento jurídico, respectivamente). En Alemania, el método ha solido enmarcarse casi exclusivamente en el Derecho positivo

1. Italia y la evolución del objeto de la Ciencia Penal.

El desarrollo de la ciencia penal italiana, tocante al método, ha dado lugar a la Escuela Clásica, a la Escuela Positiva y a la Dirección técnico-jurídica, que constituyen las tres opciones extremas, entre las cuales tienen lugar innumerables posiciones metódicas intermedias.

A. El método de la Escuela Clásica

La Escuela Clásica no constituyó una dirección doctrinal minimamente unitaria¹⁴ Suele decirse que su propia designación -"Escuela Clásica"- era desconocida como rúbrica global durante su apogeo. Al positivista Ferri se atribuye la unificación bajo esa denominación de las muy variadas corrientes que acostumbran incluirse en ella¹⁵, lo cual deja advertir la falta de la verdadera unidad que podría suponerse en una "Escuela". Hasta tal punto es así, que sobre un aspecto tan central como la noción de la pena que condiciona la total concepción del Derecho penal, las opiniones en el interior de la Escuela Clásica siguieron caminos tan opuestos como los representados

¹⁴ Porte Petit, Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14ª ed., págs. 35 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Agrega Porte Petit que la denominación de Escuela Clásica, Florian la atribuye al mismo Carrara; que Ferri por su parte expresó ser él quien la llamó "Escuela Clásica", y que lo hizo con sentido de admiración. Otros opinan que el título no fue dado por los clásicos, sino por los contradictores de dicha escuela, o sea por los positivistas *ob. cit.*, pág. 34.

¹⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, págs. 33 y ss y 168 y ss. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1950. Antón Oneca. Derecho Penal I, pág. 21. Madrid. España, 1949. Ripollés. Compendio de Derecho Penal I, pág. 31, Madrid. España, 1958. Con relación a la falta de unidad Porte Petit señala que "se ha insistido y con razón, que bajo el nombre de escuela clásica no es verdad que exista un conjunto unitario de materias, pues analizando las teorías de los clásicos, se encuentra entre las mismas, grandes diferencias, puntos de vista antagonicos, pero no obstante lo anterior, ha sido posible desprender caracteres básicos de la misma escuela". Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14a. de., pág. 33. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

por las teorías relativas,¹⁶ dicotomía que expresó las posiciones de lo que constituyó la más acerba polémica que ha dividido a la ciencia penal alemana: la lucha de Escuelas.

Lo que permitió, que tan diversas corrientes fuesen agrupadas por Ferrí bajo una designación unitaria, fue el postulado básico que compartieron -el del libre albedrío- y el método que emplearon.¹⁷ Los autores "clásicos" tuvieron en común la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo.¹⁸ Para precisar el sentido de tal método se requiere indagar cuál fue el objeto al cual se aplicó. Escribía Carrara que el Derecho penal tiene su génesis y su forma en una ley absoluta, porque constituye el único orden posible de la humanidad según las previsiones y la voluntad del Creador", que "las demostraciones no se derivan de la palabra humana, sino que deben ser deducciones lógicas de la razón eterna, por la cual reveló dios a los hombres, por admirable inspiración, cuanto es menester para regular su conducta con respecto a los propios semejantes. Subordinadas así a una norma absoluta, las leyes penales son absolutas en sus principios cardinales, y sólo pueden convertirse en relativas en su forma de aplicación".¹⁹

La versión católico-tomista adoptada por Carrara²⁰ y el recurso al Derecho natural, tenía en la Escuela Clásica un sentido político liberal inequívoco. El sistema ideal a que el método racional condujo, tuvo el sentido de **desideratum** dirigido al legislador, quien había de encontrar en él los límites necesarios a la libertad del ciudadano. Como dice Antón Oneca, la escuela Clásica del Derecho penal surgida de la filosofía de la Ilustración, va unida en todas partes al liberalismo político. Los derechos del hombre imponen el **legalismo**: que la ley regule detalladamente la función punitiva para que el individuo quede a cubierto de las arbitrariedades de los jueces; y el **humanitarismo**, que la pena se limite a lo estrictamente necesario, (en muchas ocasiones, incluso se dejó sacrificar la necesidad a motivos sentimentales).²¹

Esta orientación liberal, dio ocasión para que la Escuela **positiva** culpara a la **clásica** de haber perdido de vista las necesidades sociales de prevención y haber fracasado, por ello, frente al considerable aumento de la criminalidad y de la reincidencia.²² Tal crítica no era más que un reflejo particular de las ideas que, en el

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, págs. 33. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1950.

¹⁷ Cfr. Bettioli, Derecho Penal. Parte General, pág. 16 y 56. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1961.

¹⁸ Cfr. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, págs. 61 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1990. "El método adoptado por la Escuela Clásica es el de lógica abstracta o sea, el método jurídico". Parte Petit. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, 14 de., pág. 34. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

¹⁹ Cfr. Bettioli, Derecho Penal. Parte General, pág. 16 y 56. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1961.

²⁰ Cfr. Ripollés. Compendio de Derecho Penal, I, pág. 31 y ss. Madrid. España, 1958.

²¹ Antón Oneca. Derecho Penal, I., pág. 22 y ss. Madrid. España. 1949. En el mismo sentido, pretende mediante un método lógico abstracto, deductivo..., atacar el Derecho penal del antiguo régimen denunciando su inhumanidad, la crueldad de las penas, la tortura, la incriminación de hechos que no deberían constituir delito, y consiguen que esas ideas penetren en la legislación inaugurando el Derecho Penal moderno".

²² Ferrí, Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia de la Legislación y en la jurisprudencia. Traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid. España, 1933, pág. 37: "Estos principios y criterios generales de la justicia penal en los siglos XIX y XX, cimiento de las aplicaciones prácticas, dieron resultados desastrosos, a saber: aumento continuo de la criminalidad y de la

nivel más general de la filosofía política, pedían en la mitad del siglo XIX el tránsito de un Estado liberal abstencionista a un Estado social intervencionista.²³ Sería ingenuo creer que la lucha contra las secuelas de un sistema económico-social puede ser asumida con éxito por el Derecho penal, y, sobre todo, sería inadmisiblemente políticamente pensar que tal lucha debe llevarse a cabo a partir solamente de quienes manifiestan dificultades de adaptación al sistema, castigándolos o sometiéndolos a medidas de seguridad. La solución eficaz y lícita es otra: evitar, por medio de los instrumentos políticos generales, que el sistema dificulte hasta tal punto una vida social pacífica, que provoque un aumento de la inadaptación social y de la delincuencia en extensos sectores de la comunidad, por lo general los menos favorecidos económicamente.²⁴

La Escuela Clásica no es, pues, la principal responsable de la delincuencia en el siglo XIX, sino las circunstancias económico-sociales que trajo consigo el auge del maquinismo industrial. Ello no significa que el método racionalista y abstracto del clasicismo fuese adecuado a las nuevas concepciones políticas que la nueva situación social requirió. Por otra parte, el nuevo Estado social intervencionista partía de la necesidad de orientar los medios políticos a la consecución de fines prácticos capaces de modificar la realidad. En el terreno del delito, se trataba de elegir los medios adecuados para combatirlo en cuanto concreto fenómeno empírico. La concepción puramente idealista del delito, propia de la **escuela clásica** resultaba contradictoria con tal planteamiento. Como es sabido, Carrara consideró como uno de los pilares básicos de su contribución rechazar la equiparación del concepto real-social y el concepto jurídico de delito. Sólo este último, que entendió desprovisto de existencia empírica, como un puro ente ideal, había de constituir objeto de atención por parte de la ciencia penal.²⁵

El concepto idealista de delito defendido por la Escuela Clásica es un ejemplo claro de la incapacidad de su método racionalista, abstracto y deductivo, para servir a los postulados de un Derecho penal social, llamado a intervenir eficazmente en la concreta lucha contra el delito como fenómeno existente en lo social. Ferri criticó incluso a la Escuela Clásica, porque dijo que el método que empleó hizo perder de vista al delincuente, mientras que en la justicia penal cotidiana él es el protagonista vivo y efectivo que se impone a la conciencia del juez antes y con más fuerza que la entidad jurídica del delito y de la pena.

Siendo, como era, el de la Escuela Clásica un método al servicio de un Derecho penal de garantía para el individuo, no sólo resultaba insuficiente para la

reincidencia con formas o asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento progresivo de la delincuencia de los menores y de las mujeres, prisiones con frecuencia más cómodas que las casas de los pobres y honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz frente a los criminales más peligrosos, que podrían haber sido reutilizables como ciudadanos aptos para la vida honrada del trabajo".

²³ Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I. pág. 19 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

²⁴ Cfr. Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal, págs. 177 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

²⁵ Cfr. Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal, págs. 178 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

sociedad, sino para el propio individuo. El punto de partida abstracto pretendía garantizar al ciudadano que sería tratado con arreglo al principio formal de igualdad ante la ley, pues reputaba a todo aquel que no fuese total o parcialmente inimputable igualmente capaz de culpabilidad y, salvo que actuase en alguna causa de exclusión del delito, igualmente responsable. Esta equiparación arrancaba del postulado - fundamental en el clasicismo- del libre albedrío: en principio, todo hombre sano era, por encima de las circunstancias que diferencian a unos de otros, igualmente libre. Y este postulado era consecuencia del método abstracto del clasicismo, de la misma forma que para el determinismo antropológico o social sería el primer resultado del empleo del método "positivo", de observación de la realidad concreta, propio de la Escuela Positiva. El idealismo liberal había imaginado un hombre igual, gracias a la libertad de su voluntad respecto de su concreta circunstancia, a todos sus semejantes. El positivismo criminológico denunciaria la realidad de un hombre concreto irrefutable, desigual a todos los demás por la efectiva desigualdad de sus respectivas condiciones individuales y sociales. Pues bien, el método abstracto de la Escuela Clásica consiguió solamente una realización formal del principio de igualdad ante la ley.

La igualdad de tratamiento legal quedaba garantizada en el sentido formal, en tanto la ley penal no distinguía el tratamiento de los ciudadanos según sus condiciones sociales. Pero con ello no se trataba materialmente igual a todos los individuos, sino que resultaban favorecidos quienes se encontrasen en una situación individual o social más favorable. Para decirlo en fórmula repetida hasta la saciedad: tratar de modo materialmente igual a todos los hombres hubiese requerido tratar desigualmente a los desiguales, según su desigualdad. Ahora bien, esto se hallaba en oposición al método abstracto de la Escuela Clásica. El correctivo que supuso la admisión de circunstancias modificativas- tras el extremo rigor legalista del Código Penal francés de 1791- no significó abandono del método abstracto, sino sólo una vía abstracta de aproximación a la realidad.

b. El método de la Escuela Positiva.

El cambio metodológico que va del clasicismo a la Escuela Positiva, filosóficamente fue favorecido por el Positivismo de Comte,²⁶ Evolucionismo de Darwin y Spencer y Naturalismo de Moleschott, Bucher y Haeckel, operó también impulsado por el espectacular progreso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX.²⁷ Políticamente, es de suma importancia la debilitación del liberalismo clásico en la segunda parte de ese decenio y el paso a una concepción intervencionista del Estado y del Derecho. El punto de vista se traslada de la garantía del individuo a la

²⁶ Consideran a Comte iniciador del Positivismo naturalista que inspiró la mentalidad de la última parte del siglo XIX, a la vez que resume sus ideas como precedente del psicologismo y sociologismo jurídico, Mir Puig, Polaino Navarrete, Sainz Cantero y Bustos Ramírez, en las obras citadas.

²⁷ Cfr. Antón Oneca. Derecho Penal, I., pág. 22 y ss. Madrid, España. 1949.

defensa activa de la Sociedad.²⁸ Pero el elemento central en la Escuela Positiva fue el método que utilizó, lo que precisamente alegó Ferrí para rechazar la vinculación de la *Scuola* a un contenido filosófico determinado, cuando el naturalismo cedió ante el neoidealismo.²⁹

La Escuela Positiva reclamó la necesidad del empleo de un método adecuado para la observación de la realidad empírica, al modo de la ciencias de la naturaleza.(15) Del idealismo había de pasarse al materialismo, de lo abstracto a lo concreto y de la deducción a la inducción. Así, pues, el delito, objeto de la ciencia penal, dejó de ser considerado como ente jurídico ideal, para ser examinado como fenómeno empírico, ubicado en lo real-material. La pena -cuyo concepto mismo debía desaparecer- no podía seguir siendo retribución de significado ético o jurídico sino, con nuevo nombre instrumento de incidencia en la realidad externa, dirigida a la defensa de la sociedad.

La nueva perspectiva metódica pasó a la realidad empírica, superando al idealismo; se buscó indagar ahora el ser, desechando el deber ser. El Positivismo, aplicado a las ciencias naturales, fue trasladado por las ciencias del espíritu, y, se consideró la única vía de afirmación del carácter "científico" de esa rama del saber. El rechazo del derecho natural como objeto de conocimiento científico era coherente con la tendencia a desterrar toda "metafísica" de la ciencia y a limitar ésta a los "hechos" y a sus leyes empíricamente observables.³⁰ Con ello, como suele suceder, se llevó la concepción del método de un extremo, ideal, a otro extremo, naturalístico. La historia del método penal conduciría a la necesidad de un punto situado entre ambas posiciones, que reconocería como objeto de la ciencia penal el Derecho positivo, esto es, el ser del deber ser jurídico positivo: el Positivismo jurídico. Pero aunque éste se afirmó al principio como dirección totalmente apartada del método de la Escuela Positiva, pronto aparecieron soluciones de compromiso que intentaron aunar el estudio del derecho positivo con la observación de la realidad

La consideración del delito como fenómeno situado en el mundo empírico tuvo como más destacada consecuencia el rechazo del punto de partida de la Escuela Clásica: la libertad de voluntad. Si el delito era un hecho perteneciente a la esfera de lo real-material, no podía sustraerse a las leyes que rigen en este ámbito, y una de ellas es la ley de la causalidad. Todo hecho de la naturaleza responde a determinadas

²⁸ Escribe Jiménez de Asúa: "Filosóficamente, la escuela positivista criminal fue una reacción, en las ciencias penales, contra el individualismo, fruto de la filosofía del siglo XVIII, y representa una revolución científica equiparable a la reacción filosófica en nombre de los derechos imprescindibles del hombre": Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo II, 2ª ed. págs. 67 y ss. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1958.

²⁹ Ver Ferrí. Principi di Diritto Criminale, pág. 44, donde protesta de la vinculación de la *Scuola* a un contenido filosófico o biológico determinados y declara al método positivo la única característica esencial del positivismo criminológico.

³⁰ Larenz, citado por Mir Puig en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 181 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

causas, o lo que es lo mismo, está determinado causalmente.³¹ También el delito debía ser producto de causas que determinasen la voluntad de su autor. El libre albedrío, piedra angular del clasicismo, de la fundamentación tradicional de la pena y, por tanto, del Derecho a castigar, no podía admitirse como explicación científica del hecho criminal.³² La primera monografía de Ferrí se ocupó de derrumbar el dogma de la libertad.³³

Como sustitutivo del libre albedrío, se acudió al concepto de "responsabilidad social" y, sobre todo al de "temibilidad", éste último acuñado por Garófalo.³⁴ La responsabilidad social intentó justificar la intervención en los derechos del delincuente sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad; la temibilidad vino a ofrecer un concreto criterio de medición de la reacción penal.

La responsabilidad social implicaba la necesidad de que el hombre, por el hecho de vivir en sociedad, es responsable de sus actos frente a ella. La negación del libre albedrío no excluye el derecho y deber del Estado a exigir responsabilidad a sus ciudadanos, precisamente porque éstos son responsables socialmente en cuanto participan de la vida de la comunidad.

Aún más: de la misma forma en que el delincuente está determinado a delinquir, la sociedad lo está a defenderse del delincuente.³⁵ He aquí -creyó la Scuola- la posibilidad de fundamentar la reacción penal del Estado al margen del principio idealista de la libertad de voluntad y su traducción penal de la imputabilidad moral, contra la opinión de Carrara, para quien esta doctrina era la base de la ciencia criminal, "que mal se construiría sin aquella"³⁶

La intensidad de la defensa de la sociedad había de depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayese en el delito. Esto se expresó primero con el término de "temibilidad" y más adelante con el "peligrosidad". El último es el que ha

³¹ Según el positivismo naturalista, que invadió los espíritus en la segunda mitad del siglo XIX a nivel general de las ideas, "los acontecimientos espirituales tienen, igual que los acontecimientos naturales, sus "causas", están totalmente determinados por ellas. La ciencia tiene la misión de encontrar las leyes especiales según las cuales se realiza en sus detalles la determinación, y después, "explicar" los acontecimientos. Según la concepción del positivismo, no existe ninguna diferencia de principio entre el enlace causal en la naturaleza inanimada, en los procesos orgánicos de desarrollo, y la determinación psíquica, la motivación. En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo ha de tener su causa precedente, en el tiempo, la cual, a su vez, tiene como consecuencia necesariamente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto." Cfr. K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, cit., págs. 52 y 53. En la nota 8 de la pág. 52, puntualiza "El positivismo condiciona un determinismo estricto en el sentido del concepto causal-mecanicista del mundo". Vid. También en este sentido, G. Bettioli, Diritto penale, cit., 1973, página 21. Derecho Penal Parte General.

³² Escribe Bettioli, interpretando el espíritu del positivismo (que combate) "admitir el libre arbitrio significaría reconocer un hiato, una fractura en el desarrollo de la vida del mundo que la mente humana no puede aceptar sin destruir de raíz la posibilidad de una investigación científica..." Derecho Penal. Parte General, pág. 24 y ss. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1961.

³³ Ferrí, citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 182. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

³⁴ Garófalo, citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 182. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

³⁵ Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, pág. 81. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1990.

³⁶ Cfr. Mir Puig. Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. corregida y puesta al día, pág. 17 y ss. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, España, 1990.

logrado extenderse en la doctrina y en las legislaciones.³⁷ En cualquier caso, el presupuesto de la defensa social se situó en el delincuente, en lugar de buscarse en el delito como en la doctrina clásica. Era en el sujeto en donde radicaba la peligrosidad. El delito no constituía más que una manifestación indiciadora de la peligrosidad de su autor.³⁸

La observación de la realidad había de conducir al descubrimiento de las causas del delito, como factor de la peligrosidad de su autor; todo ello posibilitado por la concepción determinista (causal) del fenómeno criminal. Antes que nada debían removerse las causas últimas del delito. A la respuesta de cuáles eran estas causas concurrieron distintas opiniones, que constituyen las distintas direcciones mantenidas en el seno de la Escuela Positiva. Baste recordar que, mientras el fundador de la *Scuola*, Cesare Lombroso, inició una **concepción antropológica** de las causas del delito (el delincuente es un ser constitucionalmente anormal, caracterizado por atavismo),³⁹ Ferrí añadió el estudio de los **factores sociales** (el delito es producto de anormalidades biológicas y sociales).⁴⁰ La clase de medidas de defensa social a aplicar depende de la concepción que se adopte. Quienes, como **Lombroso**, creyeron en el delincuente atávico, pidieron para él la muerte, como único medio de inoculación. Ferrí pudo introducir otro tipo de medidas de naturaleza social: o "sustitutivos penales". De acuerdo con esto, la investigación de las causas sociales del delito permite adoptar medidas preventivas de carácter político-general, para modificar las condiciones sociales que llevan a delinquir. Es una importante consecuencia del método experimental.

Las medidas de defensa contra el delito afectaron a la concepción tradicional de la pena. Si el fundamento de la defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos no se basa ya en la culpabilidad, la pena, a cuyo concepto es esencial la idea de castigo por el hecho cometido, deja de aparecer como respuesta adecuada. Si la defensa social debe estar dirigida por el conocimiento científico-positivo de las causas que producen la peligrosidad en el sujeto y llevan al delito, la única medida ajustada a las exigencias científicas habrá de ser aquella que el estudio de la personalidad del sujeto y de sus factores sociales haga necesaria para contrarrestar su peligrosidad criminal. Todo aquello condujo a la Escuela Positiva a

³⁷ Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, pág. 66. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. Argentina, 1958. También el artículo 52 del Código Penal Federal de México, antes de la última reforma tenía por base a la peligrosidad para la imposición de la pena.

³⁸ - Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, pág. 66. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. Argentina, 1958. También el artículo 52 del Código Penal Federal de México, antes de la última reforma tenía por base a la peligrosidad para la imposición de la pena.

³⁹ - Escribe, en este sentido Antón Oneca: "En lugar del delito, entidad jurídica abstracta, la realidad encontrada por el criminalista era el delincuente, sometido a las tendencias biológicas de su organismo y a los influjos del medio físico y social. Si para la Escuela Clásica el delincuente era solamente el sujeto del delito, un elemento de los varios en que el análisis lógico descompone la infracción criminal, por el contrario para la escuela positiva el delito se convertía en un mero síntoma de peligrosidad del sujeto, pasando a ser éste el protagonista de la justicia penal" Derecho Penal, pág. 24. Madrid. España, 1949.

⁴⁰ - vid. también L. Jimenez de Asua, Tratado de Derecho Penal, cit., II, pág. 69. Sainz Cantero, Mir Puig. pág. 183.

reclamar la sustitución de la pena por medidas de seguridad.⁴¹ Se diferencian de la pena en que no son castigo de un hecho pasado, sino prevención, según la índole y entidad de la peligrosidad del sujeto, de delitos futuros.

Sin embargo, es equivocado pensar que con el concepto tradicional de pena se prescindió de la utilización de la idea de represión *quia peccatum est*. Así, Ferri reconoce que una clase de medidas de seguridad deberá tener carácter represivo, "del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clásica."⁴² Pero también esta forma de represión debe individualizarse en razón de la temibilidad del delincuente, y no por su culpabilidad,⁴³ así se manifiesta su verdadero carácter de medida de seguridad en el pensamiento de la Escuela Positiva. La represión no se concibe más que como instrumento exclusivamente dirigido a contrarrestar la peligrosidad criminal, causa del delito y originada a su vez por otros factores sobre los que ha de incidir.

C. El método de la Terza Scuola.

Las polémicas suscitadas entre las corrientes clásica y positiva, alimentaron el surgimiento de otras escuelas, que han sido llamadas eclécticas. Tal es el caso de la fundada por Carnevale⁴⁴ y Bernardino Alimena,⁴⁵ al primero se debe la designación de **Terza Scuola**.⁴⁶ Otros autores-como Longhi y Sabatini- vinieron en ella a confluir, e incluso representantes del clasicismo y del positivismo criminológico, que rectificaron la pureza de sus premisas iniciales.⁴⁷

Su método fue expresión del carácter conciliador que la animó. Si la Escuela Clásica empleó un método racionalista, abstracto deductivo y dirigido a elaborar un Derecho natural, racional o ideal que constituía su objeto, y la Escuela Positivista fijó su atención a la realidad empírica, que pretendió estudiar con el método experimental, la **Terza Scuola** quiso unir el método idealista del clasicismo

⁴¹ - Ferri, con su sentido de adaptación a las tendencias ideológicas de cada momento, dio el paso al Sociologismo jurídico que, preparado por la jurisprudencia de intereses de Heck, encontraría amplio eco en la metodología jurídica general. Ver a Hernández Gil. Metodología de la Ciencia del Derecho 2ª ed. Madrid, 1971, I, págs. 265 y ss., K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, cit., págs. 78 y ss., R. Zippelius, dice que la voluntad de adaptación a la nueva corriente sociológica aparece claramente en Ferri por el hecho expresivo de que de que hasta su 3ª edición no recibió su definitivo título de Sociología criminal, que en las ediciones precedentes se designaba: citado por Mir Puig, pág. 184. EL propio Ferri expone una pormenorizada clasificación de las distintas explicaciones positivistas del fenómeno delictivo.

⁴² - No obstante la máxima realización legislativa de la Scuola, el Proyecto Ferri 1921, no habla de "medidas de seguridad", sino de "sanciones criminales". Bettiol. Derecho Penal. Parte General, págs. 33 y ss. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 1961.

⁴³ - Cfr. Ferri, citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 182. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁴⁴ - Beristain. Medidas Penales en Derecho Contemporáneo, pág. 45. Editorial Reus, S.A. Madrid. España, 1974.

⁴⁵ - Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, pág. 185 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁴⁶ - Cfr. Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 186. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁴⁷ - Su segundo trabajo sobre el tema se tituló: Una terza Scuola di Diritto penale in Italia en "Rivista di discipline carcerarie" julio 1892.

con el método naturalista del positivismo. Lo expresa Alimena con la frase: "a nosotros nos corresponde la tarea de integrar la exigencia jurídica con la exigencia psicológica y sociológica"

El contenido atribuido por la **Terza Scuola** a los puntos nucleares del Derecho penal, había de participar, de la dicotomía metodológica apuntada. Así, Carnevale proclama, por una parte, la "reforma social" como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia, pero rechaza, por otra parte, la concepción del delincuente nato de Lombroso, reclamando se distinga entre "casualidad" y "fatalidad". Y, mientras Alimena niega el libre albedrío, admite la distinción de imputables e inimputables, según se posea o no "aptitud para sentir la coacción psíquica", esto es, "dirigibilidad".⁴⁸

El eclecticismo no determina innovación alguna en el objeto ni en el método atribuidos a la ciencia jurídico-penal. No hace más que unir los dos objetos anteriormente elegidos, con sus métodos respectivos al lado del Derecho natural, racional o ideal, se coloca la realidad del delito y del delincuente, como fenómenos empíricos, y junto al racionalismo idealista se introduce el método inductivo.

D. El método de la dirección técnico-jurídica.

La lucha de escuelas, entre clasicismo y positivismo criminológico, dio como resultado el olvido del Derecho positivo. La Escuela Clásica reclamaba el estudio del Derecho natural, ideal o racional. La Escuela Positiva giró su atención a la realidad metajurídica. La **Terza Scuola** se limitó a combinar ambos enfoques. En todos los casos, el resultado fue el abandono del Derecho penal vigente, que quedó en manos de una práctica falta de la imprescindible guía teórica. Quedó abierto en Italia el abismo que separa teoría y práctica todavía en nuestros días

Ni la ciencia penal alemana, ni la propia especulación jurídico-privada italiana se hallaban a principios de siglo en la mencionada situación. En Alemania, como en el Derecho privado italiano, no se habían producido los dos fenómenos culpables del olvido del derecho positivo por parte de la ciencia penal italiana: ni la elección del Derecho natural como objeto, ni la de la realidad metajurídica.

En Alemania, el Derecho positivo había sido siempre el objeto de estudio de la ciencia penal, aunque la Escuela Histórica que inició Savigny introdujese en la elaboración de ese objeto el elemento histórico, como medio de constante renovación del Derecho positivo. Esto no encerraba contradicción alguna, pues el derecho

⁴⁸ - Antón Oneca, Derecho Penal. I, pág. 25. Madrid. España, 1949.

vigente se concebía, a su vez, como el producto del desarrollo histórico de las ideas jurídicas del pueblo.⁴⁹

El positivismo filosófico se reflejó en Alemania en un positivismo jurídico, y no en un positivismo naturalista como el que inspiró a la Escuela Positiva italiana. Allí el positivismo dio lugar al nacimiento de la moderna dogmática penal (Binding, Von Liszt, Belling). Esto explica también el retraso que en la elaboración del Derecho positivo aquejaba a la ciencia penal italiana en comparación con su ciencia jurídico-privada, que había plasmado en positivismo jurídico el ambiente cultural positivista de la segunda mitad del siglo XIX.⁵⁰ Se llegó, así, a la siguiente situación: mientras que el positivismo había estimulado vivamente en Alemania, como en el Derecho privado italiano, la elaboración de una específica ciencia jurídica, la ciencia penal italiana impidió concentrar la atención en el Derecho positivo, contribuyendo, por el contrario, a situar la total discusión teórica en terreno "doctrinal", entre un Derecho natural carente de la suficiente concreción para constituir la firme base de una elaboración rigurosa y detallada, y una realidad que, por ser extrajurídica, escapaba, de pronto, a los juristas, faltos de la necesaria preparación antropológica o sociológica,⁵¹ y dejaba, en todo caso, sin estudiar el Derecho penal positivo. En Italia, el positivismo criminológico combatió el planteamiento metafísico de la Escuela Clásica, pero, como dice Stampa, "demoliendo sin reedificar, terminó por limitarse a la tarea que es, <relativamente, la más fácil> a la tarea crítica o negativa, ¡llegando al final a un Derecho penal... sin derecho!".⁵²

A comienzos de 1910 denunció Rocco este estado de cosas y propuso un cambio en el método de la ciencia penal italiana. En el famoso discurso sobre **Il problema e il metodo della Scienza del diritto penale** que pronunció en la Universidad de Sassari, calificado por algunos como la **Magna Charta** del tecnicismo jurídico, inauguró la dirección técni-jurídica. Critica las orientaciones metodológicas imperantes: "Por momentos todavía se navega en pleno Derecho natural o racional o ideal, complaciéndose en ejercicios académicos empaquetados aún de Metafísica y de Escolástica; por momentos, en cambio, se detiene uno en medio de un cúmulo de fluctuantes conceptos políticos que, puestos al servicio de las tesis más dispares,

⁴⁹ - Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, págs. 88 y ss., Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. Argentina, 1958., donde resume la posición de la dirección eclética examinada: "En suma, la Terza Scuola acepta el principio de defensa social, pero no entendida ésta en el sentido naturalista, ni meramente utilitario, y base en ella el Derecho Penal que tiene como medida la justicia y como el límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de defensa de la sociedad. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a sus defensores a la escuela positivista; en cambio, la distinción, entre imputables e inimputables les emparenta con la escuela clásica".

⁵⁰ - Sobre la Escuela Histórica alemana Hernández Gil Metodología de la Ciencia del Derecho, cit., I, págs. 89 y ss.; K.Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, pág. 25 y ss.; R. Zippelius, Das Wesen des Rechts, cit., págs. 8 y ss.; L. Legaz y Lacambra, Filosofía del Derecho, 3ª ed., Barcelona, 1972, págs. 99 y ss. Mir Puig, pág. 187. Los anteriores autores citados por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 187. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España, 1982.

⁵¹ - Stampa Braund Introducción a la ciencia del Derecho, Tomo II, pág. 125. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1958.

⁵² - Jiménez de Asúa reconoce, por una parte, que, "aunque parezca paradoja, retraso - la Escuela Positiva - la mismo tiempo el progreso de la Criminología", y, por otra parte, que "el positivismo cae en el racionalismo al renunciar a sus investigaciones y dedicarse a la cita de lo viejos autores". Todo ello es fruto inevitable de la falta de especialización antropológica o sociológica de los juristas de la Escuela Positiva. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo II. 2ª ed., pág. 83. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1958.

hacen perder, naturalmente, el tiempo que reclaman para su estudio; por momentos se corre detrás de inasequibles conceptos biológicos, psicológicos o sociales, que cuando, precisamente, son verdaderos y fundados- y están muy lejos de serlo siempre- no sirven para nada, separados de la investigación jurídica. Y constantemente se abandona al desenfrenado deleite de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus inmoderadas tendencias reformadoras, no encuentra límites, que a menudo incluso desconoce la ley antes de criticarla y que pretende sacudir desde su base casi todo el derecho constituido".⁵³

El único modo de sacar a la ciencia penal de su lamentable atraso, debido a las causas mencionadas, es, para Rocco, volcar los esfuerzos en la elaboración del Derecho positivo con arreglo al método dogmático seguido en Alemania con carácter general y en Italia en otras ramas del Derecho: urge "mantenerse firmes, religiosa y escrupulosamente aplicados al estudio del Derecho... Hablo tan sólo del Derecho positivo vigente, el único que la experiencia indica y el único que puede formar el objeto de una ciencia jurídica". En cuanto al modo de aproximarse a este objeto, debe reducirse la ciencia penal "principalmente, por no decir exclusivamente, como ya se ha efectuado hace tiempo en el Derecho privado, a un sistema de Principios de Derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, a un estudio, en suma, general y especial del delito y de la pena bajo el aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Y esta dirección, llamada técnico-jurídica, es la única dirección posible en una ciencia precisamente jurídica, y, por añadidura, de carácter especial -como es aquella que lleva el nombre de ciencia del Derecho Penal- y la única de la que puede esperarse una reconstitución orgánica de la debilitada compaginación científica del Derecho Penal".⁵⁴

Este autor recoge los frutos del positivismo como movimiento ideológico general, en la ciencia jurídico-penal alemana, con sus construcciones lógico-formales, ejemplos en que se inspira la dirección técnico-jurídica italiana.⁵⁵ Para definirla no bastaría, pues, señalar su elección del derecho positivo como específico objeto de la ciencia penal. Debe añadirse que a tal objeto se dirige con total rechazo de interferencias filosóficas procedentes de la realidad empírica. Esta es, sin duda, la intención encerrada en la denominación "dirección técnico-jurídica".⁵⁶

La anterior precisión del sentido positivista de la escuela fundada por Rocco permite sugerir la siguiente diferenciación, a veces indagada por la doctrina,

⁵³ - Stampa Braun, Introducción a la Ciencia del Derecho Penal, Tomo II, pág. 125. Valladolid. España, 1953.

⁵⁴ - Rocco, Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale, en Opere giuridiche, III, Roma, 1933, pág. 266. Citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 189. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁵⁵ - Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, pág. 125. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. Argentina, 1958.

⁵⁶ - Maggiore llegó a afirmar exagerada pero expresivamente, que la dirección técnico-jurídica nació en Alemania con la teoría de las normas de Binding (Prolegomeni al concetto di colpevolezza, Palermo, 1950, p. 22).

entre dirección técnico-jurídica y dogmática jurídica. Mientras que esta última alcanza a toda elaboración sistemática del Derecho positivo, el positivismo jurídico estricto, y dentro de él la dirección técnico-jurídica, no son más que una de las posibles orientaciones del estudio del Derecho positivo. En otras palabras: la dirección técnico-jurídica no equivale a la dogmática, sino que representa sólo una concreta dirección -el positivismo jurídico- dentro de ésta.

Pese a las críticas, Rocco se cuidó de evitar el exceso de formalismo que contra su escuela se alega. Aunque Rocco se sitúa en las premisas ideológicas del positivismo jurídico estricto, intenta un estudio realista del Derecho positivo. En su mismo discurso de Sassari, afirma que el Derecho no es otra cosa que superestructura de fenómenos humanos y sociales que subyacen a él; que no es posible, por tanto, conocer aquél sin conocer éstos.

Con la irrupción del neokantismo, la filosofía de los valores, el irracionalismo y el existencialismo, se va superando progresivamente la mentalidad positivista, cientifista y formalista, que había dominado el espíritu de la segunda parte del siglo XIX y comienzo del actual. También Von Liszt destacó la trascendencia del fin y de los intereses sociales subyacentes al Derecho Penal, siguiendo las enseñanzas metodológicas de Ihering. La "pena final" preventiva⁵⁷ y el concepto de bien jurídico como interés de la vida social protegido por el Derecho fueron los dos pilares básicos de la concepción jurídico-penal de Von Liszt. Y sin embargo, se le considera unánimemente, y con razón, uno de los más típicos representantes del positivismo más riguroso.

La explicación ha de buscarse en la doble dirección que imprimió el positivismo: la jurídica y la criminológica o empírica. El formalismo de Binding ofrecería un ejemplo de positivismo jurídico puro;⁵⁸ la Escuela Positiva sería el paradigma del positivismo criminológico. Pues bien, en Von Liszt confluyeron ambos aspectos, lo que explica que pudiera aludir a la realidad metajurídica sin desbordar el planteamiento positivista. Paralelamente, aunque salvando las considerables distancias, el "realismo" que subraya Stampa en el planteamiento de Rocco puede interpretarse también dentro del marco del positivismo. Por ello, de la misma forma que el neokantismo, la Escuela de Kiel o el finalismo no han sido meras correcciones "internas" de la metodología positivista, a pesar de que de ella han respetado la dedicación al Derecho positivo e incluso las bases de la construcción dogmática del delito, no puede afirmarse, sin más, que una crítica como la representada por la "jurisprudencia de valores" de Bettioli alcanza solamente a "las exageraciones

⁵⁷ - El origen positivista común a la Escuela Positiva y a la dirección técnico-jurídica es subrayado por Bettioli: "La desconfianza de los técnicos -Rocco a Manzini, de Massari a Vannini- frente a toda discusión filosófica, frente a toda cuestión planteada más allá de la experiencia sensible, que para ellos es experiencia del Derecho positivo, no es en sustancia diversa a la oposición de la filosofía de un positivista acritico como Ferri o de uno refinado como Crispigni... Estamos en el mismo plano no sólo en las premisas, sino también en el método de investigación". Derecho Penal. Parte General, pág. 52 y ss. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1961.

⁵⁸ - Citado por Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 193. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

formalistas" de la dirección técnico-jurídica,⁵⁹ cuando en realidad se supone el rechazo de sus fundamentos mismos (el positivismo).

Lo anterior pretende dar idea del significado general del método propio del tecnicismo jurídico-penal iniciado por Rocco, dentro del contexto de la general evolución de la dogmática jurídico-penal: la dirección técnico-jurídica no equivale a la dogmática sino que es sólo una de las concepciones (positivistas) que esta última ha adoptado en el estudio del Derecho positivo.

¿Cómo concretó Rocco tal punto de partida metodológico? Siguiendo el camino trazado por el positivismo alemán, distinguió tres momentos centrales en la elaboración jurídico-penal: la interpretación o exégesis, la dogmática y la crítica.⁶⁰

La fase exegetica persigue descubrir el sentido de las proposiciones jurídico-penales. Es el primer paso en cualquier método dogmático, que busca la elaboración del Derecho positivo, pues el significado de las disposiciones jurídicas constituye el específico objeto sobre el que deberá levantarse la ciencia del Derecho positivo. Del planteamiento positivista de Rocco en esta primera fase se obtienen los datos empíricos a los que, en la fase dogmática, se aplicará el método inductivo, primer momento de los métodos "positivos" de las ciencias experimentales, para seguir, como también hacen éstas, con la utilización del método deductivo. Aquí se demuestra claramente -escribe Bettiol- cómo el método del tecnicismo jurídico coincide con el empleado por las ciencias de la naturaleza, que parte de la distinción en dos fases, la primera inductiva y la segunda deductiva.⁶¹

El segundo momento del método técnico-jurídico es el "dogmático". Este término es desacertado, porque toma el todo por la parte: la dogmática no es una fase, sino el método jurídico-penal en su conjunto. Preferible es, por ello, designar esta fase con la palabra "sistemática" (o "sintética" frente a la fase "analítica" propia de la interpretación), que expresa su contenido específico. En ella se aplica el método inductivo sobre los preceptos jurídico-penales previamente interpretados en la fase exegetica. Tales resultados son las categorías conceptuales de carácter general (dogmas) y, en último término, el sistema a que cabe reducirlas. De ambos se espera poder deducir consecuencias relevantes para la aplicación de la ley (fase deductiva).

Adviértase el significado positivista de la progresión metódica del tecnicismo jurídico-penal. En particular, la analítica separación de fases olvida que en el estudio dogmático todos los momentos metódicos se hallan implicados. Así, la

⁵⁹ - Aunque, como señala Sainz Cantero, en Binding - en quien se inspiró principalmente Rocco - se encuentra ya la advertencia de que en la elaboración del Derecho no debe perderse de vista la realidad: Esto viene a abonar la compatibilidad, que se afirma en el texto entre el "realismo" de Rocco y sus premisas positivistas, distintas de las que permitiría una crítica como la de Bettiol.

⁶⁰ - Contra lo que opina Stampa Braund. Introducción a la Ciencia del Derecho Penal, pág. 149. Valladolid. España, 1953.

⁶¹ - Rocco, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, en Opere giuridiche, pág. 297. Citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 194. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

interpretación de los preceptos legales no puede separarse de las categorías sistemáticas. Por el contrario, éstas han de iluminar el sentido de las proposiciones jurídico-penales, hasta el punto de que en tal función encuentran buena parte de su justificación.

La tercera fase del método técnico-jurídico es la crítica.

Mientras que las dos fases anteriores se ocupan de conocer el Derecho positivo tal como es, la "crítica" se concreta en determinar si ese Derecho positivo, previamente conocido, es, o no, como debiera ser.⁶² La naturaleza de esta última fase es abiertamente distinta a la de las otras dos, a las que, más que añadirse a un mismo nivel, se contraponen. A este último momento parece reservarse la formulación de juicios de valor sobre el Derecho vigente, lo que constituye uno de los rasgos de la construcción de Rocco más expresivos de su planteamiento positivista. En las fases de interpretación y formación del sistema no se considera lícita la introducción de valoraciones. Sólo en una fase posterior a la propia elaboración del Derecho positivo - la fase crítica- se admiten los juicios de valor. Esta separación entre conocimiento científico del Derecho positivo y valoración, es característica del método positivista, que no quería reconocer la naturaleza esencial e inevitablemente valorativa de todo lo jurídico.⁶³ La escuela sudoccidental alemana y la filosofía de los valores vendrían, más tarde, a subrayar el carácter valorativo del Derecho penal: la valoración no sólo pertenece a una etapa externa al conocimiento del Derecho positivo ni solamente en forma crítica, sino que ha de inspirar el núcleo mismo de la interpretación de las normas jurídico-penales y de la construcción del sistema. Interpretar es descubrir la valoración expresada por la ley; crear un sistema no es, tampoco, tarea puramente lógico-formal, sino que propone encontrar el sistema que mejor (valorativamente) responda al mundo de valores expresado por el Derecho positivo.⁶⁴

2. Alemania y la historia del método dogmático.

Después de las tres posibilidades históricas de evolución del método y elección de su objeto-Derecho natural (Escuela clásica), realidad empírica (Escuela Positiva) y Derecho positivo (dirección técnico-jurídica)-, toca ahora el examen de la historia del método penal en Alemania, que trae a primer plano las posiciones desde las cuales se ha estudiado el objeto representado por el Derecho positivo. La ciencia penal germánica no ha concebido el método de formas tan dispares que haya llegado, como en Italia, a determinar un verdadero cambio del objeto de estudio. En términos generales puede afirmarse que la historia del método en Alemania se reduce, casi

⁶² - Bettiol. Derecho Penal. Parte General, pág. 52 y ss. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1961.

⁶³ - Cfr. Stampa Braund, Introducción a la Ciencia del Derecho penal, pág. 105. Valladolid, España, 1953.

⁶⁴ - Es justo, no obstante, añadir que, al introducir la crítica, si no en la fase de elaboración del Derecho positivo, sí entre los cometidos de la ciencia jurídica, Rocco prepresenta una versión "moderada" del positivismo jurídico. Piénsese que la extrema actitud positivista entiende que "el jurista puede y debe utilizar la crítica del Derecho positivo..., pero ese horizonte lo considera fuera de su campo de acción como "científico del Derecho": cfr. A. Latorre, Introducción al Derecho, 1ª ed., pág. 130. Barcelona, España, 1968.

siempre, a la evolución del método dogmático, esto es, de la ciencia del Derecho positivo. Esta es la razón lógica; la histórica, por su cuenta, nos dice que la ciencia penal moderna nace en Italia, con Beccaria, por la que se estudia la evolución germánica después de la italiana.

A. Los inicios del método dogmático.

Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del positivismo que originaria en Italia el tecnicismo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a Feuerbach el "fundador de la ciencia del Derecho penal alemana", como escribió Von Liszt. Desde la aparición de su "**Revisión**" y su **Lehrbuch** hasta la obra de Binding, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo "intensiva y extensivamente".⁶⁵ Era lógico, ya que el movimiento ideológico que hizo nacer en toda Europa la ciencia penal moderna se remota, como es sabido, a la Ilustración, de forma inmediata por obra de Beccaria. Pero en Alemania faltó la pronta cristalización política y, consiguientemente, legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la Revolución. Ello produjo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal alemana. Mientras que en Francia la realización efectiva de las concepciones liberales en el Derecho positivo permitió ya desde fines del siglo XVIII el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a una actitud de franca vinculación al Derecho positivo, en Alemania-como en Italia-, al hallarse la legislación penal anclada todavía en el espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el Derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época.

La indicada diferencia en el estado del Derecho positivo en Francia, por una parte, y en Alemania, como en Italia, por otra, constituye una de las bases que explican la distinta actitud de estos países frente al Derecho natural. En Francia -como señala Latorre- la publicación a principios del siglo pasado de los códigos napoleónicos hizo que la mayoría de los juristas se concentrase en su comentario. Nació así la llamada "escuela de la exégesis", que presidió el pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo XIX.⁶⁶ Su primer principio fue: El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley.⁶⁷ Ante una legislación liberal como la napoleónica ello poseía un significado político inequívoco. Se respetaba la ley, porque formalmente era expresión de la voluntad popular y materialmente respondía a los postulados del Derecho natural racional. La oposición

⁶⁵ - Desde la perspectiva de su "jurisprudencia de valores", se opone Bettiol al concepto de "sistema" propio del tecnicismo jurídico, esto es, positivista: "...no podemos hacer nuestros los cánones de un logicismo que únicamente persigue la elaboración de un orden propio del sistema sustancial, del contenido de las normas que reúne".

⁶⁶ - Citado por Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 198. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

⁶⁷ - Cfr. A. Latorre, citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 198. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

al iusnaturalismo que caracterizó a la metodología francesa del siglo pasado no reflejaba, según esto, un cambio esencial en el contenido respecto de los principios defendidos por el Derecho natural liberal de la Ilustración. En este sentido puede afirmarse que "el auge general de las codificaciones produjo, como curioso efecto, que estando ellas inspiradas en las ideas iusnaturalistas, engendraran una mentalidad y una ciencia jurídica eminentemente positivistas".⁶⁸

El espíritu de la Ilustración se había expresado ya en el código prusiano de 5 de febrero de 1794, fruto de las ideas político-criminales de Federico el Grande, aunque promulgado por su sucesor, como había sucedido en Austria con el código de 1787, obra de José II. Pero, si bien más moderado que éste, el Código de Prusia era todavía un inequívoco exponente del absolutismo, siquiera en su versión de despotismo ilustrado.

El primer Código Penal liberal es el bávaro de 26 de mayo de 1813, obra de Feuerbach en la que desarrolló en claro y preciso articulado su concepción de la pena basada en la prevención general en forma de intimidación psicológica. De él ha podido decirse que sirvió de punto de partida al desarrollo jurídico-penal de la época del Estado liberal de Derecho, que durante un siglo estaría presidido por el espíritu de su autor, Feuerbach. Ahora bien, hasta la entrada en vigor de ese Código, la ciencia penal liberal no había podido, obviamente, apoyarse en el Derecho positivo; por otro lado, la falta de unidad política de Alemania, con la consiguiente diversidad legislativa, dificultó sobremanera una elaboración científica apoyada en una base jurídico-positiva común. Añádase a esto la prohibición por el gobierno de Baviera (19 de octubre de 1813) de comentarios al Código Penal, cuya necesidad creyó poder obviarse por medio de la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes, que a despecho de Feuerbach no se encargó a él, sino a su contrincante von Goner.⁶⁹ Era lógico pues: 1º Que antes de la publicación del Código bávaro la ciencia prefiriese la búsqueda del Derecho ideal al estudio de un Derecho positivo perteneciente a otra época cultural; 2º que incluso después del código de Feuerbach se mantuviese puesta la mirada en principios jurídicos racionales, como modo de compensar la falta de unidad legislativa y de la posibilidad misma de comentar el primer Código liberal.

Según Schmidt, antes incluso de que la obra de Beccaria fuese conocida en Alemania, Hommel desarrolló en este país las ideas de la Ilustración. En cualquier caso él tradujo a Beccaria en 1778, con adición de notas propias. Una importante diferencia medió, sin embargo, entre ambos autores: Hommel rechazó la estrecha

⁶⁸ - Cfr. A. Hernández Gil, Metodología de la Ciencia del Derecho, pág. 81. Citado por Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 198. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

⁶⁹ - Cfr. A. Latorre añade: "En realidad, este positivismo reposaba sobre la plena y tácita aceptación del conjunto de valores que había desarrollado la Escuela del Derecho natural racionalista. Había adquirido éste un aire militante cuando su trinidad programática: vida, libertad y propiedad, encarnaba la mentalidad y los intereses de una burguesía pujante que encontró en tal ideología la gran rama contra las ya desfallecidas estructuras feudales, que aún quedaban como obstáculo a su plena expansión. Triunfante esta clase social, el viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora, para lo cual nada mejor que un positivismo que pusiera el centro del Derecho en un Estado, que era entonces el Estado predominantemente burgués". Citado por Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 199. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

vinculación del juez a la ley propugnada por Beccaria. Sin duda, ello se debió a la distinta perspectiva en que ambos se situaron. Beccaria imaginaba un Derecho ideal que había de llevarse a la práctica. En cuanto expresión de la voluntad general, había de vincular al juez, mero portador de una voluntad particular⁷⁰ Hommel, en cambio, partía de la realidad de un Derecho positivo constituido por la **Constitución Criminalis Carolingia** y por las legislaciones de los Estados alemanes, inspiradas en principios semejantes. Para corregir el temor de tal Derecho, Hommel creía necesario otorgar amplio arbitrio al juez, para que pudiese usarlo como vía de introducción de los postulados de la Ilustración.⁷¹ El planteamiento de Hommel tiene interés, porque expresa el camino medio, entre la pura especulación naturalista -o historicista- y el sometimiento a la ley, camino que, con diversos acentos, iba a caracterizar a la ciencia penal alemana hasta la obra de Binding. Es constante en esta amplia época mezclar los principios de Derecho natural dictados por la razón y las leyes positivas. Al Derecho natural se acude como medio de interpretación y corrección del Derecho positivo.

Los matices son distintos según el momento y los autores. A fines del siglo XVIII y principios del XIX solió acentuarse el papel del Derecho natural, que llegaba a considerarse verdadera fuente del Derecho para el juez. Klein -autor del Código Penal prusiano de 1794- y Kleinschard representaron esta época. El título mismo de la obra resulta expresivo de la indicada mezcla de Derecho natural y positivo: **Systematische Entwicklung der Grundgriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung** (1794).

En el desarrollo de la teoría de la pena, Stubel (1795), seguido por Grolman (1798), partió de esta actitud metódica para proponer su teoría de la prevención especial, mientras que Feuerbach defendía la prevención general. La primera posición respondía literalmente a la mentalidad del despotismo ilustrado: la corrección del delincuente por el Estado era una de las manifestaciones del deber de educación de los ciudadanos desde el poder. La teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, íntimamente vinculada al principio **nullem crimen, nulla poena sine lege** -cuya formulación latina ya sabemos que procede de dicho autor-, apareció, frente a ello, como la primera concepción adecuada a un Derecho penal no sólo ilustrado, sino también liberal. No se pretende desconocer con esta afirmación el significado liberal de la teoría absoluta de la pena formulada anteriormente por Kant, cuya formulación retributivo-talionar no consiguió influir en la ciencia ni en la práctica penales, por lo que pertenece más a la historia de la filosofía penal. En particular, el método absolutamente apriorístico y desvinculado del Derecho positivo no refleja el planteamiento metodológico usual en la ciencia jurídico-penal alemana de la época, que mezclaba Derecho racional y Derecho positivo.

⁷⁰ - Schmidt, *Einführung*, cit., pág. 267. Citado por Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 200. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁷¹ - Cfr. C. de Beccaria, *De los delitos y de las penas*.

La actitud metódica de Feuerbach sí respondía a la indicada combinación de normas positivas y principios ideales. Si a fines del siglo XVIII la ciencia, como la práctica, afirmaban el predominio del Derecho natural sobre el positivo, Feuerbach invirtió la relación, reclamando un papel decisivo para la legislación penal positiva. En una frase podría resumirse la nueva posición metodológica: la filosofía "sólo puede aclarar la jurisprudencia positiva, sin que le sea lícito dominarla". Y sigue Feuerbach: "Estas fronteras las he respetado puntualmente (por mucho que los filósofos se burlen de mí o me compadezcan por ello)".⁷² En el mismo lugar había afirmado que en la jurisprudencia positiva corresponde a la filosofía un uso exclusivamente formal, en el sentido de que está llamada solamente a iluminar los conceptos positivos, a servir de ayuda en la búsqueda de principios generales que, sin embargo, deberán poder "deducirse de fuentes positivas".⁷³

El planteamiento formulado fue, no obstante, más que efectivamente realizado, un programa que sólo la ciencia penal posterior había de llevar a la práctica. A la hora de determinar aquellos principios generales que debían derivarse de "fuentes positivas", como la teoría de la pena y de la imputación, incumple sus propósitos y afirma la necesidad de asignar a la filosofía una función no sólo auxiliar -formal-, sino propiamente sustitutiva del Derecho positivo -"material"-. Como dice Schmidt, "aquí se muestra Feuerbach todavía como el más puro filósofo de la Ilustración, como el más puro jurista del Derecho Natural, que no sólo considera posible un conocimiento de la verdad rigurosamente objetivo en el ámbito del mundo natural susceptible de explicación causal, sino que, del mismo modo, cree lícito buscar y posible encontrar verdades definitivamente objetivas también en el reino de los valores culturales".⁷⁴ La razón de este abandono del terreno del Derecho positivo es, según el mismo Feuerbach, que todavía no se han realizado en la legislación de su momento histórico los principios sobre la pena y la imputación que la razón descubre. Por ello, cuando las leyes positivas incorporen estos dictados de la razón, el jurista podrá y deberá abandonar la esfera del Derecho natural, para limitar su estudio al Derecho positivo. Es una consecuencia obligada por el contenido que asigna a su teoría "racional" de la pena; la coacción psicológica ha de operar exclusivamente a través de la conminación legal positiva (**nulla poena sine lege**). El propio Derecho natural, del que deriva esta concepción, conduce al Derecho positivo.

Feuerbach, en su obra y con el Código que redactó para Baviera, inició la ciencia penal liberal del siglo XIX. Como él anunció, esta ciencia tendió a solucionar la tensión entre Derecho natural y Derecho positivo en el sentido de preeminencia del

⁷² - E. Schmidt, *Einführung*, cit., págs. 219 y ss., y 222 y ss. Citado por Mir Puig en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 201. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁷³ - Feuerbach *Revisión der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799-1800, I, pág. XX, cit., por E. Schmidt, *Einführung*, cit., pág. 236. Citado por Mir Puig, pág. 203 en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 201. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁷⁴ - Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 203. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

segundo. La paulatina promulgación de Códigos penales ajustados al espíritu liberal, favoreció decisivamente esta vía. Pero la diversidad legislativa, reflejo de la falta de unidad política de Alemania, impidió el total abandono del auxilio del Derecho natural, que siguió inspirando el estudio del Derecho positivo. También contribuyó a ello la ya mencionada prohibición de comentarios científicos al Código Bávaro de 1813, el que mejor hubiese podido servir de base a una dogmática limitada a las leyes positivas. Con todo, aun sin abandonar los principios ideales, la ciencia orientó su atención al Derecho positivo, que pasó a ser su definitivo objeto de conocimiento.

Wächter resumió la actitud metodológica de su tiempo en las palabras siguientes: "Al llamo Derecho penal natural (o filosófico) en sí y para sí no corresponde en el Estado fuerza vinculante alguna. Pero es, ciertamente, imprescindible para la comprensión científica del Derecho positivo, así como para su desarrollo y crítica".⁷⁵ De Wächter, escribió Dannenberg: "Wächter fue intensamente positivista; en toda discusión científica encontró su punto de partida en las leyes positivas del presente y del pasado. El principal cometido le pareció el esclarecimiento y la sistematización del Derecho penal vigente, que prevalecieron ampliamente sobre la dedicación a las teorías del Derecho penal".

Wächter y, más claramente todavía, Mittermaier prestaron especial atención a los estudios histórico-jurídicos. En ello se reflejaba, probablemente, el espíritu de la Escuela Histórica de Savigny, a su vez reflejo del Romanticismo. Pero esta dirección alcanzó particular influencia en la ciencia penal a través de la obra de Biener (1829). Tomó posición frente al iusnaturalismo ahistoricista, como Savigny hiciera frente a Thibaut. En realidad, sin embargo, movía a Biener el mismo objetivo que a quienes acudían al auxilio del Derecho natural racional: encontrar un completo unificador de la multiplicidad legislativa de la Alemania de su tiempo. Era lo mismo que pretendía Mittermaier al determinar como tarea de la ciencia penal la búsqueda de "lo común" a los nuevos Derechos particulares, como base de un "nuevo Derecho común".

La diferencia que separaba a la Escuela Histórica de la dirección filosófica era el terreno en que buscaba completar al Derecho legislado. Mientras que la dirección filosófico-positiva -desde Hommel a Wächter, pasando por Feuerbach- apelaba a la necesidad de introducir principios racionales abstractos para elaborar el derecho positivo, la Escuela Histórica acudió a la realidad empírica del Derecho histórico. Ciertamente que tal realidad era, en buena parte, "descubierta" idealistamente por los juristas, representantes del **Volkgeist** en la esfera jurídica.⁷⁶ Por otro lado, tras el planteamiento historicista se escondía un presupuesto apriorístico: la fuerza determinante y la bondad de la historia. En esto último se basan quienes, como Alf

⁷⁵ - Schmidt, citado por Mir Puig en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 203. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

⁷⁶ - Citado por Mir Puig en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 204. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

Ross, denuncian en la Escuela Histórica la presencia encubierta de una forma de Derecho natural.⁷⁷ Pero es indudable que el paso de la pura especulación a los hechos reales históricos llevó consigo una aproximación al Derecho positivo.⁷⁸ La Escuela Histórica no distinguía, en efecto, entre Derecho ideal, o principios ideales, y Derecho positivo, sino que explicaba este último como resultado del devenir histórico y, a la vez, como Derecho histórico mismo, en incesante evolución. En cualquier caso, esto trasladaba definitivamente la atención de la ciencia jurídica al ámbito del Derecho real histórico, esto es, positivo. Al mismo tiempo, no se cerraba la puerta al perfeccionamiento y desarrollo, tan necesarios entonces, de las leyes penales positivas.

Si el método de la Escuela Histórica se caracterizó por estudiar el Derecho positivo desde el punto de vista de un historicismo idealista, la filosofía de Hegel originó una corriente en la ciencia jurídico-penal que exasperó el sentido apriorístico y racionalista de la perspectiva histórica. En nombre de la historia, el método jurídico-penal acentuó la presencia de la filosofía en la elaboración del Derecho positivo. Aunque Hegel murió en 1831, hasta 1840 no alcanzaron sus ideas repercusión relevante en la ciencia del Derecho penal. Pero se abrió el periodo que Kohlrausch ha calificado como de tiranía de la filosofía hegeliana. Aquí importa el planteamiento metodológico de los hegelianos, no el contenido de sus concepciones.

Si el pensamiento de Hegel puede resumirse en la frase: "lo que es racional es real y lo que es real es racional,"⁷⁹ la metodología hegeliana aplicada al Derecho penal gira también en torno a ese lema. Los hegelianos mezclan Derecho positivo y filosofía, del mismo modo que identifican lo real -Derecho positivo- con lo racional -Derecho ideal-. En esto se diferencian de la dirección filosófica que les antecede: ésta era consciente de la diversidad de planos de lo positivo y lo racional.

Con los hegelianos se cierra un gran periodo, el primero, en la historia del método propio de la moderna ciencia penal alemana. Su confusión entre Derecho positivo y racional había llevado al extremo la constante característica central de la metodología que inició la dogmática jurídico-penal en Alemania: la elaboración del Derecho positivo con el concurso de principios ideales, sean absolutos, sean históricos.⁸⁰ Las distintas etapas de esta metódica general pueden resumirse así: 1º

⁷⁷ - Escribe A. Hernández Gil: "Junto al Derecho Popular que es el Derecho por Autonomía, en dependencia de él, la Escuela Histórica reconoce la existencia de un Derecho científico. En un grado incipiente de civilización basta.

⁷⁸ - Ver. A. Ross, Sobre el Derecho y la Justicia, pág. 423 y ss. Buenos Aires, Argentina, 1963.

⁷⁹ - Según Hernández Gil, el primer postulado del método histórico es el empirismo: el Derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos a priori...": 95. Pero ya se ha indicado que tales postulados no respondían totalmente a la realidad: es cierto que se eligió de los derechos históricos, pero no que tal estudio se llevase a cabo sin apriorismos.

⁸⁰ - Pero no se interpretaría correctamente el pensamiento de Hegel si se viese en él la automática elevación de lo real a racional, en una sublimación justificadora de lo real. Lo contrario es, precisamente, lo que quiere expresarse: que sólo es "real" lo racional, esto es, lo que responde a las exigencias de la razón. En este sentido, escribe Marcuse: "En tanto que la realidad no esté configurada por la razón, sigue sin ser realidad, en el sentido enfático de la palabra. Así, la realidad cambia de significado dentro de la estructura conceptual del sistema de Hegel. Lo <<real>> viene a significar no todo lo que existe, sino lo que existe en una forma que concuerde con las normas de la razón. Lo <<real>> es lo racional y sólo esto. Por ejemplo, el Estado sólo se hace realidad cuando corresponde a las potencialidades dadas del hombre y permite su pleno desarrollo. Cualquier forma preliminar de Estado no es aún

Antes de Feuerbach, el Derecho natural se encuentra entre las fuentes del Derecho positivo; 2º De Feuerbach hasta 1840, aproximadamente, predomina el Derecho positivo, aunque moderado por la ayuda del Derecho natural; 3º Desde 1840 hasta 1870, también aproximadamente, vuelve a la prevalencia del Derecho racional en el estudio del Derecho positivo, gracias al hegelianismo.

B. El positivismo

Cuando el positivismo, como movimiento cultural de ámbito general, invadió el espíritu de la segunda parte del siglo XIX, hacía ya tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático.

a. El positivismo jurídico como normativismo.

El positivismo, que triunfó hacia los años 70 del siglo pasado, supuso algo más que el estudio del Derecho positivo: negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática.⁸¹ Esto diferencia el método positivista del empleado por la ciencia alemana desde Feuerbach hasta Binding, caracterizada, como se ha visto, por la apelación a criterios extrapositivos, sean racional-ideales, sean históricos, en la elaboración del Derecho positivo. El método positivista, en cambio, "debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones en realidad social de las normas". En un mimetismo fiel de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, el positivismo jurídico acaba por convertirse en normativismo formalista.⁸² Busca sólo la ligazón lógico-formal entre los conceptos jurídico-positivos, sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al "sistema" conceptual, a la "construcción jurídica". Conseguido lo cual, será posible clasificar, los nuevos conceptos en el seno de las categorías abstractas que integran el sistema.

Tal planteamiento metodológico fue favorecido por la Escuela Histórica, que a nivel de teoría general del Derecho representó la más importante dirección anterior al positivismo. Al centrar su cometido en la interpretación filológica de los textos históricos y la creación, sobre esta base, del sistema jurídico, terminó, sobre todo en su última fase, por convertir su historicismo originario en mero análisis intranormológico, ceñido a la letra de los textos. Paradójicamente, la Escuela Histórica, que había surgido como posición contrapuesta al racionalismo ahistórico de

racional, y, por lo tanto, no es aún real. "Y añade como conclusión central: "de este modo, el concepto de razón en Hegel tiene un claro carácter crítico y polémico. Se opone a toda aceptación ligera del estado de cosas dado". Cfr. H. Marcuse, *Razón y Revolución, Hegel y el resurgimiento de la teoría social*, Madrid, 1971, pág. 17.

⁸¹ - Escribe Larenz: "El historicismo" y el "racionalismo" son los componentes dominantes no sólo del pensamiento de Windscheid, sino de la ciencia del Derecho del siglo XIX en general. Ello significa que, si bien se consideraba todo Derecho como resultado del desarrollo histórico, y, por tanto, como "razonable", que, precisamente por ello, era accesible a la aprehensión conceptual y a la sistematización... La creencia en la razonabilidad del Derecho Positivo diferencia a esta concepción con la suficiente claridad de los positivismos y pseudocientíficos-natural y sociológico. Citado por Mir Puig en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 207. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁸² - Jescheck. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I. pág. 19 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

la Escuela de la exégesis y del iusnaturalismo, contribuyó más que ningún otro movimiento ideológico a introducir en el método jurídico la preocupación por el rigor lógico y por las construcciones sistemáticas abstractas. El propio Savigny inició este camino conceptualista, pero fue Puchta quien acentuó el papel de la lógica. En definitiva, como escribe Hernández Gil, "lo cierto es que la Escuela Histórica, que parecía abocada a un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y un dogmatismo".⁸³ Si se tiene en cuenta que el método de la Escuela Histórica influyó poderosamente en todos los juristas alemanes, no sólo cultivadores del Derecho privado, se comprenderá hasta qué punto el positivismo encontró el terreno preparado para elegir el formalismo normativista como método dogmático.

Otro factor vino a propiciar también el positivismo jurídico. En 1871, al mismo tiempo que Alemania conseguía su unificación política, se promulgó el primer Código Penal -hoy todavía vigente- de ámbito general para todos los Estados alemanes. Por primera vez se superó la situación de pluralidad legislativa que había caracterizado al Derecho penal liberal alemán y, con ello, uno de los obstáculos capitales para una elaboración dogmática exclusivamente apoyada en el Derecho positivo. Sin duda, ello contribuye a explicar el auge del positivismo jurídico de los años 70 del siglo pasado.⁸⁴ Sobre todo, porque el Código Penal de 1871 respondía a las exigencias ideológicas (liberales) y técnicas de la ciencia penal, de la que en realidad era resultado inmediato.

Pese al intento de permanecer en una posición de "neutralidad" valorativa, se hallaba lejos de resultar políticamente indiferente. Por el contrario, constituyó la última consecuencia del liberalismo clásico. Si el Código Penal de 1871 encarnaba las convicciones penales de la filosofía liberal, nada más acorde con ésta que limitar al estudio de aquel Código el cometido de la dogmática, con exclusión de valoraciones u otros datos empíricos ajenos a la ley. El método analítico formalista aseguraba, por lo demás, la más fácil vinculación del juez a la ley, al ofrecerle claros y bien delimitados conceptos, formalizados al máximo con arreglo a la lógica.⁸⁵ Precisamente la estrecha vinculación del positivismo jurídico con el liberalismo clásico explica que pronto apareciese una nueva corriente dentro del positivismo que intentaría superar a aquél, en nombre del planteamiento político que enseguida sustituyó al liberalismo puro: el Estado social. Por ejemplo, la formulación de Von Liszt. En Binding culminó el positivismo alemán, aunque no porque llevase al extremo el método formalista, sino por la enorme importancia de su obra. Si se tiene en cuenta que Rocco se inspiró en

⁸³ - Como método dogmático no equivale al predominio de la forma, como dato o requisito de la actuación jurídica, en contraposición al espiritualismo: "Tanto si el ordenamiento jurídico consagra al principio del carácter esencial de la forma, como si se inspira en el máximo espiritualismo de la libertad, puede ser objeto de un tratamiento formal o material como actitud metodológica", escribe Hernández Gil. Más abajo añade: "Por formalismo en este orden de ideas hay que considerar, ante todo el desentendimiento del jurista de lo social y de lo valorativo. La actividad científica agota su cometido en la norma... el formalismo es siempre un positivismo normativo o normativismo, asociado a un conceptualismo". Hernández Gil. Metodología de la ciencia del Derecho. II-I, págs. 19 y ss. Madrid, España, 1971.

⁸⁴ - Cfr. Hernández Gil. Metodología de la ciencia del Derecho, págs. 123 y ss. Madrid, España, 1971.

⁸⁵ - Cfr. Mezger. Tratado de Derecho Penal, I, pág. 70. Traducción de Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1955.

Binding al pronunciar su famoso discurso de Sassari, habrá que admitir que el autor alemán es también la fuente última del positivismo jurídico italiano.

El estudio del Derecho positivo caracteriza el método de Binding. Tiene razón Schmidt al decir que vale por toda su obra lo que Binding dice en su Handbuch: "Es una obra de la ciencia del Derecho positivo." (...) Y "de la dependencia de mi investigación y de sus resultados del material objeto de mi consideración (se refiere al Derecho positivo) me siento orgulloso".⁸⁶ La elaboración de la ley positiva tiene lugar en Binding con el exclusivo concurso de la lógica aplicada a los conceptos jurídicos.⁸⁷ Son ejemplos básicos de esta metodología formalista su teoría de las normas, y su concepción de **Ius puniendi** y de la pena. A diferencia de Mayer, concibe la norma como entidad puramente jurídica, ubicada en el Derecho Público, y no como normas sociales de cultura. Por sostener el punto de vista contrario criticó duramente a Mayer, cuya formulación calificó como "la más odiosa creación de una dogmática jurídica pervertida sociológicamente y totalmente apartada del verdadero Derecho". El **Ius puniendi** es entendido también formalistamente: para Binding constituye uno de los dos polos subjetivos de la relación jurídica creada por la norma. La pena, entendida como pura retribución, carece para Binding de todo fin trascendente a su sola ejecución (como compensación de la vulneración del orden jurídico), porque éste es el único fin que se desprende de la ley. Que las normas penales expresen o no valoraciones sociales, que el **Ius puniendi** del Estado tenga un significado político variable según las concepciones políticas y que la pena pueda servir a fines situados fuera de su sólo concepto jurídico, todas estas cuestiones "materiales" quedan al margen de la consideración de Binding.

El positivismo normativista de Binding se oponía abiertamente a las nuevas corrientes que reclamaban un acercamiento a la realidad empírica del delito y de la pena. Rechazó la dirección de la Política criminal, incluso cuando, al avanzar el siglo, se hicieron evidentes los problemas sociales que derterminaron el paso al Estado Social. Es sabido que Binding y Liszt sustentaron las dos posiciones contrapuestas en la enconada "lucha de Escuelas" que caracterizó a su época. Binding no quiso admitir que el jurista tuviese que abandonar el mundo de las normas para encararse a la realidad. De ahí que se opusiese a la "pena final" al servicio de la prevención de delitos. Tal concepción presuponía la atribución a la pena de cometidos extrajurídicos, y eso escapaba a la pura consideración normológica. Se comprenderá, entonces, que irritase a Binding el hecho de que entre los representantes de la moderna dirección figurasen médicos no juristas, y que llamase, despectivamente, "nihilistas jurídicos" a los seguidores de esta doctrina.

⁸⁶ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I. pág. 156. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981

⁸⁷ - Citado por Mir Puig en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 219. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982

No ha de pensarse, sin embargo, que Binding cayese en los extremismos formalistas propios de algunos positivistas. Lejos de ser esclavo de la letra de la ley, buscó siempre el espíritu que la inspira.

A diferencia de la concepción imperante hasta entonces, la teoría subjetiva, Binding reclama la voluntad objetiva de la ley, y no la voluntad histórica del legislador, como objeto de la interpretación. Presupone que la ley no es un producto arbitrario de la voluntad del legislador sino un orden razonable, dotado de una lógica interna independiente. Existe una oposición fundamental entre la interpretación jurídica y la filológico-histórica. Binding admite la razonabilidad de la ley y la necesidad de orientar su interpretación según los fines objetivos del Derecho, esto es, los derivados de la razonabilidad interna del Derecho, lo que podría dar lugar a interpretar la hipótesis de "razonabilidad" del Derecho positivo, de la que parte Binding con su teoría objetiva de la interpretación, como un residuo del planteamiento racionalista.

El significado político liberal del positivismo jurídico inspira también la obra de Binding. El estudio del Derecho positivo con exclusión de factores metajurídicos tiene como objetivo la más firme vinculación del juez a la ley y sólo a ella. Si la ley es, formalmente, expresión de la voluntad del pueblo y, materialmente, encarnación de las aspiraciones liberales, tal vinculación aparece como el primer aspecto de la metodología liberal.

Prueba del sentido liberal de la posición de Binding es su concepción exclusivamente retributiva de la pena. Al agotar el sentido y finalidad de ésta en la respuesta al hecho cometido, perseguía evitar toda toma en consideración de la personalidad del reo. Binding defendía de esta forma uno de los principios centrales de la filosofía liberal: el Derecho penal de acto, frente al Derecho penal de autor.⁸⁸

La actitud metodológica de Binding, el normativismo como expresión del positivismo jurídico, respondía, pues, a la ideología liberal clásica. Era el signo del tiempo en que Binding se formó.

El paso al Derecho penal social lo daría Von Liszt, pero Merkel, todavía desde el positivismo jurídico, representa una posición destacada entre la concepción anterior y la nueva. Sabido es que Merkel sustentó una vía media, ecléctica, entre las concepciones opuestas de Binding y Liszt. Con ambos comparte el ser positivista, en el sentido de contrario al método iusnaturalista.⁸⁹ Intentó fundar una filosofía del

⁸⁸ - El propio Von Liszt reconoció que Binding "cuenta entre los autores criminalistas que de forma más abierta reclama la deducción de los conceptos jurídicos de los preceptos del Derecho Positivo y que con más decisión y coherencia la han llevado a cabo".

⁸⁹ - Binding. "¿Y cómo puede justificarse la teoría relativa que se rebaje al delincuente, esto es, a un hombre, y, según algunas concepciones modernas, un hombre totalmente inculpable, a objeto de experimento de sí, mediante su castigo, podrán cerrarse para otros, iguales a él, las fuentes de males futuros? Aquí se expresa el planteamiento kantiano, según el cual la pena no puede utilizar al sujeto como instrumento del bien de la sociedad.

Derecho deducida sólo del Derecho positivo. Su concepción de la culpabilidad y de la pena reflejan de modo especial su eclecticismo. Así, afirma que la culpabilidad no depende de la libertad de voluntad, y se erige en uno de los máximos exponentes de la teoría completiva de la pena, al asignarle la finalidad de prevención en el marco de la retribución.

b. El positivismo naturalista.

El positivismo naturalista se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas. Se basaba en dos órdenes distintos de factores: político y científico.

Políticamente, la nueva dirección respondió a la crisis del Estado liberal clásico y su sustitución por el Estado social intervencionista.

El segundo factor, fue el apogeo de las ciencias de la naturaleza, en general, y del evolucionismo de Darwin (1859), en particular. Se creyó que el único concepto de "ciencia" valedero era el positivista, según el cual, salvo la lógica y las matemáticas, sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza caracteriza a una actividad como científica. La resonancia que alcanzó la conferencia que ya en 1847 pronunciara Kirchmann en contra del carácter científico del Derecho, no fue sino un anuncio que reflejó el ambiente cultural cientifista que triunfaria en la segunda mitad del siglo XIX. Era lógico que la única salvación del carácter científico del Derecho se viese en la incorporación de los métodos científico-naturales.⁹⁰ Este fue el programa metodológico del positivismo naturalista que en Alemania inició Von Liszt.

Las dos clases de factores -políticos y científicos- que explican en Alemania la aparición del positivismo naturalista, no llegaron al extremo de sustituir el objeto tradicional de la dogmática jurídico-penal, el Derecho positivo, por la realidad empírica del delito. El estudio experimental del fenómeno criminal sólo se añadió a la dogmática jurídico-penal como parte diferenciada de la total ciencia penal. En la dogmática el naturalismo influyó sólo en cuanto al modo de estudio del Derecho positivo, que siguió constituyendo su único objeto.

En Liszt se expresan con brillantez dos factores del positivismo naturalista, la concepción social del Estado, que se manifiesta en la preocupación que despierta por la Política Criminal. En la conferencia que pronunció el 4 de abril de 1892 ante la Sociedad jurídica de Budapest dijo: "Exigimos una vigorosa Política criminal consciente de su meta; exigimos que el Estado, el orden jurídico, combata el delito con mayor conciencia de sus objetivos que hasta ahora, con menos prejuicios

⁹⁰ - Cfr. Merkel, Derecho Penal, traducción española de P. Dorado Montero, Tomo I, Madrid, escribe: "En este libro se trata de Derecho Penal en sentido estricto, pero sólo tal y como rige en el Imperio alemán, o sea del Derecho penal común alemán".

que hasta ahora".⁹¹ Queda claro que la lucha contra el delito, mediante la reforma penal, es el principal motor del programa de Liszt, que refleja el abandono del liberalismo abstencionista y el tránsito a una concepción intervencionista del Estado y del Derecho.

Pero el planteamiento social de Liszt se halla limitado estrechamente por el deseo de mantener en toda su vigencia las conquistas del liberalismo. Su pensamiento puede reducirse en lo siguiente:

"En mi opinión, por muy paradójico que pueda resultar, el Código penal es la Magna Charta del delincuente. No protege al orden jurídico, ni a la colectividad, sino al individuo que se levanta contra ella. Le otorga el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales. El doble aforismo: **nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege** es el bastión del ciudadano frente a la omnipotencia estatal, frente al desconsiderado poder de la mayoría, frente al "Leviathan". Desde hace años vengo caracterizando al Derecho penal como "el poder punitivo del Estado jurídicamente limitado". Ahora puedo añadir: el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal. Y lo que hoy es, seguirá y deberá seguir siéndolo. En el Derecho penal defendemos la libertad individual frente a los intereses de la colectividad", con esto no ha renunciado al individualismo liberal, sino que lo cree compatible con un Derecho penal que intervenga activamente en la vida social.⁹²

El influjo del segundo factor determinante del positivismo naturalista, el cientifismo que reinaba durante la segunda mitad del siglo XIX, se percibe en Liszt como estudio empírico de las causas del delito y de la pena. En ello se ve una de las diferencias más importantes entre el movimiento reformista de la Ilustración y el suyo: "El siglo XVIII quería combatir el delito sin estudiarlo. El siglo XIX, en cambio, se apoya en la estadística criminal y en la antropología criminal, es decir, en la investigación científica del delito...".

La bipolaridad de su concepción política del Derecho penal - intervencionista, pero dentro de los límites trazados por las garantías liberales- se refleja en la dualidad de métodos que atribuye a la ciencia penal, dualidad que constituye tal vez la característica más sobresaliente de la obra de este autor. Por una parte, para el Derecho penal en sentido estricto reclama el método jurídico propio del positivismo, aunque influido por el naturalismo. Por otra parte, apunta la necesidad de

⁹¹ - Escribe K. Larenz, Metodología, cit., pág. 19: "En el siglo XIX, sobre todo, se intentó, bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales, "elevar" la ciencia del Derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales." Citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 218. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

⁹² - Citado por Mir Puig en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 219. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

añadir el estudio científico-naturalístico del delito y de la pena como fenómenos empíricos.

Con exactitud interpreta Roxin el sentido político de este planteamiento, al manifestar que "en este doble carácter de la Ciencia universal del Derecho penal", fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, esto es, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque de Leviathan, del Estado.⁹³ En esto se distingue Liszt de la Escuela positiva Italiana. Esta no sintió la necesidad de asignar a la dogmática jurídica una parte de los cometidos de la ciencia penal, porque no le preocupaba como a Liszt trazar límites de garantía individual a la lucha contra el delito; porque su planteamiento político no era social-liberal, sino únicamente social.

Pero Von Liszt no dio siempre la misma importancia a las dos grandes componentes de su concepción de la ciencia penal. Un examen cronológico de su producción científica, muestra una evolución que empieza en el método jurídico y acaba concediendo amplia preferencia al método empírico.

En relación con la Criminología, cabe caracterizar el contenido conceptual, que le atribuye Liszt. Así, no discute la aplicación a la Criminología del método propio de las ciencias de la naturaleza, basado en la observación de las conexiones causales del mundo fenoménico, pero se aparta de la explicación antropológica de Lombroso, para suscribir una dirección ecléctica, predominantemente sociológica, que ha permitido la designación de su postura con la expresión Escuela Sociológica alemana.

El método empleado por Liszt no sólo postula el estudio del Derecho positivo; requiere que tenga lugar con exclusión de juicios de valor, pero con la admisión de influencias de la realidad empírica.

Como positivista que es, Liszt rechaza acudir a la filosofía en el estudio científico del Derecho positivo; apoya tal postulado en el planteamiento de la crítica kantiana.

Expresión del positivismo jurídico formalista de Liszt es, también, el predominio que asigna a la lógica formal en la construcción dogmática: "la lógica es su método". De ahí que persiga, antes que nada, la claridad en el análisis y en la síntesis, que se basa no en la esencia material de los conceptos, sino en su

⁹³ - V. Liszt, puede ser considerado el fundador de una concepción liberal del Estado Social, que buscó completar la componente del Estado de Derecho.

configuración externa. En realidad, se trata de una consecuencia de la perspectiva positivista, que repudia la contemplación ontológica por considerarla metafísica y prefiere la observación externa formal de los objetos de conocimiento. La consecuencia fue la teoría del delito que, tras la adición de la nota de tipicidad lograda por Beling, constituiría lo que Jescheck llamó **concepto clásico de delito**, y Bustos Ramírez **causal naturalístico**. Se caracterizó, como es de sobras sabido, por una visión "analítica" del delito, definido por la suma de notas- principalmente: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- perfectamente separadas, y situadas en un mismo nivel lógico, unas y otras. No pretendía ser una explicación que aprehendiera la esencia del delito, sino una externa descripción de sus características, que a veces se hacían corresponder incluso con las partes- así, externa e interna, consideradas ámbitos respectivos de antijuridicidad y culpabilidad- aprehensibles por los sentidos. Pero esto se enlaza ya con el segundo aspecto del positivismo de Liszt: el naturalismo.

Concreta Von Liszt el desarrollo de su método en dos aspectos que reconoce en la ciencia jurídico-penal: el de ciencia sistemática y el de ciencia práctica. En el primer aspecto, "como en toda ciencia" -adviértase la influencia positivista del concepto de ciencia-, persigue el "conocimiento sistemático de las proposiciones jurídicas". Para ello debe atravesar las siguientes etapas: 1ª La reunión del material, que debe buscarse exclusivamente en el Derecho positivo; 2ª El análisis y síntesis de las proposiciones jurídicas; 3ª La construcción del sistema, cuya significación reside en que constituye el único modo de dominar los conceptos particulares, esto es, en una función de ordenación y simplificación.

El segundo aspecto de la ciencia del Derecho penal, a saber, el de la ciencia práctica, es ya una manifestación del elemento diferencial del método de Liszt respecto del de Binding: la influencia de la realidad empírica. Por una parte, la proposición jurídica es, para Liszt, el resultado de una abstracción conceptual a partir de los hechos reales de la vida jurídica; por otra parte, la construcción jurídica sólo tiene valor en cuanto facilita y asegura la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica.

Como ejemplos en que se manifiesta este aspecto naturalístico del positivismo de Liszt cabe citar, además, su concepción de la pena y de la culpabilidad. Respecto de la primera, baste decir que el paso de la pena retributiva a la pena final que patrocina, lo basa en una contemplación de la historia de la pena a la ley del pensamiento "evolucionista", que tanto influyó en el positivismo cientifista. Así, la pena final sería una etapa más avanzada que la pena retributiva, por la misma razón que la actuación (final) supone un escalón superior en la evolución biológica respecto de la conducta conducida por los instintos. En cuanto a la culpabilidad, la concepción determinista es para Liszt la única compatible con la experiencia sensible, esto es, la única susceptible de consideración científica, como enseñó Kant. En ese ámbito, la ley de la causalidad no conoce excepciones que permitan afirmar el libre albedrío del hombre. Si en la esfera de los inteligibles, como "cosa en sí" -en la terminología

kantiana-, el hombre está excluido de las leyes causales, es algo que un Derecho penal científico no puede tomar en consideración. El determinismo lleva, por otro camino, a confirmar la necesidad de excluir la retribución.⁹⁴

3. El neokantismo.

El Derecho penal abandonó el positivismo aproximadamente a principios de los años 20 de nuestro siglo.

Se apreció la insuficiencia, incluso en su modalidad naturalista-sociológica representada por la "dirección moderna" que inició Liszt. No fue necesario esperar a la transformación de las condiciones económico-sociales que empezó a operarse con la inflación que arruinó a la República de Weimar y que se consumó en la segunda postguerra.⁹⁵ El precoz abandono del positivismo fue tal vez favorecido por la circunstancia de que algunos de los filósofos del Derecho a quienes se debe la introducción del neokantismo en la metodología jurídica- sobre todo Raubrich y Sauer- eran, al mismo tiempo, penalistas. Pero, sin duda, fueron las específicas exigencias de la dogmática penal las que decidieron el giro del positivismo a un método en el que de nuevo la valoración y la perspectiva material tuvieron entrada.

Las tres categorías centrales de la teoría del delito -acción, antijuridicidad y culpabilidad- encontraban insatisfactoria explicación con arreglo a la metodología positivista. Entendida la acción naturalísticamente, en el esquema de Liszt y Beling, como movimiento corporal o modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos, no podía cobijar, ni siquiera mínimamente, a la omisión:⁹⁶ la esencia de la omisión no es negativo-naturalística, sino negativo-normativa. Consiste en no realizar la conducta "esperada" por la norma, esto es, la conducta "debida". Pues bien esta dimensión normativa de la omisión no podía ser aprehendida por el concepto naturalístico de acción, sencillamente por que la acción "debida" no es susceptible de percepción sensorial. Lo que ésta descubría en la omisión era sólo un actuar, generalmente no pasivo, cuya calificación como "omisión" no podía efectuarse sin valorar su sentido de infracción de la norma perceptiva.

La antijuridicidad tampoco se explicaba suficientemente desde una actitud metodológica como la positivista, que excluía toda posibilidad de considerar esta nota del delito en sentido valorativo. A lo más que podía llegarse es a considerar que la antijuridicidad constituía una relación lógica, expresiva de la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico. No era posible descubrir el esencial contenido de valor -

⁹⁴ - Cfr. Roxin, Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Traducción de Mir Puig, pág. 16 y ss. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1982.

⁹⁵ - Es famosa la frase de Von Liszt: "La retribución sobre base de determinista no es sólo un pecado del corazón, sino también un extravío del entendimiento".

⁹⁶ - Ver K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho. Citado por Mir Puig en Introducción a las bases del Derecho Penal., pág. 228. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

de desvalor- inherente a dicha contrariedad normativa. Ni siquiera la introducción del concepto de antijuridicidad material, como "lesión de bienes jurídicos" -en el sentido de Von Liszt-, era suficiente para superar la neutralidad valorativa a que forzaba el método positivista: el bien jurídico, se concebía naturalísticamente, como "interés de la vida" a constatar empíricamente, y la antijuridicidad material se agotaba en la causación de una lesión -todo ello concebido también en términos naturalísticos- a dicho bien jurídico.

La concepción naturalista de la antijuridicidad impedía no sólo una correcta comprensión de la esencia de este concepto, sino también de su contenido. Si la antijuridicidad se entendía como lesión del bien jurídico, en sentido causal, no podía darse entrada en su seno a ninguna clase de elementos subjetivos, ya que de éstos no depende la presencia de la lesión causal, que podrá concurrir, aunque aquellos falten. Pero la conclusión a que se llegaba era altamente insatisfactoria: el tomar una cosa mueble ajena sin el consentimiento de su dueño había de ser siempre antijurídico, incluso cuando faltase el ánimo de apropiación y el de lucro; y el examen de la paciente por el ginecólogo podía dar lugar a un hecho antijurídico aunque sólo guiase al médico finalidad terapéutica.

Por último, la metodología positivista cerró las puertas a una concepción unitaria de la culpabilidad. Su esencia se vio en constituir el nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor (teoría psicológica de la culpabilidad). Constituía, por así decir, el parangón en el plano de lo subjetivo, de lo que la relación de causalidad representaba en lo objetivo. A la relación (objetiva) de causalidad debía añadirse la relación psicológica quasi-causal del dolo o la culpa.⁹⁷ Coherente con el pensamiento causal naturalístico, ello llevaba a identificar la culpabilidad con el dolo o la culpa que no se limitaban a formar parte de la culpabilidad, sino que eran la culpabilidad. Este era el sentido de la designación de dolo y culpa como las especies de la culpabilidad, y no sólo como formas de culpabilidad.⁹⁸

En tal concepción no encontraban adecuado asiento ni la imputabilidad ni las causas de exclusión de la culpabilidad, porque no afectaban a la relación psicológica del autor con su hecho. El único criterio unificador se veía en el dato externo de que también estos elementos hacían referencia a lo subjetivo, frente a los componentes objetivos que integraban la antijuridicidad. Pero con ello se venía a contradecir inevitablemente el concepto psicológico de culpabilidad del que se partía, limitado, como se ha visto, a la conexión psicológica.

A esto se añadía un defecto que comprometía el núcleo mismo de la concepción psicológica: en la culpa inconsciente faltaba toda relación psicológica

⁹⁷ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol I, págs. 155 y 157. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

⁹⁸ - Como señala Rodríguez Devesa, "además de la causalidad material era preciso que hubiera una causalidad moral...". Derecho Penal Español, Parte General, pág. 367. 1974.

entre el autor y el resultado lesivo producido, pues ni siquiera concurría la representación de su probabilidad, a diferencia la de la culpa consciente.⁹⁹ Esta era la consecuencia más evidente. Pero un análisis detenido había de mostrar que ninguna de las modalidades de la culpa se explicaba satisfactoriamente con arreglo a la concepción psicológica. Lo esencial en el delito culposo no es nunca la relación psicológica que pueda concurrir, en forma de representación del peligro sino el momento normativo de infracción de la norma de cuidado. La culpa es siempre pues, un concepto normativo, cuya esencia no era capaz de aprehender una teoría naturalista de la culpabilidad anclada únicamente en el nexa-psicológico quasi-casual.¹⁰⁰

Podría resumirse todo lo anterior en la conclusión siguiente: la metodología naturalista del positivismo cerraba las puertas a una adecuada comprensión de la esencia correspondiente a las categorías centrales de la teoría del delito. Ni siquiera la introducción de la idea de "fin" y de aproximación a la realidad empírica, operada por la dirección naturalista de Liszt, bastaba a las exigencias de la dogmática penal. Es muy posible que ello facilitase la más pronta recepción en nuestra disciplina de los aires de renovación metodológica que surgieron del neokantismo.

El abandono del pensamiento positivista en la metodología jurídica fue, un reflejo del rechazo operado a nivel filosófico general de la actitud antifilosófica que había inspirado la segunda mitad del siglo XIX. A partir de la última década del pasado siglo se sintió una fuerte reacción contra la mentalidad positivista, muy diversa en sus concretas manifestaciones, pero coincidente en un punto: el retorno a la filosofía. Se acusa de estrechez y cortedad de miras al planteamiento positivista. "La misma palabra positivismo -escribe Fasso-, que había sido la orgullosa bandera de una sociedad pagada de las grandes conquistas de su ciencia, pasó a significar esta limitación visual y cae en descrédito, hasta ser utilizada, aun sin razón, para liquidar doctrinas molestas: exactamente como los positivistas habían hecho con la palabra **metafísica** (o incluso con **filosofía**)".¹⁰¹

Dos direcciones podrían mencionarse como origen del abandono del positivismo en el método jurídico-penal. Por una parte, el historicismo de Dilthey, por otra parte, el neokantismo. Ambas corrientes coincidían en perseguir un giro en el concepto de ciencia que permitiese calificar de "científicas" a las disciplinas relativas a la conducta humana, sin necesidad de requerir para ellas las notas propias de la ciencia en sentido positivista (aparte de la lógica y de las matemáticas, las ciencias

⁹⁹ - Cfr. Mauraci. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, págs. 17 y ss. Ediciones, Ariel. Barcelona. España, 1962.

¹⁰⁰ - Córdoba Roda. Una nueva concepción del delito. Las doctrinas finalistas, pág. 28 y ss. Barcelona. España, Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, pág. 368, 1974.

¹⁰¹ - Tiene razón Rodríguez Devesa, cuando señala que el sólo hecho de que la dogmática siempre haya admitido a la culpa, junto al dolo, como clase de culpabilidad, revela que de hecho no ha podido mantenerse nunca un concepto exclusivamente psicológico de la culpabilidad, revela que de hecho no ha podido mantenerse nunca un concepto exclusivamente psicológico de la culpabilidad, pues la culpa es inevitable normativa. A mi juicio, esto viene a abonar la contradicción de la concepción psicológica de la culpabilidad que no se correspondía bien con el contenido atribuido a esa categoría.

experimentales). En otras palabras, querían ampliar el estrecho concepto positivista de ciencia, de modo que cupiesen en él no sólo los hechos perceptibles por los sentidos y su observación, sino también los fenómenos espirituales y la comprensión de su esencia específica. Pero tal objetivo común era abordado por las dos corrientes referidas desde distintos puntos de vista. El historicismo de Dilthey buscó distinguir las dos clases de ciencia por razón de su diverso objeto, mientras que el neokantismo subrayó la necesidad de diferenciarlas a través de su método.

Dilthey trata de fundamentar el conocimiento científico de la historia y de la sociedad. Siguiendo el camino trazado por Wundt, acude para ello al concepto de "ciencias del espíritu"; dentro de ellas distingue dos clases: Las "ciencias de los sistemas de cultura" y las "ciencias de la organización externa de la sociedad". Las primeras contemplan las manifestaciones sociales producto de la libre determinación del individuo: el arte, la religión, la filosofía, la ciencia. Las segundas se refieren a instituciones objetivas que agrupan a individuos incluso con independencia de su voluntad: la familia, el Estado y la Iglesia. Al Derecho asigna Dilthey una posición intermedia, como vínculo de unión de la organización social con el sistema de cultura: constituye la expresión objetiva, institucionalizada, un hecho de la conciencia.¹⁰²

El neokantismo recorrió un camino distinto para fundamentar el concepto de ciencias del espíritu con independencia respecto del concepto positivista de ciencia. No se fijó en la diferencia de objeto, sino de método. La ciencia del Derecho, como las demás ciencias del espíritu y como las ciencias positivas, debe su carácter científico a la utilización de un determinado método que reúne ciertos requisitos. Por encima de esta coincidencia genérica, el método propio de las ciencias del espíritu no puede coincidir con el empleado por las ciencias positivas. Este planteamiento general fue desarrollado por vías muy distintas en las dos direcciones que siguió el neokantismo alemán de la Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental alemana,¹⁰³ La primera, representada a nivel filosófico general por Cohen y Notarp, se reflejó en la metodología jurídica gracias a la importante obra de Stammler, que suele considerarse el inicio de la actitud metódica contemporánea en la ciencia jurídica alemana.¹⁰⁴ Su influencia en la metodología jurídico-penal fue, sin embargo, escasa. En cambio, la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental Alemana, iniciada por Windelband y propulsada por Rickert como fundamento de las ciencias del espíritu en general, y

¹⁰² - Cfr. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, III, pág. 262. Bagna. Italia. 1970.

¹⁰³ - Así lo interpreta G. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, páginas 264.

¹⁰⁴ - La teoría pura del Derecho de Kelsen también tiene orígenes kantianos, en cuanto parte del radical dualismo de "ser" y "deber ser". Pero no se incluye en el neokantismo ortodoxo porque su distinción de "ser" y "deber ser" no equivale a la de "materia" (realidad empírica) y "forma" (a priori) de que parte toda metodología neokantiana. En efecto, para Kelsen el "deber ser" no es el ámbito de lo a priori del conocimiento (jurídico), sino la esfera que suministra la específica "materia" del Derecho: las normas jurídicas (frente a la realidad no normativa, que es en Kelsen el "ser"). El planteamiento de Kelsen no es más que una modalidad del positivismo normativista, que parte del concepto positivista de ciencia. Es por esto que su objetivo es la contemplación de las normas (del "deber ser") como datos empíricos tan "naturalísticos" como la realidad objeto de las ciencias naturales, y ello con arreglo a la metodología excluyente de toda valoración característica de las ciencias positivas. No es, por ello, exacto que la teoría pura del Derecho coincidiese con el neokantismo de la Escuela de Marburgo en combatir al positivismo, como, sin embargo, afirma Stampa Braun, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, pág. 67. Valladolid. España, 1953.

llevada a la metodología jurídica por Lask, Radbruch y Sauer, tuvo tan amplia repercusión en nuestra materia, que permitió una restructuración general de la teoría del delito.

Ambas direcciones, la de Marburgo y la Sudoccidental alemana, coinciden en su punto de partida epistemológico. Como neokantianas, arrancan del dualismo gnoseológico de noúmeno y fenómeno, de forma y materia. La "cosa en sí" (noúmeno) no es susceptible de aprehensión por el conocimiento humano, sino sólo en su manifestación espacio-temporal, como fenómeno aprehensible por los sentidos. Y el fenómeno ofrece solamente la materia del conocimiento, que precisa la adición de las "formas a priori" constituidas por las categorías del entendimiento. De la aplicación a la materia, -dato empírico espacio-temporal, surge el conocimiento de la realidad empírica. Los neokantianos coinciden con Kant en reputar este proceso necesario y suficiente para las ciencias positivas: la lógica y las matemáticas fundan su validez en la naturaleza apriorística de espacio y tiempo; las ciencias experimentales son válidas en cuanto suponen la aplicación de las categorías **a priori** del entendimiento a la materia fenoménica suministrada por el mundo empírico. Pero, mientras para Kant fuera de estas dos posibilidades no hay lugar para el conocimiento científico, sino sólo para la metafísica- he ahí el sentido de la crítica de la razón pura: trazar las fronteras de ciencia y filosofía-, los juristas neokantianos intentaron llevar el conocimiento científico más allá, para dar cabida a las ciencias del espíritu.

Simplificando, podría resumirse el planteamiento neokantiano en los términos siguientes: si las ciencias experimentales suponen la aplicación a la materia empírica de las categorías del entendimiento, las ciencias del espíritu requieren la subsunción de aquella materia empírica bajo otro tipo de categorías a priori, específicas de esta clase de ciencias. Las ciencias naturales y las espirituales no se distinguen pues, por su objeto -en ambos casos la misma materia fenoménica-, sino por las categorías **a priori** mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. En este sentido se ha dicho más arriba que para los neokantianos las dos clases de ciencias no se diferencian por razón de su objeto, sino por su método. En el mismo sentido se afirma que en esta concepción el método determina el objeto.¹⁰⁵

Stammler partió de este planteamiento en su intento de "explicar la dogmática jurídica como ciencia e impedir que se le reproche que científicamente carece de valor". Las específicas formas **a priori** del conocimiento propio de la ciencia del Derecho son las formas puras del pensamiento jurídico, que posibilitan la aprehensión, en su específico sentido jurídico, de la materia representada por el contenido de las normas del Derecho positivo. Si estas formas jurídicas puras condicionan todo conocimiento jurídico particular, encuentran, a su vez, su "unidad condicionante" en el a priori jurídico fundamental: el concepto de Derecho, "del que depende toda posibilidad de definir como jurídico un problema especial". Si la validez

¹⁰⁵ - Sauer. Derecho Penal. Parte General, pág. 13 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.

de las ciencias naturales se basa en el carácter **a priori** de las categorías del entendimiento, la presencia de las formas jurídicas puras a priori garantiza el carácter científico de la dogmática jurídica. Estas formas jurídicas, tanto como las categorías del entendimiento, permiten lo único esencial al concepto de ciencia: "el ordenar fundamentalmente unitario de nuestro mundo de las ideas". Pues ambas clases de formas **a priori** sirven a la función de unificar contenidos particulares de conciencia procedentes de la experiencia (a posteriori).

La diferencia que para Stammler separa las ciencias naturales de la ciencia del Derecho reside, pues, en el modo de conocimiento. Ello es una constante característica del neokantismo. Pero la necesidad de diferenciación de métodos nace de la diversidad de los objetos a analizar o, por lo menos, de los aspectos que de ellos se contemplan. Todos los contenidos de la experiencia tienen de común el constituir "materia" que requiere la aplicación de formas **a priori** que completan la síntesis en que el conocimiento consiste. Éste es el sentido en que los objetos de las ciencias de la naturaleza y las del espíritu coinciden para los neokantianos. Pero esta identidad de naturaleza en el objeto no puede, obviamente, excluir que ambas clases de ciencias se ocupen de objetos distintos o de diferentes aspectos de ellos. Así, la ciencia del Derecho se ocupa de una determinada manifestación del espíritu humano y no de hechos de la naturaleza. Esto lleva a Stammler a distinguir entre dos modos diversos del conocer científico: el "percibir" y el "querer". El primero basta a las ciencias de la naturaleza, porque se ocupa sólo de esclarecer relaciones causales (causa-efecto). En cambio, la ciencia del Derecho requiere de otro modo de conocer, el "querer", puesto que intenta aprehender conexiones de medio a fin. La ciencia del Derecho es pues, una "ciencia final", frente a las ciencias naturales, de naturaleza causal.

Para Stammler, como neokantiano, la "finalidad" y la "causalidad" no son características propias de la "materia" correspondiente a los dos tipos de conocimiento científico, sino que son aportadas **a priori** por la mente humana. Lo contrario confundiría el planteamiento neokantiano con el fenomenológico o, en general, ontologista, que había de aparecer más tarde como intento de superación del subjetivismo kantiano.

La construcción de Stammler va mucho más allá de las premisas metodológicas referidas. Su importancia en la filosofía del Derecho no se corresponde, sin embargo, con la que posee -mucho menor- para la dogmática del Derecho penal.

La metodología de Stammler puede tomarse como punto de partida de la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana. Con ésta coincide en los dos puntos básicos examinados: 1º La concepción del conocimiento como síntesis de materia y forma; 2ª La distinción de las ciencias del espíritu -y dentro de ellas la ciencia del Derecho- respecto de las ciencias naturales con base en la diversa

naturaleza de las "formas a priori" que condicionan sus respectivos modos de conocimiento.¹⁰⁶

La Escuela Sudoccidental alemana partió de la filosofía de Windelband y alcanzó su máximo representante en Rickert.¹⁰⁷ Su objetivo central fue la fundamentación de un método específico para las ciencias del espíritu, entre las que incluyó a la ciencia del Derecho. En el planteamiento de Rickert las ciencias "histórico-culturales" se diferencian de las naturales en dos puntos: lógicamente, en la formación del concepto, y materialmente, en la relación en que sus objetos se encuentran respecto de los valores.

Su tesis (1926) más importante sustenta que la formación del concepto propia de las ciencias naturales es generalizadora, por lo que no sirve a los fines de individualización que persiguen las ciencias históricas. Las ciencias naturales operan la simplificación de la realidad, en busca de las "características que cada objeto concreto tiene de común con otros. No se busca lo individual y repetible, sino lo que de generalizable hay en cada objeto. Este es el camino para la obtención de leyes generales, que valgan para el mayor número posible de objetos particulares. Pero con ello se escapa a la ciencia una parte de la realidad, puesto que no alcanza a toda la realidad, sino sólo a "la realidad con respecto a lo general". Se produce, de este modo, la "supresión del carácter individual de la realidad dada". Para aprehender el aspecto de individualidad propio de cada objeto de experiencia, debe acudir a la formación conceptual característica de las ciencias históricas. Éstas no buscan lo generalizable de cada objeto, sino lo que tiene de individual. El hecho histórico interesa a la ciencia en cuanto hecho único. Ello no significa que todos los caracteres individuales del objeto tengan relevancia para la historia: la ciencia debe seleccionar sólo las características fundamentales. Pero el criterio de selección es opuesto al manejado por las ciencias naturales, puesto que no importan a la historia las características comunes a muchos hechos, sino las que hacen "relevante" a un objeto.

¿Cuándo es relevante un hecho para la historia? ¿Qué aspectos de su individualidad son interesantes para el historiador? Rickert en este sentido ha de introducir el concepto de valor. La relevancia o interés histórico de un hecho depende de los valores que se sustenten, pero ello no supone que el historiador deba valorar: a la ciencia, aunque sea histórica, no le es lícito emitir juicios de valor subjetivos. El

¹⁰⁶ - Zipellius, citado por Mir Puig, en Introducción a las bases del Derecho Penal, pag. 234. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

¹⁰⁷ - La principal diferencia entre el neokantismo de Stammler y el de la Escuela sudoccidental alemana es que aquél se propuso exponer la estructura formal del conocimiento científico-jurídico, mientras que ésta llenó de contenido "valorativo" las estructuras formales de ese modo de conocimiento. Radbruch lo expresa con gran claridad, al escribir que la teoría del derecho justo de Stammler "es sólo un método que o desarrolla ningún sistema de filosofía del Derecho" () "Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una filosofía jurídica, que una lógica de la Filosofía del Derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del derecho; una crítica de la razón jurídica; unos cimientos de utilidad poco común para toda filosofía del derecho posible, pero todavía no el edificio mismo. Aquí - en la obra de Radbruch - se insertan los esfuerzos de aquellos que... quisieran arrancar a la filosofía del Derecho del círculo de las investigaciones incansables sobre su propio método, para constituirlo a un sistema pleno de decididos juicios de valor". Cfr. G. Radbruch, Filosofía del Derecho, 4.ª ed. española, Madrid 1959, pág. 37.

historiador debe limitarse a "referir a valores" los hechos que estudia. Significa que ha de seleccionar aquellos hechos y aspectos que merecen atención desde determinadas perspectivas valorativas. Rickert remite, con ello, a los valores dotados de "validez fáctica" en la comunidad cultural a que pertenece el historiador, frente al cual aparecen como datos de la experiencia empírica. En cualquier caso, la "referencia a valores" es para Rickert el elemento material que distingue a las ciencias culturales, de las naturales.¹⁰⁸

Este aspecto material, más tal vez que el formal de la distinta formación -generalizadora o individualizante- del concepto, había de influir especialmente en la ciencia jurídico-penal. Aunque -como reconoce el propio Rickert- la dogmática jurídica ha de servirse a veces de la formación generalizadora del concepto, versa siempre sobre hechos referidos a valor: las normas jurídicas. Por importar a nuestra metodología, conviene subrayar el significado atribuido por Rickert, como los demás neokantianos de la Escuela Sudoccidental alemana, a la naturaleza valorativa de las ciencias culturales. No se crea que con ello se abandona la premisa neokantiana según la cual las ciencias no se distinguen por su objeto, sino por su método específico. Rickert no entiende que el objetivo de las ciencias culturales encierre valores, sino sólo que se halla constituido por hechos "referidos a valor". Esto es: el conocimiento de los hechos culturales es el producto de una síntesis categorial de, por una parte, la "materia" suministrada por la experiencia, en la cual no se incluye el valor, y la "forma" *a priori*, que es la que aporta a la síntesis del conocimiento el significado valorativo de la materia empírica. EL sujeto no descubre el valor en la experiencia, sino que lo aporta a ella.

Conocimiento individualizado y de hechos referidos a valor fueron las dos características del método aplicado al Derecho penal durante la época que Jescheck llama "neoclásica" y que Bustos Rodríguez denomina sistema causal valorativo.¹⁰⁹ El puente que facilitó la irrupción de las ideas de Rickert a la dogmática jurídico-penal fue iniciado por Lask, al aplicar al Derecho el punto de vista de la Escuela Sudoccidental alemana, y, sobre todo, por Radbruch, quien reunía la cualidad de penalista junto a la de filósofo del Derecho.

Lask incluyó a la ciencia del Derecho entre las ciencias culturales. Su originalidad consistió, en este punto, en distinguir dos aspectos bien diferenciados en el seno de la ciencia del Derecho. Según tomase al Derecho como "factor cultural real" o como "complejo de significaciones", aparece como "teoría social del Derecho" o como "ciencia dogmática del Derecho". Ambas son culturales, pero sólo la segunda aprehende el Derecho positivo en su especificidad normativa. El mérito de Lask es haber iniciado las bases del específico método cultural que corresponde a la dogmática jurídica. Si Rickert había señalado que el objeto de toda ciencia cultural se

¹⁰⁸ - Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal, págs. 58 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.

¹⁰⁹ - Cfr. Mir Puig., en Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 234. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1982.

refiere a valores, Lask descubre el carácter teleológico de los valores a que se refiere el Derecho, cuando afirma que la formación jurídica del concepto se halla siempre "teñida teleológicamente". Sobre esta base construiría Schwinge un planteamiento metódico "teológico", en torno a una concepción finalista del bien jurídico como eje de la interpretación jurídico-penal.¹¹⁰

Pero Lask, se ocupó solamente de señalar la referencia a valores y fines inherente a lo jurídico, sin desentrañar el contenido de los mismos. Tal labor sería acometida por Radbruch, que, junto a Mayer y Sauer, tanto influyó en el método jurídico-penal. Mas su planteamiento neokantiano le impidió superar el relativismo valorativo, que expresamente erigió en bandera de una filosofía jurídica liberal. Por ello, se contenta con señalar tres tipos fundamentales de concepciones valorativas sobre el Derecho -individualista, supraindividualista y transpersonal-, sin que la ciencia pueda decidir sus preferencias por ninguna de ellas. Se sigue así el planteamiento neokantiano de Rickert: las ciencias culturales no son "valorativas", sino "referidas a valores". La conclusión que se quería extraer aquí es la de que, al desarrollar una axiología material, Radbruch no llega a dar el paso que más adelante, en otra metodología, reclamaria Welzel: abandonar el positivismo jurídico. Radbruch, como el neokantismo jurídico-penal, sigue anclado en una actitud metódica positivista. No lo contradice el hecho de que este autor apelase ya a la naturaleza de las cosas como criterio orientador de la interpretación. Como señalan Kaufmann y Hassemer, para Radbruch la naturaleza de la cosa sólo cumple una función de relleno de las lagunas legales y depende de la ley decidir cuándo tal función es lícita. La superación del positivismo hubiese exigido algo más: que la entrada en función de la naturaleza de la cosa no se hubiese supeditado a la voluntad de la ley, sino que al contrario, ésta se hubiese condicionado a la naturaleza de las cosas.¹¹¹

Ello ha permitido a Welzel afirmar que la filosofía del Derecho neokantiana fue una "teoría complementaria del positivismo jurídico".¹¹² El concepto de "realidad" aprehensible por la ciencia del Derecho era para los neokantianos idéntico al positivista. La diferencia se hallaba en la cabeza del sujeto, encargado según el neokantismo, de aportar al proceso de conocimiento jurídico su significado de valor. Los neokantianos "complementaron", pues, el positivismo jurídico no modificando lo objetivo, sino añadiéndole lo subjetivo. Tal coincidencia con el positivismo no era casual. De la misma forma que Kant había querido construir una teoría del conocimiento científico admisible para el empirismo, el neokantismo buscó una fundamentación epistemológica de las ciencias del espíritu -y del Derecho- que satisficiera al positivismo. Pretendió superarlo sin contradecirlo, para lo cual se limitó a completarlo subjetivamente, en el sentido indicado.

¹¹⁰ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Vol. I., pág. 156 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1981.

¹¹¹ - Stampa Braun. Introducción a la ciencia del Derecho Penal, págs. 91 y ss. Valladolid. España. 1953.

¹¹² - Hassemer. fundamentos del Derecho Penal, pág. 64. Bosch, Casa Editorial, S.S. Barcelona. España, 1984.

El resultado fue una solución de compromiso aprisionada en un inevitable dualismo de "ser" y "debe ser", de realidad empírica libre de valor y significado valorativo de la realidad. Este dualismo irreconocible se manifestó a lo largo de toda la teoría del delito "neoclásica",¹¹³ producto de la metodología neokantiana. Así, mientras que la acción se siguió concibiendo en sentido causal, como en el esquema naturalista, se dio entrada a los elementos subjetivos del tipo, siquiera con carácter excepcional.¹¹⁴ En tanto se consideraba a la resolución de delinquir en la tentativa uno de tales elementos subjetivos y se incluía en el tipo del injusto, en caso de llegarse a la consumación, el dolo "pasaba" a la culpabilidad, lo que constituyó una de las más famosas bases de la crítica de Welzel: "¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea elemento de lo injusto o de la culpabilidad?"¹¹⁵ Al mismo tiempo que se empezaba por afirmar el carácter valorativo de la antijuricidad, se consideraba antijurídico el caso fortuito, que únicamente excluía la culpabilidad.¹¹⁶ Por último, aunque se pretendía haber superado la teoría psicológica de la culpabilidad, definiendo esta categoría dogmática en función de su sentido normativo, se seguía incluyendo en ella el dolo y la culpa, como "componentes psicológicos" de la culpabilidad.¹¹⁷

Estas contradicciones obedecen al carácter meramente "complementario", con que el neokantismo se presenta frente al positivismo. En la dogmática penal ello significó que no quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de Liszt y Beling, sino sólo introducir correcciones en él. Es por ello que el concepto neoclásico de delito causal o valorativo, aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores.

El concepto causal de acción, la separación de antijuricidad y culpabilidad como partes objetiva y subjetiva del hecho, respectivamente, la pertenencia del dolo, de la culpa y del caso fortuito en la culpabilidad, son continuación del planteamiento naturalista, que ve en la causalidad el factor esencial de la acción porque ese es el punto de vista de la observación empírica, y divide el hecho en parte objetiva y parte subjetiva, esta es la división que a primera vista aparece ante la percepción sensorial.

Fruto de la introducción de la metodología referida a valores fueron, en cambio: La concepción de la acción como referida a valor -como "comportamiento humano"-, a través de la cual se quiso aprehender el sentido de la omisión y de acciones como la de injuriar, en las que lo esencial no es la causalidad sino factores

¹¹³ - Welzel. Derecho Penal. Parte General, pág. 198 y ss. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. Argentina, 1956.

¹¹⁴ - Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Vol. I., pág. 156 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1981.

¹¹⁵ - Gracias a Hegler, primero, y a Mayer y Mezger, después.

¹¹⁶ - Welzel. El nuevo sistema de Derecho Penal. Traducción española y notas de Cerezo Mir, págs. 62 y ss. Barcelona. España, 1964.

¹¹⁷ - Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código Penal, I, págs. 309 y ss. Ediciones Ariel. Barcelona, España, 1972.

normativos; (la omisión no se explicaba, como pretendió Beling, naturalísticamente, como "contención de los nervios motores"; faltaba la referencia a la "acción esperada"; y la injuria no consistía en las manifestaciones sensitivas o visuales, sino en su significado valorativo de ofensa;¹¹⁸ el paso de una concepción del tipo como neutro al valor (Beling) a un tipo entendido como vehículo formal de expresión del juicio de desvalor propio de la antijuridicidad, esto es, como "tipo de injusto", o como "antijuridicidad tipificada";¹¹⁹ la comprensión de antijuridicidad y culpabilidad como los dos juicios de valor esenciales en la teoría del delito, como dañosidad social y como reprochabilidad por la motivación contraria a la norma, respectivamente;¹²⁰ el descubrimiento de la existencia de elementos subjetivos en el injusto, (consecuencia de la esencia valorativa de la antijuridicidad, el juicio de desvalorar no puede formularse a veces si no concurren elementos subjetivos como el ánimo de lucro en el robo o la intención lasciva en el abuso sexual).¹²¹

El giro de un método naturalístico a un método valorativo había roto, en el fondo, la coherencia de la concepción de Liszt y Beling, cuyas bases se querían, no obstante, mantener en pie. Como señala Roxin, la sistemática naturalista obedecía a un criterio de clasificación basado, en terminología de Radbruch, no en la **Idee**, sino en el **Stoff**, esto es, no en el valor, sino en el ser naturalístico. Al introducir en tal esquema la referencia al valor -a la **Idee**-, se vinieron a forzar sus posibilidades originarias y a contradecir sus postulados. ¿Cómo podía seguirse manteniendo un concepto causal de acción cuando a la luz de su contemplación valorativa se reconocía que su esencia era la finalidad?¹²² Y sobre todo, ¿no era contradictorio seguir manteniendo la división del delito en partes naturalísticas, objetiva y subjetiva, una vez que se afirmaba que la diferencia material entre antijuridicidad y culpabilidad no era naturalística, sino valorativa, y se encontraba en ser, respectivamente, juicios de desvalor sobre el hecho (todo el hecho) y sobre la formación de la voluntad?

La superación de estas contradicciones hubiese sido, probablemente - contra lo que opina Welzel-, posible incluso a partir de las propias premisas metodológicas del neokantismo. En el fondo, responden a una insuficiente revisión de las bases tradicionales a la luz de la idea de valor. No se consiguió llevar hasta el final la comprensión y ordenación de las categorías del delito con arreglo a una coherente simbiosis de valor y realidad, en que las categorías valorativas, siquiera concebidas subjetivamente, "informasen" totalmente, presidiéndola, la realidad naturalística. Lo impidió la subsistencia de la visión científico-natural propia del positivismo, junto a la

¹¹⁸ - Córdoba Roda. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, pág. 31. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1963.

¹¹⁹ - No puede, por ello, compartirse la apreciación de Welzel, seguida por Córdoba, de que el neokantismo siguió manejando un concepto de acción idéntico al naturalista de von Liszt y Beling.

¹²⁰ - Mezger. Tratado de Derecho Penal. Tomo I., pág. 362 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, 1955.

¹²¹ - Jeschek. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. Y., págs. 158 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1981.

¹²² - El injusto representa una lesión de intereses objetiva, ello no significa que esta lesión pueda determinarse siempre con independencia de la dirección <subjetiva> de la voluntad".

nueva perspectiva de las ciencias culturales. Así, por ejemplo, el concepto causal de acción no era una imposición de la realidad naturalística en sí misma, pues para los neokantianos la realidad carece de toda forma, por lo que la "causalidad" no se encuentra en la acción, sino que ya es una categoría del entendimiento humano, lo que ocurre es que tal categoría caracteriza al conocimiento científico-natural de la acción. Al seguir anclado en un concepto causal de acción, el neokantismo venía a vulnerar su propio punto de partida metodico: la independencia de las categorías de las ciencias naturales y las espirituales.

Para superar estas contradicciones metodológicas no le era, necesario al neokantismo abandonar sus bases epistemológicas subjetivistas.

Esto se aleja de la crítica de Welzel al neokantismo,¹²³ que consideraba las contradicciones del concepto neoclásico de delito consecuencia de su metodología subjetivista, a superar, según él, por un giro hacia una concepción ontologicista y material de los valores. Empero, la verdad es que el subjetivismo neokantiano pudo influir en el mantenimiento de las contradicciones neoclásicas solamente en forma indirecta: a saber, por la actitud relativista que iba unida al neokantismo. Tal relativismo no justificaba abandonar el postulado neokantiano de separación de ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza -como ya se ha visto que se hizo-, pero indirectamente posibilitaba una actitud general de tolerancia frente al señalado dualismo de metodología naturalista y valorativa. Una vez admitido el dualismo de realidad amorfa y significado de valor, no repelia el dualismo de naturalismo y valoración, que no era difícil confundir -como Welzel- con el primero.

Pero la crítica de Welzel acierta en su punto de partida: el concepto de realidad neokantiano coincide con el positivista. Por lo menos, es seguro que ello es exacto si se toma como ejemplo positivista a Liszt, pues este autor defiende el positivismo con base en la crítica de la razón pura de Kant. La diferencia estriba en las distintas categorías a priori (valorativas) que el neokantismo atribuye a las ciencias del espíritu, pero la coincidencia en cuanto al concepto de realidad hace que el neokantismo limite, como el positivismo, el objeto de la ciencia del Derecho penal al Derecho positivo.¹²⁴ Sólo él constituye un dato de la experiencia empírica, único modo científico- he aquí la común herencia de Kant- de acceder a la realidad. Los neokantianos suscribirían aquí el planteamiento de Liszt: más allá de la realidad empírica y, por tanto, más allá del Derecho positivo, cabe sólo la "creencia", ámbito de la filosofía, pero no de la ciencia.

4. El método del finalismo.

¹²³ - Mezger. Tratado de Derecho Penal. tomo I. pág. 191. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, 1955

¹²⁴ - Córdoba Roda. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, pág. 20, 34 y ss. Ediciones Ariel. Barcelona. España, . 1963.

La presencia del finalismo en la teoría del delito no produce consecuencias relevantes hasta 1939, a partir del artículo de Welzel, **Studien zum System des Strafrechts**, y hasta después de la Segunda Guerra Mundial no pasa al primer plano de la atención de la ciencia jurídico-penal. Ya en 1930, Welzel fijó las bases metodológicas de este movimiento, en su artículo **Kausalität und Handlung** y las precisó y desarrolló en 1932, en **Über Wertungen im Strafrecht**, y en 1935, en su famosa monografía **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**. Aparece, en lo metódico, como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo; representa el enlace de la metodología neokantiana con nuestros días.

El finalismo de Welzel aparece por primera vez cuando el neokantismo domina la metodología jurídico-penal, en 1930. Surge como respuesta al neokantismo y sus resultados en las dogmáticas jurídico penales se evidencian más adelante, a partir de 1939.

El subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo del neokantismo constituyeron los dos puntos que centraron la crítica de Welzel. El paso del subjetivismo al objetivismo constituye el fundamento metódico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo. La sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de "verdades eternas" y de "estructuras lógico-objetivas" es la clave de la filosofía jurídica de Welzel. Pero el abandono del subjetivismo gnoseológico neokantiano es, al mismo tiempo, el primer presupuesto de su filosofía ontologista y un factor previo que condiciona su total construcción.

La importancia de la metodología en la dogmática jurídico-penal fue destacada ya en 1930 por Welzel en un trabajo que dedicó a la trascendencia de la filosofía para el Derecho penal, donde afirma que el análisis del objeto de aquél viene presidido por exigencias metodológicas, y no viceversa. Significa que el análisis welzeliano de la acción -como objeto del Derecho penal- fue consecuencia del punto de partida metódico-ontologista en la dogmática jurídico-penal. El mismo planteamiento metodológico se refleja, en una determinada concepción iusfilosófica que pretende superar al positivismo jurídico.

Junto a la finalidad de la acción, la concepción de la esencia de la culpabilidad como reprochabilidad por haber podido el autor del injusto actuar de otro modo, constituye el segundo pilar de la teoría del delito de Welzel. Pues bien: el "poder actuar de otra forma" constituye una "estructura lógico-objetiva" anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autoderminación final con arreglo a sentido.¹²⁵

¹²⁵ - Citado por Mir Puig, en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 245 Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1982.

Tanto las "leyes de la estructura de la acción" como los "principios de la culpabilidad" "son independientes de las cambiantes modalidades de acción y constituyen las componentes permanentes del Derecho Penal". Con ellos nos hallamos en el auténtico núcleo de la teoría de la acción final...".

El finalismo no es, pues, solamente una doctrina de la acción, ni tampoco de la sistemática de los caracteres del delito. El finalismo es algo más: es un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica. Esto explica que no sea lícito afirmar, como a veces se ha hecho, que todo aquel que incluye el dolo en el tipo es, por esto sólo, "finalista", de la misma forma que, como es evidente, no basta reconocer el carácter "final" de la acción para poder recibir aquél calificativo.

Si los neokantianos elevaron a máxima fundamental el principio según el cual el método, y no el objeto, determina el conocimiento, Welzel invierte el planteamiento: el objeto determina el método. La tesis contraria de los neokantianos es, para Welzel, inexacta incluso desde una correcta interpretación de la epistemología kantiana. Según entiende Welzel, los neokantianos creen que las cosas son como aparecen frente a cada uno de nosotros, verdaderos creadores de la forma en que se nos presentan los objetos que conocemos. Con ello tergiversan el pensamiento de Kant. Cuando éste dice que el entendimiento prescribe a las cosas sus leyes, no se refiere, según Welzel, a nuestro entendimiento humano, sino al entendimiento puro. Las categorías no son formas de "nuestro" conocer, "puntos de vista", **Denk-Brillen**, sino condiciones **a priori**, esto es, puramente lógicas, de la posibilidad de los objetos de la experiencia: "no dicen nada sobre la índole (**Art**) de nuestra contemplación, sino sobre la naturaleza (**Artung**) objetiva (legalidad) de los objetos". En otros términos Welzel entiende que las categorías **a priori** no son subjetivas, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino objetivas para toda mente inteligente.

Esta interpretación no podía ofrecer problemas cuando el esquema categorial de Kant se aplicaba sólo -como en la crítica kantiana- al conocimiento de las ciencias de la naturaleza. Las categorías del entendimiento no podían concebirse más que en el sentido objetivo indicado, puesto que los conceptos formales de causa, sustancia, realidad, existencia, etc., han de coincidir necesariamente en toda inteligencia humana, hasta el punto de que en tal hipótesis se basa todo el edificio kantiano: sólo gracias a ella puede afirmarse el carácter científico del conocimiento resultante de la aplicación de tales categorías a la experiencia sensible, pues la primera condición de la validez científica de un conocimiento -en el sentido de las ciencias naturales- es que no pueda depender del punto de vista particular de cada hombre.¹²⁶ Pero cuando, con el neokantismo, se aplica el método de Kant a las ciencias del espíritu,¹²⁷ las categorías del tipo de conocimiento de esta otra clase de ciencias, no

¹²⁶ - Welzel., en su prólogo a su obra *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 11 y ss. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1964.

¹²⁷ - Sobre el indicado carácter "objetivo", en el sentido de válido para todo hombre, del conocimiento categorial de la *Crítica de la razón pura*, Vid. J. Vélez Correa, *Filosofía moderna y contemporánea*, Madrid, 1965, págs. 84 a 86. Para Kant, escribe en la página 84, "la conciencia no es un yo" que percibe a sí misma en la experiencia como sustancia real pensante, a la manera del pienso"

podían ser tan "objetivas" como las que regían el conocimiento científico natural. El concepto de Derecho de Stammler "voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable",¹²⁸ pongamos por caso, no era ni mucho menos indiscutible. Los valores más concretos que los neokantianos deducen de la observación del Derecho a la luz de lo que consideran conceptos jurídicos *a priori* son todavía mucho más "subjetivos". No en vano la crítica kantiana dejó a salvo sólo el carácter "científico" -objetivo- del conocimiento-natural. La aplicación de sus principios más allá de esta esfera traiciona su pretensión de validez objetiva. Se pasa del conocimiento de la razón pura al de la concreta razón empírica de cada hombre.

Welzel repudia el giro subjetivista operado por el neokantismo aplicado a la ciencia del Derecho. Pero lo dicho muestra que tal oposición no ha de entenderse dirigida a Kant sino sólo interpretación subjetivista. Me atrevo a pensar que ello puede contribuir a explicar que Welzel se esfuerce en rechazar la interpretación de su giro objetivista como una consecuencia de la Ontología de Hartmann: Podría verse en el interés de Welzel en negar su adscripción a Hartmann -con mayor fuerza aún a "la ontología de la antigua metafísica (precritica)"- cierta aceptación de las premisas del criticismo kantiano. Así parece confirmarlo el que insista en que Hartmann era considerado en 1920 un neokantiano, lo mismo que Höningwald -de quien dice haber tomado las ideas originarias-. Más aún, para "defenderse" de la acusación de ontologismo acritico trae a colación "el principio supremo de todos los juicios sintéticos" de Kant, de que "las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia" para afirmar a continuación: "De él se deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir... ontológicas".¹²⁹ Por último, a un ascendiente kantiano podría obedecer la denominación de "estructuras lógico-objetivas", con que se designa las estructuras del ser. De otro modo, le hubiese bastado llamarlas "estructuras objetivas".

Frente al subjetivismo metodológico, de los juristas neokantianos Welzel opone la necesidad de volver a una epistemología objetivista. El conocimiento no puede entenderse como configuración de un objetivo por el modo en que lo contemplemos. Tal conocimiento dejaría de ser tal, para convertirse en una "transformación" y, por tanto, en una "falsificación" de lo objetivamente dado. Conocer sólo puede ser comprensión del objeto tal como es. Ello tiene como consecuencia que el objeto del conocimiento propio de cada ciencia es siempre el

cartesiano, sino que es condición neótica... o sea, un nexa de validez lógica...". Citado por Mir Puig, en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 245. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, España, 1982.

¹²⁸ - Ello sin contar con que incluso las propias premisas del neokantismo logicista (de un Cohen o de un Notarp Escuela de Marburgo), que no se refieren a las ciencias del espíritu, suponen ya una interpretación subjetivista de Kant, al identificar "el conocimiento con su objeto, la conciencia con el fenómeno", y al concebir el pensamiento como "producción". La diferencia entre el neokantismo logicista y el valorativo de la Escuela sudoceidental alemana es que al no acudir a las ideas de valor, inevitablemente discutibles desde distintos puntos de vista axiológicos, el subjetivismo (logicista) del primero no restaba "validez objetiva" al conocimiento.

¹²⁹ - Stammler. *Tratado de Filosofía del Derecho*, pág. 117. Traducción de W. Roces. México, 1974.

mismo y no varía según la clase de "formalización" operada por el método respectivo. Lo que ocurre es que cada ciencia considera aspectos particulares de un mismo objeto. Las diversas ciencias no "informan" de distinto modo una "materia" sino que, por el contrario, cada una abstrae aspectos específicos del objeto definitivamente "formado". Ésta es la razón por la que los resultados de una ciencia no pueden contradecir los obtenidos en otra: "sólo hay una verdad, y lo que es cierto en una ciencia ha de encontrar también en las otras su lugar".

Según Welzel, con ello se viene a rechazar la tesis de la "función del método de configuración de la materia". No ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto. Ciertamente, hay distintos métodos, pero no configuran un mismo "material" amorfo, sino que se refieren a distintos aspectos del objeto. En ningún caso nos es dado algo amorfo que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo que primero es amorfo y paulatinamente se configura."

La autonomía de las ciencias del espíritu respecto de las naturales no se basa, pues, para Welzel, en un distinto método, sino en su objeto o en distintos aspectos de un objeto común. Tal premisa le sirve de base para afirmar que, mientras las ciencias naturales contemplan la realidad en su aspecto causal, la ciencia del Derecho, como la moderna psicología, se refiere a acciones humanas, en cuanto caracterizadas no por la causalidad sino por la "intencionalidad" o, como diría más adelante, la "finalidad". Con ello viene a postular la ciencia del Derecho penal la necesidad de distinguir dos órdenes de lo real (no de la mente humana): el "orden del suceder" y el "orden del pensar". La distinción procede del filósofo Hönigswald y vino a recoger el nuevo planteamiento que de la psicología se hizo en la década e los años 20, que determinó la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, y el descubrimiento de la conexión no mecánica, sino ajustada a sentido, de los procesos anímicos.

La más importante conclusión que Welzel deduce de la asignación al Derecho penal del "orden del pensar", es el carácter final de la acción. La dogmática jurídico-penal se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella: mientras que a las ciencias naturales importa la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales (como hecho "natural"), la ciencia jurídico-penal aborda la acción en su especificidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la "conciencia de sentido". El concepto naturalístico de acción, como proceso causal, no sirve, pues, a la dogmática jurídico-penal, que ha de partir de un concepto distinto de acción. Pero tal dualidad de conceptos no provienen de un distinto método de ambas ciencias, sino de diversos aspectos ubicados en el ser de la acción. La acción es causal y es final siempre. Lo que ocurre es que las ciencias naturales la contemplan en el primer aspecto y la dogmática jurídico-penal -como la psicología- en el segundo. Esto es lo que permite a Welzel

afirmar que la acción final es un concepto prejurídico, una "estructura lógico-objetiva".

La segunda consecuencia del enfoque metódico de Welzel está íntimamente relacionada con la anterior, hasta el punto de apoyarse sobre la base de la "finalidad con arreglo a sentido" como característica de los fenómenos anímicos. Se trata de la autodeterminación conforme a sentido, único presupuesto del sentido ético de la culpabilidad. El hecho de que las acciones no sean un producto causal-mecánico, sino que respondan a la comprensión por el sujeto del significado de las posibles metas, constituye, como la acción final en que se basa, un concepto prejurídico, una estructura lógico-objetiva que condiciona la posibilidad de la culpabilidad. Adviértase que esta conclusión proviene del mismo presupuesto de la acción final: la consideración de la acción humana no como integrante del "orden del suceder naturalístico-causal, sino del "orden del pensar" regido por la comprensión del sentido. De ahí extrae Welzel los dos pilares -finalidad y autodeterminación según el sentido- de su teoría del delito.

La dogmática jurídico-penal de acuerdo con Welzel deberá contar siempre con una limitación que trasciende al Derecho positivo, para hallarse radicada en la "naturaleza de las cosas". Deberá respetar en la interpretación y en la construcción del sistema las exigencias impuestas por las estructuras lógico-objetivas. El planteamiento es, dentro de la evolución del dilema positivismo-iusnaturalismo, sin duda original. No se quiere abandonar el terreno del Derecho positivo, pero se remite a exigencias anteriores a él. Se consigue vinculando al legislador a los mismos postulados que a la dogmática: las estructuras lógico-objetivas vinculan a ambos. De este modo la dogmática no podrá, por el hecho de respetar estas estructuras, contradecir el Derecho positivo, pues ha de partirse de la hipótesis de que también éste las respeta.

Pero ¿en qué orden y hasta qué punto vinculan al legislador las estructuras lógico-objetivas de la finalidad y la autodeterminación conforme a sentido?. En 1932, en su trabajo *Über Wertusgen im Strafrech* escribía Welzel: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar vinculándoles consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden sólo "reflejar" este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los "reflejos" lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce, para la metodología, que la Ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones".

Lo anterior puede resumirse en una frase: el legislador es libre en la elección de las acciones punibles, pero no en cuanto a la estructura final de la acción ni sobre la autodeterminación del hombre conforme a sentido. El legislador puede decidir con libertad la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables. Del mismo modo, tampoco puede ordenar ni prohibir meros procesos causales no conducidos finalmente. "De este hecho difícilmente discutible, se deriva todo lo demás por sí mismo": la necesidad de colocación sistemática del dolo en el tipo se deriva de la estructura lógico-objetiva de la finalidad del actuar humano. Si la acción es final y el legislador sólo puede prohibir -u ordenar- acciones finales, la finalidad deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico-penal, esto es, del tipo de injusto. En palabras de Welzel: "El substrato de la regulación del Derecho es desconocido completamente, si se considera primero a la acción como proceso causal ciego y se añade sólo después (en la culpabilidad) la voluntad, donde ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un reflejo, pero no puede ser ya un factor configurante de la acción".¹³⁰

5. El Funcionalismo o sistema teleológico en el Derecho penal contemporáneo.

El funcionalismo está estrechamente vinculado al positivismo; trata de superar sus deficiencias mediante sus premisas de orden, progreso, solidaridad y el consenso en la sociedad. El criterio de utilidad que venía ya del iluminismo y que traspasó al positivismo encuentra en el funcionalismo una nueva dimensión.

Los funcionalistas, estimaban que existe en las cosas una moralidad tácita que justifica su existencia: utilidad. Intentaron demostrar que aun cuando determinadas sistematizaciones no fueran útiles desde el punto de vista económico, podían serlo de otro modo, en el plano no económico; esto es, podían ser funcionales bajo el perfil social. La sociología incorpora el criterio del utilitarismo social: la utilidad a la sociedad.¹³¹

El funcionalismo se convierte en el siglo XX en el intento más serio e intenso de establecer una sociología única y universalmente válida, lo que también recogía del espíritu de los positivistas, esto es, constituir la superciencia, la superordenación de la sociedad.¹³²

Los antecedentes del funcionalismo están en Europa y se citan comúnmente como fuentes específicas a Durkheim, Malinowski y Weber. Su fuerza

¹³⁰ - Welzel. El nuevo sistema del Derecho Penal. pág. 13 Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1984.

¹³¹ - Welzel. El nuevo sistema del Derecho Penal. pág. 15. Ediciones Ariel. Barcelona. España, 1984.

¹³² - Cfr. Gouldner, A. W. La crisis de la sociología occidental, pág. 188. Editorial Amorrortu. Buenos Aires. Argentina, 1970.

de expansión fue inmensa y realmente dominó durante más de un cuarto de siglo el campo de la sociología mundial hasta los años sesenta, época en que se inicia una revisión crítica. Sus dos representantes fundamentales han sido Parson y Merton.

El concepto central de la teoría, pero también el más discutido incluso entre los propios funcionalistas, es justamente el de función.¹³³

Con él se intentaba crear un (transplante) sistema propio para las ciencias sociales, aportándose del mero de categorías de las ciencias naturales, y en especial remplazar el concepto de causalidad y, con ello, superar al positivismo en su tendencia factorial y de datos aislados. Como expresa Merton, "interpretar el mundo en relación con la interconexión de funcionamiento y no por unidades sustanciales separadas".

Parson intenta en su obra precisar al máximo el inasible concepto de función con el objeto de dejar en claro que es totalmente diferente del de causalidad y que no puede confundirse con él. Apunta que la significación del concepto de función implica concebir el sistema empírico como una "empresa en marcha". Su estructura es aquel sistema de pautas determinadas que, según lo muestra la observación empírica dentro de ciertos límites, tienden a desarrollarse de acuerdo con una pauta constante (por ejemplo, la pauta del desarrollo de un organismo joven). La significación funcional, en este contexto, es intrínsecamente teleológica. Un proceso o conjunto de condiciones "contribuye" al mantenimiento (o desarrollo) del sistema o, al ir en detrimento de su integración, eficacia, etc., resulta disfuncional. De este modo, pues, lo que proporciona el equivalente lógico de las ecuaciones simultáneas, en un sistema plenamente desarrollado de teoría analítica, es la referencia funcional de todas las condiciones particulares y el proceso al estado del sistema total como una empresa en marcha. El tipo lógico de sistema teórico generalizado que se expone puede, llamarse sistema estructural-funcional, para distinguirlo de un sistema analítico".¹³⁴

Para una mayor comprensión del sistema funcionalista y del concepto de función, es necesario agregar a estas palabras de Parson las significativas observaciones de Merton a los llamados postulados funcionalistas desarrollados particularmente por la dirección antropológica. Tales postulados son **la unidad funcional de la sociedad**, el del funcionalismo universal y el de la **indispensabilidad funcional**.

Según el primero (unidad funcional), un sistema social dado tiene, en cuanto tal unidad. Pero precisamente porque si bien ciertamente un sistema social requiere unidad, ya que de otra manera no existiría como tal, el postulado resulta una perogrullada y lo que interesa entonces determinar, en forma empírica y no **a priori** o

¹³³ - Cfr. Marsal, F. La crisis de la sociología norteamericana, págs. 145 y ss. y 189 y ss. Editorial Península. Barcelona. España, 1977.

¹³⁴ - Merton, R. Teoría y estructura sociales, págs. 30 y ss. Fondo de Cultura Económica. México, 1964.

axiomáticamente, es el grado de unidad. Luego, **a priori**, ninguna manifestación cultural podrá plantearse como funcional para el sistema total ni en forma uniforme para los individuos que están en él y siempre será necesario una especificación del sistema y la función. Así, por ejemplo, no puede decirse axiomáticamente que la religión es necesaria para la sociedad en tanto que realiza su unidad, pues hay sistemas sociales con varias religiones y en ellos éstas provocan precisamente grandes tensiones y conflictos.

Por otro lado, conforme al postulado del **funcionalismo universal**, toda manifestación persistente es inevitablemente funcional, es decir, tiene carácter positivo; lo cual significa desconocer que las consecuencias de una manifestación pueden ser tanto funcionales como disfuncionales. En verdad este postulado resulta ser producto del planteamiento antropológico de las "supervivencias sociales", que muy poco aporta al entendimiento de la conducta humana. Así, por ejemplo, el mantenimiento de los botones de las bocamangas, como una tradición, resulta intrascendente para explicarse la conducta humana.

Por último, el postulado de la **indispensabilidad** resulta especialmente criticable, pues con él se desconoce que una misma función pueda ser desempeñada por manifestaciones diferentes, lo que se ha denominado alternativas funcionales, equivalentes funcionales o sustitutos funcionales.

En resumen, conforme a Merton, junto al concepto de función; **las consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado**, hay que considerar las disfunciones, **consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema** y las consecuencias afuncionales ajenas al sistema en estudio.¹³⁵

Evidentemente, desde un punto de vista tanto epistemológico como metodológico, el funcionalismo constituye un gran avance respecto del positivismo. El concepto de función no sólo le permite percibir la sociedad como un proceso, sino además apartarse de una traspolación mecánica del caudal científico de las ciencias naturales a las ciencias sociales; por otra parte, el concepto de función lleva implícito que no se trata del análisis del hecho aislado, sino de la consideración del sistema, esto es, de la relación con el contexto general en que se dan las diversas manifestaciones.

Desde un punto de vista gnoseológico, no hay diferencia entre funcionalismo y positivismo, ya que también el primero se basa en la separación entre sujeto y objeto y en la pretendida objetividad del conocimiento. Por otra parte, a pesar de que ahora la sociedad no se considera estáticamente sino en forma dinámica, el mundo social sigue siendo un dato dado absoluto -que se desarrolla según "una pauta constante", según Parsons-, y de lo que se trata es de introducir las correcciones o

¹³⁵ - Ensayos de la Teoría sociológica, págs. 188 y ss. Editorial Paidós. Buenos Aires. Argentina, 1967.

rectificaciones que sean necesarias dentro del sistema; pero el sistema como tal resulta indiscutible, pues es el absoluto objeto de nuestra observación. A pesar, pues, de su carácter dinámico, el funcionalismo es una teoría del **statu quo**, la ideología no de la naciente burguesía industrial -como fue el positivismo- sino de la burguesía industrial desarrollada.

Ya con sus precursores -como Durkheim- el funcionalismo tuvo una gran influencia sobre la criminología. En el campo del Derecho penal sus repercusiones han sido menores que las del positivismo. Pero también, ya en sus inicios, con los planteamientos de Weber, se pueden constatar efectos dentro de la teoría de la acción, en la llamada **teoría de la acción social**, intento de replantear desde el punto de vista del sistema social la llamada teoría natural causal. En el plano de la teoría de la acción hay coincidencias sorprendentes entre los planteamientos de Weber y aún de Parsons y la llamada **teoría de la acción final**, que pretende desligarse del puro causalismo y dar un sentido o un carácter teleológico a la acción. Ultimamente, además, se aprecia una influencia del funcionalismo en lo que se refiera a la dilucidación del concepto de culpabilidad, puesto en crisis por el positivismo naturalista y sociológico, pero que no plantea una vía de solución compatible con el Estado de Derecho. Por eso algunos autores, han tratado de salvarlo (el concepto de culpabilidad) recurriendo al funcionalismo como planteamiento superador de las deficiencias del positivismo, pero que se encuentra dentro de su misma línea de pensamiento. Es el caso de Jakobs, Schönemann, Rudolphi, Amelung, Walter, Achenbachy y Haffke, entre otros, en Alemania.

Los años sesenta no sólo implicaron una crisis puramente intelectual del funcionalismo, sino que además la sociedad americana se reestructuraba, dando paso a una nueva clase media las guerras no han terminado con la Segunda Guerra Mundial, presencian el despertar de la juventud y el recrudecimiento de las luchas raciales en Estados Unidos; también se asienta cada vez más la fuerza de la clase media y una nueva burguesía no tan directamente ligadas a la producción como antaño, sino relacionada con las empresas de servicios; encuentra su síntesis en la expansión del consumismo como actitud que absorbe a todos los extractos sociales.

Polaino Navarrete,¹³⁶ por su parte, establece que mientras una consideración estrictamente estatal del derecho positivo ignora o descuida el aspecto temporal, el análisis dinámico-funcional parte de que la realización determinante del Derecho consume incluso en el tiempo, el comportamiento social jurídicamente relevante de las personas: en la base del análisis dinámico-funcional del Derecho positivo, se encuentra la cuestión de cómo es representado el tiempo en el Derecho positivo.

¹³⁶ - Teoría y estructuras sociales, pág. 61. Fondo de Cultura Económica. México, 1964.

Esta teoría contempla la contrapuesta relatividad del Derecho y de la realidad social, y confirma a aquél en orden a su aplicación práctica en el proceso de la realización jurídica. Como fundamento de una teoría dinámico-funcional del Derecho, puede estimarse sólo una experiencia de la realidad social y de la realidad jurídica, emancipada en todo lo posible de apreciaciones de la realidad.

En muchas disciplinas científicas se aplica la palabra función, sin ser definida de manera aproximada. El concepto de función es aparentemente estimado como una noción tal básica que no parece precisar de definición alguna. En relación con tal entendimiento predeterminado de éste concepto, se ha hablado hasta ahora de función del Derecho y de una teoría funcional del Derecho. Precisamente por aludirse aquí a la función del Derecho positivo, merece ceder al uso lingüístico de la ciencia y así se advierte que el concepto de función no es en modo algún unívoco.

La teoría hoy dominante describe a las leyes, prescindiendo de las características formales de las mismas, como principios jurídicos generales y abstractos.

Esta determinación no es errónea, en tanto que las reglas positivas del Derecho, muestran ciertamente una estructura formal. El acto de establecimiento del Derecho trasciende más allá de la mera función técnico-vital y racional-final, del pensamiento conceptuador. Y así presupone siempre una doble valoración, con referencia al fin de una regulación jurídica y respecto al camino para la consecución de este fin.

Una regla jurídica sólo puede exigir un cambio en cuanto parte del ordenamiento jurídico, cuando tanto el fin por ella aspirado como el camino seguido en la regulación normativa, tiene en existencia ante los axiomas fundadores del sistema jurídico, mostrándose compatibles con los mismos. Todo Derecho positivo surge del pensamiento del legislador dirigido a un fin, pudiendo ser descrito como Derecho funcional, que persigue a través de la configuración de los tipos legales las consecuencias de formas del comportamiento que deben ser.

La descripción del Derecho positivo como funcional afecta tanto a la forma como al contenido de las reglas de Derecho. Las normas jurídicas que estatuyen al comportamiento como materia del deber se representan una pauta, a través de la que en el futuro ha de ser medido un comportamiento fáctico lógico-formalmente considerado. La determinación formal de las normas jurídicas mediante el carácter del deber ser comprende, no obstante, sólo incompletamente el Derecho positivo y las referencias del mismo a la realidad social. El Derecho empírico, real, presupone una unidad de forma y contenido.

En Derecho penal se denomina funcionalismo a la corriente del pensamiento científico-alemán que orienta la dogmática a la política criminal, de

vinculación del sistema penal con sus fines, la cual evidentemente no constituye la doctrina dominante en aquel país.

Hirsch indica que al morir Welzel en 1977, se ha impuesto en la dogmática alemana su sistemática basada en la teoría de lo injusto personal. Tal aseveración, apunta Silva Sánchez, que es sustancialmente correcta, pretende poner de relieve el carácter abrumadoramente dominante en Alemania de la doctrina que incluye el dolo, en el sentido de "conocer y querer la realización típica" y la culpa (como infracción de un deber objetivo-general de cuidado), en el tipo de injusto.

Una contemplación superficial del panorama científico alemán basta para obtener sin dificultad la impresión de una plena superación de la sistemática neoclásica o causal-valorativa. Sin embargo, ello no ha tenido lugar mediante una adhesión acrítica al finalismo. Así, hay que señalar que ni los presupuestos metodológicos de esta corriente (la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas), ni la tesis de fondo de la misma (concepto final de acción, teoría estricta de la culpabilidad, etc.) han sido aceptadas por un número relevantes de autores. La doctrina dominante ha seguido otras vías, aunque al final, haya resuelto aquella cuestión sistemática en la línea de lo propuesto por el finalismo.

Se ha indicado por algunos que el funcionalismo en la dogmática penal constituye un fenómeno de moda, algo de los últimos años. Muy al contrario, un intento de construir las categorías del sistema orientándolas a los fines del Derecho penal (la sistemática teleológica del neokantismo), si bien las circunstancias históricas de aquel periodo impidieron que fraguara todo su potencial; además, en la doctrina dominante de los últimos decenios, de signo ecléctico, siempre han desempeñado un papel importante las consideraciones normativas, de orientación generalmente teleológica.

Es cierto, no dice Silva Sánchez,¹³⁷ que las consideraciones funcionalistas han experimentado un significativo auge en los últimos tiempos por oposición al finalismo y a su metodología. Esto ha tenido lugar por dos vías distintas, aunque complementarias en no poca medida. Así, unos autores (por ejemplo Roxin) sintieron la necesidad de orientar el Derecho penal a la Política criminal, separándose abiertamente del método deductivo-axiomático del finalismo, al que se objetaba el análisis de los problemas jurídicos, como cuestiones básicamente lógico-abstractas. Otros autores, en cambio, centran su censura del finalismo en el método ontológico, que se estima agotado; por oposición al él, se propone una "refundamentación" normativa de la teoría jurídica del delito.

¹³⁷ - Cfr. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal, págs. 348 y ss. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1991.

En este sentido, señala Jakobs,¹³⁸ asistimos al declive de la dogmática de base ontológica, al desplome de y que no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o -mas vagamente- una estructura prejurídica logico-objetiva, se convierten en conceptos de los que no puede decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal, sino que incluso el propio concepto del sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional.

Neumann ha puesto de manifiesto la orientación a fines político-criminales de la dogmática jurídico-penal, que se traduce en que el jurista pueda disponer de conceptos flexibles, conceptos que solo puede ser normativos, pues los ontológicos, se caracterizan precisamente por la sumisión que exigen por parte del dogmático. Recíprocamente, sin embargo, la normativización de los conceptos exige un punto de referencia para la atribución a un contenido, algo que, en principio, corre el peligro de convertirse en un procedimiento tautológico si no se atiende a los fines del Derecho Penal.

En otros términos, un entendimiento normativo de los conceptos jurídico-penales es presupuesto de toda sistemática teleológica, que pretenda orientar la dogmática a la función social del Derecho penal; pero, a la vez, resulta difícil imaginar una normativización de los conceptos que no haya de recurrir a las finalidades político-criminales.

Así las cosas, las diferencias entre unos autores y otros denominados funcionalistas, no se encuentra tanto en el método en sí, sino en las premisas político-criminales que se tomen como referencia. La diferencia entre los planteamientos de Roxin y Jakobs, por ejemplo, podría radicar, en que el primero parte de la necesidad de orientar la dogmática a la Política criminal, acoge las finalidades político-criminales de un modo mas global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre sí: muy significativo es que Roxin no oriente su sistema a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho Penal, que, para él, son algo mas que lo anterior. En cambio, Jakobs, parte de la necesidad de una renormativización, acoge en forma demasiado categórica la función de prevención -integración (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos; ello con independencia de que, ya en el plano de las teorías de la pena, su concepción de la prevención general positiva sea criticable. En todo caso, resulte correcta o no la interpretación anterior, si es cierto que en el ámbito de las teorías funcionalistas empieza a ser común distinguir un sector "radical", personificado por Jakobs, y otro mas matizado, representado por Roxin y sus discípulos.

¹³⁸ - Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, en la introducción del libro de Bernard Schönemann titulado *El sistema moderno el derecho penal. cuestiones fundamentales*, págs. 11 y ss. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1991.

Las corrientes funcionalistas no pretenden, en principio, una modificación del sistema de la teoría del delito. Mas bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad. Se trata de orientar dichas categorías a "la función del Derecho penal en la sociedad moderna". Un ejemplo paradigmático de ello viene dado por las nuevas propuestas en materia de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho del autor. Con todo, es posible destacar completamente que el funcionalismo lleve a cabo una modificación sistemática: de hecho, los conceptos de antijuridicidad penal (Günther) o de "responsabilidad" (Roxin), por ejemplo, encierran el germen de alguna posible modificación sistemática. Una modificación a la que algún autor, como es el caso de Frisch, alude de modo expreso, al proponer la reconstrucción del sistema sobre las dos categorías fundamentales de la teoría de las normas (norma de conducta y norma de sanción) y la orientación de los presupuestos de la punibilidad al concepto legitimación de la pena estatal. En todo caso, lo cierto es que, en el momento actual, existen ya teorías funcionalistas de la tipicidad (imputación típica, en general, y del resultado, en particular), del tipo subjetivo doloso, de la justificación y, por supuesto, de la culpabilidad. Aunque no se le reconozca otro valor, es preciso concluir que las tesis funcionalistas han traído consigo una considerable ampliación de las posibilidades de argumentación de la dogmática jurídico-penal, si bien en ocasiones ello puede tener lugar a costa de una pérdida de firmeza o de la asunción de soluciones más flexibles. Esto último es lo que precisamente ha servido para las críticas que, de modo genérico, de le han dirigido. Así, se ha señalado que el sistema propugnado por los funcionalistas adolece de una menor científicidad, de inseguridades y de un carácter "nacional" (por su vinculación al ordenamiento constitucional alemán), que se oponen radicalmente a las pretensiones científicas y transnacionales de la dogmática; en definitiva, que conduce a la arbitrariedad. En otro orden de cosas, se ha observado que su "reconstrucción" normativa conduce a la confusión de las categorías retrotrayendo a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación. Por último, se alude también a que, políticamente, las teorías funcionalistas se presentan a ser utilizadas en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado liberal de Derecho.

Schünemann¹³⁹ expresa que si se intenta clasificar los numerosos principios sistemáticos y proyectos de sistematización del moderno Derecho Penal, en grandes grupos configurados a partir de los fundamentos filosóficos y las concepciones sistemáticas que los sustentan, cabe distinguir cinco épocas en la elaboración del sistema penal. Estas son: el naturalismo, que llega a su apogeo con el sistema de Beling y Von Liszt; el neokantismo, que conduce a una renormativización; "el punto de vista de la totalidad", que lleva a un irracionalismo; el finalismo, que culmina con el sistema de Welzel; y los intentos más modernos de vincular de nuevo

¹³⁹ - Citado por Edgardo Alberto Donna, en *Teoría del delito y de la pena*, pág. 27 y ss. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1992.

los elementos del sistema del Derecho penal con sus fines ("funcionalismo"). Una separación temporal clara de estas épocas apenas es posible, salvo que se recurra a simplificaciones importantes, debido, en no poca medida, a la existencia de numerosas contracorrientes. A lo sumo, puede aventurarse la apreciación de que el naturalismo domina hasta el año 1900; el neokantismo, hasta 1930; el irracionalismo, hasta 1945; el finalismo, hasta 1960; y el funcionalismo, que ahora está apunto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990.

Es posible interpretar que la tendencia finalista hacia un constructivismo asentado sobre un número reducido de axiomas, expuesta en las líneas anteriores, en la medida en que incita a la réplica, constituye el estímulo desencadenante de la fase más reciente del pensamiento jurídico-penal. Esta, que, por el momento, se halla todavía en período de desarrollo, puede calificarse de "teleológica" o "funcional". Por lo que hace a aquella tendencia, si bien se acuña de modo especial en los últimos desarrollos de la escuela de Welzel, resulta ya perceptible en el propio cuerpo doctrinal welzeniano: así por ejemplo, cuando este autor acentúa el método deductivo-axiomático del finalismo y cree probar, por ejemplo, la incorrección de la teoría limitada de la culpabilidad con el argumento de que las causas de justificación no excluyen la tipicidad, sino la antijuridicidad; motivo por el que la errónea suposición de una causa de justificación no excluiría al dolo típico, sino simplemente el conocimiento de la antijuridicidad. En efecto, con ello se eluden las numerosas alternativas y diferenciaciones valorativas que en esta materia se ofrecen al legislador, hasta el punto que la postergación de las consideraciones político-criminales resulta apenas inferior a lo que había sido típico del naturalismo jurídico-penal.

De ahí que la exigencia de que la construcción conceptual atienda también a los fines de la dogmática se convierta en el lema del nuevo movimiento del pensamiento dogmático jurídico-penal. Independientemente del meritorio, pero doctrinario, proyecto de un "sistema teleológico del Derecho penal" por Schmidhäuser, en el año 1970 Roxin anuncia el programa de una reconciliación de "Política criminal y sistema del Derecho penal" e inicia el esbozo de los primeros pormenores de su realización.

Roxin parte de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a un sistema fructífero, a saber, orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político-criminales. Ello implica, a su juicio, la necesidad de llevar a término la unidad sistemática del Derecho penal y la Política criminal también en el seno de la teoría del delito. Así pues de lo anterior se deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de su función político-criminal. En esta línea, asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la

antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas.

Mediante esta vinculación de los concretos niveles sistemáticos a diversos valores rectores, Roxin obtiene -en fructífero desarrollo del neokantismo, que se quedó anclado en el relativismo axiológico- líneas específicas de concreción, que conducen a la progresiva diferenciación de las tres categorías del sistema. Así, por ejemplo, de la referencia del tipo al principio de **nullum crimen** obtiene la conclusión de que la cuestión de la autoría no puede ser respondida de la mano de la teoría subjetiva, que deja campo libre al arbitrio del juez, sino sólo a partir de la doctrina objetivo-material del dominio del hecho; y por otro lado, que la inclusión del dolo en el tipo se deriva ya del mandato de determinación propio del Estado de Derecho. Asimismo, concluye que las causas de justificación, como ámbito de la "solución social de conflictos", son expresión de la operatividad conjunta de un número limitado de principios materiales de ordenación, cuya "mezcla" específica sólo tiene que analizarse (siguiendo el modelo de la distinción, en la legítima defensa, de los principios de prevalencia del Derecho, autoprotección y proporcionalidad) para alcanzar -en situaciones problemáticas concretas, como, por ejemplo, la legítima defensa provocada- una solución convincente desde perspectivas político-criminales y, a la vez, elaborada en el plano sistemático. Finalmente, la orientación por Roxin del nivel sistemático de la "culpabilidad" a la necesidad preventiva de pena lleva a consecuencias de especial trascendencia, porque, según ella, la exclusión de la culpabilidad no debe vincularse -como se hacía en la concepción tradicional- a la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo-general o preventivo-especial de la pena.

De este modo el aquí llamado "razonamiento sistemático teleológico" ha sentado, a lo largo de un decenio, las bases para una profunda modificación del sistema del Derecho penal. Ésta se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del fin de prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de la justicia penal.

Así, y con la finalidad de obtener una "teoría teleológica de la acción y de la imputación", Wolter ha definido el concepto de injusto en los delitos de resultado como la creación de un riesgo prohibido por el ordenamiento jurídico basada en aquel riesgo. Su esquema supone el contrapunto de la personalización y subjetivización del concepto de injusto, llevadas a término por el finalismo radical, en un doble aspecto: por un lado, el prototipo del desvalor de la acción no viene constituido, según Wolter, por la tentativa inidónea, sino por la puesta en peligro

objetivo; por otro al desvalor del resultado no solo se le devuelve su función constitutiva en el marco del injusto, sino que incluso se le independiza materialmente del injusto personal, mediante una imputación puramente objetiva. De este modo resulta factible una reconstrucción sistemáticamente adecuada de los diferentes tipos delictivos creados por el legislador en el seno de un concepto de injusto que se concreta de diversas maneras, y, a la vez, mediante la renovada inclusión en el ámbito del injusto del factor del resultado, que tan importante función cumple en el Derecho vigente, se hace posible evitar que el problema material y el sistemático discurren cada uno por su lado.

El intento de Frisch de definir de nuevo el dolo como "concepto funcional" también debe situarse en el marco del razonamiento sistemático-teleológico, del cual Frisch extrae amplias consecuencias, que llegan casi a poner "patas arriba" la dogmática tradicional del dolo. En su opinión, dado que el objeto funcional del dolo no es el tipo, sino el comportamiento típico no es posible hablar de la existencia de un elemento voluntativo en el dolo ni siquiera de un dolo eventual en el sentido clásico. Más bien es necesario y suficiente que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento, y de que ésta ya no es tolerada por la ley. Algo que resulta del fundamento de la pena por delito doloso: la sanción agravada de una "decisión que se desvía de las normas de conducta relevantes para el tipo". En los delitos de resultado, este desvalor del comportamiento antinormativo consiste en el riesgo de menoscabo de bienes jurídicos que caracteriza objetivamente al comportamiento del autor; así, pues, también el comportamiento típico, debe definirse, con independencia del resultado, aludiendo al riesgo de concurrencia de los elementos típicos, de manera que la posibilidad de concurrencia de los elementos típicos, a juzgar *ex ante* desde la perspectiva del autor, pone en funcionamiento la prohibición de actuar.

Frisch advierte una ventaja especial de la sustitución del concepto tradicional de dolo, en el sentido de "aceptar el resultado tal como venga", por el "conocimiento del riesgo típico", en el hecho de que, en adelante, a la hora de determinar el objeto del dolo, podrá tenerse en cuenta la circunstancia de que el nivel de tolerancia de riesgos es diferente en los diversos tipos concretos; y ello sin dejar el concepto de dolo a merced de la Parte Especial. Este progreso material sólo ha sido posible a partir del reconocimiento de la autonomía sistemática del comportamiento típico.

Finalmente Jakobs emprende la tarea de una general renormativización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho penal. En su opinión, dado que la dogmática jurídico-penal de base ontológica se ha quebrado absolutamente, es preciso llenar de contenido la totalidad de conceptos dogmáticos a partir de las funciones del Derecho penal; así, conceptos como los de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, entre otros, perderían su contenido prejurídico, surgiendo únicamente por relación con las regulaciones jurídico-penales. De esta

manera, la concepción de Jakobs significa un sorprendente renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos del neokantiano Lask, tan vehementemente combatida -y con éxito durante casi cinco decenios- por Welzel. Sin embargo frente a la recepción de aquél sistema, producida a comienzos de siglo, el de Jakobs muestra dos ventajas sustanciales: por un lado, Jakobs se pone a salvo de caer en el relativismo axiológico mediante el reconocimiento de la prevención general, en el sentido de ejercitamiento en la fidelidad al Derecho, como función preponderante del **ius puniendi** del Estado; por el otro, al proceder a la funcionalización de los conceptos dogmáticos, puede apoyarse en las categorías de la Teoría sociológica de los sistemas.

En lo que hace al futuro desarrollo del sistema del Derecho penal, únicamente cabe aventurar el pronóstico de que discurrirá bajo el signo de una ulterior elaboración y depuración del razonamiento teleológico (funcional), cuyas posibilidades y trascendencia no han sido agotadas, ni siquiera parcialmente, en la discusión habida hasta la fecha.

**QUINTO
CAPITULO**

QUINTO CAPITULO.

I. Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas.

1. Relaciones con el Derecho constitucional.

La relación del Derecho penal con el Derecho constitucional es estrecha. En la Constitución se ubica la primera manifestación legal de la política penal y en ese marco debe encuadrarse la legislación penal propiamente dicha. Porte Petit citando a Grispigni y a Manzini, establece que "el titular del Derecho penal lo es únicamente el Estado, pues es el que tiene la facultad para determinar los delitos, las penas, las medidas de seguridad y para la aplicación de ellas. Por tanto, la relación tan íntima entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, donde este último no hace sino reglamentar las bases penales que la Constitución recoge, y de aquí, la diferente orientación que pueden presentar los ordenamientos penales. En otros términos, el papel que juega el Derecho penal, es el de una completa y absoluta subordinación a la carta fundamental de la República".¹

Las garantías de naturaleza penal -afirma Castellanos Tena-, encuentran su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución como ley suprema; por lo tanto, son de incalculable importancia las relaciones entre ambas disciplinas.²

Algunos preceptos que tienen relación de manera directa con el Derecho penal (en sentido amplio comprensivo del Derecho penal sustantivo, del Derecho de procedimientos penales y del Derecho penitenciario), son los siguientes:

A. Artículo 5°.

El artículo 5° de nuestra Carta Magna establece en su párrafo tercero que: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123".

A su vez, el artículo 24 del Código Penal, inserto en el Título Segundo, Capítulo I, denominado "Penas y medidas de seguridad", del Libro Primero, en el número dos, señala en su parte final, al trabajo en favor de la comunidad. Así, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 27 del señalado ordenamiento legal "el trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de

¹.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 4a. ed., pág. 74. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

².- Cfr. Castellanos Tena, F. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, 35a. ed., pág. 23. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. **El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa.** Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, pero por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte denigrante o humillante para el condenado"

Como hipótesis en donde el trabajo se impone como pena autónoma al sujeto activo del delito, tenemos el caso del injusto penal de violación de correspondencia, previsto en el artículo 173 del Código Penal, que señala que "se aplicarán de 3 a 180 jornadas de trabajo en favor de la comunidad: fracción I.- Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él; y, fracción II.- Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido. "

El artículo 70 de la Ley Sustantiva Penal determina que "la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I.- **Por trabajo en favor de la comunidad..., cuando la pena impuesta no exceda de 5 años...**".

Atendiendo a los antecedentes del trabajo en materia penal, la Constitución de 1857 expresaba únicamente en el artículo quinto los siguiente: "Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación, o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro".

La Constitución de 1857 expresaba únicamente en el artículo quinto lo siguiente: "Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación, o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro".

Esta garantía individual estuvo ligada a lo contenido en el artículo 4º., en el cual se establecía que a ninguna persona se podía impedir el dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomodare, siendo lícitos. En otras palabras, cualquier mexicano o extranjero ha estado facilitado para ejercer una

actividad profesional, industrial o comercial, sin más limitación que la permitida por las leyes, quedando impedida toda autoridad de imponer restricciones al trabajo personal que no ofenda los derechos de un tercero o los de la sociedad, excepción hecha de las resoluciones dictadas por la autoridad judicial con estricto apoyo en una ley o reglamento. Por ende, de no existir ataque alguno a tercero o a la sociedad en general, ninguna persona se encuentra obligada a la prestación de un servicio, si no es su voluntad hacerlo, y si no es recompensada con el pago de una retribución económica, esté convenida o no.

Respecto del artículo 5º. que se comenta, cuando fue presentado un proyecto de redacción que seguía en lo general las ideas de la Constitución de 1857, diputados entre quienes destacaron Heriberto Jara, Victoriano L. Góngora, Héctor Victoria y Esteben Baca Calderón, todos ellos ligados a la diputación representativa del sector obrero, propusieron incluir en el texto presentado algunos aspectos relacionados con el salario y con la jornada de los trabajadores. La reacción en contra no se hizo esperar, pues un numeroso grupo de constituyentes se opuso a tal pretensión por considerar que la inclusión propuesta pugnaba con el sistema constitucional tradicional, tendente sólo a garantizar la libertad y acción del individuo, pero no a reglamentar actividades propias de un determinado sector público, y mucho menos relaciones internas de trabajo, ajenas al objetivo primordial de toda carta constitutiva de ajustarse a la formulación exclusiva de los derechos del hombre; por fortuna, según lo expresó Mario de la Cueva, se impuso el buen sentido oficial y a través de un viable proyecto presentado por don Natividad Macías a sugerencia de don Venustiano Carranza, se modificó en su totalidad la estructura de los artículos cuarto y quinto, originándose lo que ha dado en llamarse con propiedad **garantías sociales**, consignadas tanto en este último artículo, como en el 123.

En materia de libertad de trabajo, los dos artículos dichos comprendieron en su redacción originaria los aspectos fundamentales de la relación laboral:

1º. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo si no es por resolución judicial dictada en un procedimiento seguido por autoridad competente en contra de la persona afectada.

2º. Nadie puede ser obligado a realizar trabajos personales sin justa retribución, excepción hecha del trabajo impuesto como pena por la autoridad y el correspondiente a determinados servicios públicos, tales como: las funciones electorales o censales, los de jurados y el servicio militar, cuyo carácter es obligatorio y gratuito debido a la naturaleza y objetivos de tales servicios.

Mediante la reforma de 1989, se añadieron las palabras "...pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes", al párrafo cuarto del artículo 5º., con el fin

de complementar la creación en el artículo 41 de un servicio electoral profesional. Es ésta pues una adición que busca dar cabida y congruencia a dicho servicio dentro del articulado que establece la libertad de trabajo y sus limitaciones. El establecimiento de un servicio profesional electoral busca crear una especie de servicio civil especializado en materia electoral que brinde mayor seriedad y permanencia a la función electoral, evitando así la improvisación de última hora y la corrupción coyuntural. La citada adición está íntimamente vinculada al establecimiento de un servicio profesional electoral contemplado por las adiciones al artículo 41.

3°. Ninguna eficacia podrá otorgarse al contrato, pacto o convenio que tenga por base el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre por causa del trabajo, es decir, resulta nula cualquier convención que prive al ser humano de su absoluta libertad de trabajo.

4°. Como consecuencia del principio expuesto, carecerá asimismo de eficacia cualquier convenio por el que una persona renuncie en forma temporal o permanente, a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

5°. Un contrato de trabajo sólo podrá obligar al individuo a la prestación del servicio que haya sido convenido entre dos partes, de manera libre y expresa, y por el tiempo que fije la ley, sin exceder de un año en perjuicio del trabajador.

Mediante este principio quedó suprimida la celebración de contratos de prestación perpetua de servicios, vigente hasta antes de iniciarse la **revolución mexicana**.

6°. La prestación del servicio no implica en ningún caso, la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos civiles o políticos de que debe gozar toda persona, pues desde la primera reforma que se hizo al artículo quinto con fecha 25 de septiembre de 1883, dentro de la facultad optativa que involucra la libertad de trabajo, se indicó como única obligatoriedad en materia de servicios la correspondiente a necesidades colectivas, pero no individuales.

7°. La falta de cumplimiento de un contrato o relación de trabajo por parte del trabajador, únicamente tendrá como consecuencia directa para él, la de responder a obligaciones de índole civil, sin ejercerse presión sobre su persona, porque su responsabilidad ha quedado limitada al libre ejercicio de la voluntad en cuanto su acción no provoque daños a terceros o a la sociedad, como se ha indicado.

Complemento de estas ideas fue la disposición incluida en el artículo 13 transitorio de la Constitución, en el cual se dijo que quedaban extinguidas de pleno Derecho, las deudas que por razón de trabajo hubieran contraído los trabajadores con sus respectivos patrones, familiares o intermediarios de éstos, que subsistieran a la

fecha de promulgación de la propia Constitución. Con ello quedó integrada la filosofía social contenida en el texto del artículo que comentamos. Tres reformas ha tenido este artículo. La primera se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de noviembre de 1942 y correspondió al segundo párrafo del precepto. Dicho párrafo decía: "En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas, los de jurados, los cargos concejiles y los cargos de elección popular, directa o indirecta". Esta parte se modificó para decir: "Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito; los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale", acorde con la redacción actual del párrafo del artículo.

Una iniciativa posterior del presidente de la República, presentada el año de 1974, trajo como resultado la inclusión del contenido original del artículo cuarto constitucional en el texto del artículo quinto, integrando el texto de este último al párrafo cuarto ya transcrito. La causa ha sido, que el artículo cuarto se contrae a tres situaciones modernas y distintas a la libertad de trabajo: a) la igualdad ante la ley del varón y la mujer, sobre todo en la responsabilidad y decisión respecto al número y espaciamiento de los hijos; b) el derecho a la protección de la salud y el acceso de toda persona a los servicios de salud, y c) el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

Los Estados de la República han conservado el derecho de expedir leyes respecto de los profesionales que necesitan título para su ejercicio en el territorio de cada entidad, así como el de fijar las autorizaciones respectivas y designar a las autoridades competentes para expedirlas. Algunos gobiernos locales han preferido establecer convenios con el Registro Federal de Profesiones, para evitar cualquier conflicto legal que pudiera presentarse en el ejercicio profesional que requiera el título legalmente expedido, ajustando de este modo sus determinaciones a los requisitos impuestos en lo federal.

En el ámbito del mercado de trabajo, la ley de la oferta y la demanda, así como la evidencia de sujetos mejor dotados, que pudieren actuar en detrimento de los intereses de los trabajadores, hicieron necesario un cambio radical de las relaciones jurídicas, con lo que se obligó al Estado no únicamente a reconocer y garantizar la libertad de trabajo, sino a regular al mismo tiempo todas las formas de contratación y empleo, tanto en lo individual como en lo colectivo; en el primer caso, para defender la dignidad y la persona del trabajador; en el segundo, para obligar a los empresarios o patrones a la utilización racional de los sectores profesionales, sin lesionar los intereses de la clase trabajadora.

Estas ideas normaron el pensamiento del Constituyente de 1917. A ellas responde el imperativo contenido en el párrafo inicial del actual artículo quinto,

donde se dice que a ninguna persona podrá impedirse el ejercicio de cualquier profesión, industria, comercio o trabajo siempre que sean lícitos.

Por lo que respecta a las limitaciones que a la garantía de la libertad de trabajo corresponden, debe recordarse la ya anotada, consistente en que el trabajo puede imponerse como pena. Pero asimismo, del precepto constitucional se desprenden aquéllas sustentadas en los siguientes supuestos: a) cuando se atacan los derechos de terceras personas; esto es, cuando se afecta el interés o la libertad de quienes conviven con nosotros y se les ocasionan perjuicios con el desempeño de una actividad que puede resultar ilícita; b) cuando exista resolución judicial derivada de una disposición legal, como puede ser el caso de la prisión preventiva o la pérdida de la libertad por haber incurrido en delito o falta grave; c) cuando se exige título para la práctica de una profesión o para el ejercicio de una actividad reglamentada por el Estado; d) cuando se pretenda obligar a una persona a realizar servicios sin el pago de una remuneración adecuada y proporcional al servicio prestado, y e) cuando las leyes exigen el desempeño de un cargo (de las armas, de jurado, de carácter censal o electoral, etcétera). En todas estas últimas situaciones la libertad de trabajo se encuentra reglamentada o restringida, siempre en aras de un deber del Estado o en beneficio de la comunidad.

B. Artículo 6º.

El artículo 6º. constitucional preceptúa que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

La recepción de las ideas liberales en nuestro país se manifiesta, en este aspecto, desde el decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814 que garantizaba la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar las opiniones por medio de la imprenta, fijando también los valladares que no podrían ser rebasados como era el atacar al dogma, turbar la tranquilidad pública u ofender el honor de los ciudadanos.

Las referencias a la libertad de expresión se contienen en diversos textos constitucionales a lo largo de la historia independiente de México, hasta plasmarse en el artículo 6º. de la Constitución de 1857, que en lo relativo a esta específica garantía ha permanecido prácticamente inalterado hasta nuestros días.

La única modificación que se ha hecho a este artículo, se introdujo por decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de diciembre de 1977. La reforma tuvo por objeto añadir la expresión final que ahora aparece en este artículo al tenor de "el derecho a la información será garantizado por el Estado".

Este artículo constitucional contiene dos tipos de garantías: una individual, que plasma lo que se denomina Derecho Público subjetivo correspondiente a la libertad de expresión; otra de tipo social contenida en la última parte del texto, que preserva derechos de la sociedad y que se sintetiza bajo el rubro de **Derecho a la información**.

La libertad de expresión se manifiesta en un sentido negativo al indicar que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, entendiéndose por tales, toda forma de expresión de la ideas del hombre, con excepción de las plasmadas por algún medio de impresión, ya que, en cuanto a la libertad de imprenta, la Constitución contiene un artículo específico, que es el séptimo.

La libertad de expresión se refiere específicamente a la manifestación de las ideas producidas de manera individual por medio de la palabra, los gestos, o cualquier otra forma expresiva susceptible de ser captada de manera auditiva o visual. Queda pues protegida la expresión artística en el marco del contenido del precepto, siempre que ésta no sea sujeta a un mecanismo tecnológico multiplicador, en cuyo caso su régimen jurídico debe entenderse enmarcado por el artículo séptimo.

El término inquisición debe entenderse como sinónimo de investigación o averiguación, realizada por autoridades judiciales o administrativas, es decir, por jueces, o funcionarios del poder ejecutivo. El sentido de la regulación jurídica de la libertad de expresión se entiende con claridad al percatarse de que a través de la palabra o de cualquier otro medio individual de expresión puede incurrirse en hechos ilícitos; la garantía pretende que sea la ley, es decir, una norma general, obligatoria y abstracta, la que defina los casos en los que puede incurrirse en una violación de derechos con motivo de la libertad de expresión. La Constitución señala como límites a esta libertad los ataques a la moral o a los derechos de terceros, la provocación de algún delito o la perturbación del orden público.

La ley suprema plantea valores jurídicos a ser preservados frente a la libertad de expresión. En consecuencia, la moral, los derechos de tercero, la seguridad como valor genérico al que atiende la legislación penal, y el orden público que es otra forma de expresión de ese valor.

El Código Penal, como ley secundaria, reglamenta algunos supuestos en donde se atacan derechos de terceros. Antes de su derogación (derogado por el artículo tercero del Decreto de 16 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de 23 del mismo mes y año, en vigor 3 días después) se tipificaba como delito a la injuria, luego, se sigue manteniendo como injusto penal a la difamación y a la calumnia, cuando son cometidos por medio de la expresión. Si la libertad de expresión fuera absolutamente ilimitada nadie podría ser castigado por la imputación de hechos a una persona, de los cuales pudiera resultarle a ésta una disminución de su reputación

o el menosprecio de sus semejantes. Igualmente quedaría impune aquél que públicamente difundiera la aparente comisión de un delito atribuido a una persona que fuera inocente. En tal virtud, el Código Penal que establece sanciones para quienes incurren en conductas como las descritas se encuentra dentro del marco constitucional y puede con base en esto, procederse a una inquisición, entendida como investigación o averiguación o procesamiento de una persona por la comisión de un delito como alguno de los ya señalados.

La misma razón existe tratándose de ciertos delitos cometidos "contra la moral pública y las buenas costumbres; la penalización de exhibiciones públicas obscenas, la incitación al comercio sexual o el facilitamiento o procuración de la corrupción de menores.

En la legislación penal y civil existen algunos otros supuestos en los que se pone de manifiesto la posible interferencia de la libertad de expresión, con otros valores jurídicos; por ejemplo, el delito de falsedad de declaraciones rendidas ante una autoridad distinta de la judicial o con esta última. En el ámbito del Derecho civil existe la llamada acción de jactancia por virtud de la cual una persona puede exigir a otra, que comparezca ante la autoridad judicial correspondiente para corroborar que la primera le debe algo, sin que el inquirido por la autoridad judicial pueda reclamar en su favor la garantía de libertad de expresión.

La provocación de un delito, o la apología del mismo, es justamente una limitación a la libertad de expresión.

Nos dice Andrade Sánchez³ que "podemos apreciar así de manera breve, cómo la disposición constitucional contenida en el artículo 6º sirve de base para distintas instituciones jurídicas, en el entendido que si bien el hombre, por su naturaleza misma, derivada de su capacidad verbal, es libre intrínseca y filosóficamente de hacer uso de la misma como mejor le plazca, el Derecho debe prever con claridad las consecuencias jurídicas de esta posibilidad vital humana. La libertad de expresión consagrada jurídicamente implica no un espacio carente de limitación, sino la necesidad de que, en virtud de la convivencia social, no se coarte ni limite esta capacidad pero si se exija responsabilidad derivada de la misma, cuando conlleve la afectación de valores jurídicos que la sociedad está también interesada en preservar.

Por otra parte, el derecho a la información es, un derecho social frente a los medios de comunicación; no un derecho de éstos frente al Estado, el cual está garantizado por otras muchas disposiciones jurídicas bajo cuyo amparo se han desenvuelto".

³.- Cfr. Andrade Sánchez. Comentarios al artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

La ideología liberal defendía con denuedo este principio en contra de las prácticas absolutistas anteriores que, sin sujeción a ningún tipo de normatividad jurídica, perseguían a los individuos por las opiniones manifestadas. La intolerancia religiosa jugó un papel muy importante en esta demanda liberal. Las persecuciones de la Iglesia en contra de quienes fueron considerados sospechosos de atentar contra el dogma, ocupan un capítulo importante en la historia de los castigos aplicables con motivo de la expresión del pensamiento. Ello explica que en la mencionada **Declaración de los Derechos del Hombre** se puntualizara que incluso las opiniones religiosas deberían gozar de tal régimen de libertad.

La referencia a este antecedente es indispensable porque con frecuencia se confunde la libertad esencial del ser humano en cuanto a su capacidad de manifestación de palabras y el régimen jurídico que regula dicha capacidad. El liberalismo se planteaba fundamentalmente la cuestión de normar el ejercicio de la libertad y definir con precisión sus consecuencias jurídicas. La diferencia parece sutil y sin embargo es de una gran profundidad. Si pensamos solamente en la libertad de expresión, veremos que ésta efectivamente es connatural al ser humano y que su existencia, desde el punto de vista filosófico, no puede ser cuestionada. Todo hombre, en última instancia y en cualquier época de la historia, ha sido libre de expresar sus opiniones. Lo que el liberalismo reclamaba no era la existencia de la libertad como tal, sino las consecuencias jurídicas que suceden al hecho mismo de su ejercicio. Que el hombre ha sido siempre intrínsecamente libre de expresar sus ideas, no puede cuestionarse; sin embargo, dicha manifestación le pudo acarrear en diferentes tiempos, y todavía en el presente, perjuicios. Quien era juzgado por la Inquisición debido a una herejía, había hecho uso de su libertad, pero las consecuencias que le acarrea el empleo de ella, podían llevarlo a la muerte.

El liberalismo, por lo tanto, no se refería a la libertad en abstracto, sino a la serie de garantías jurídicas que permitieran que el ejercicio de la libertad de expresión no acarreará los resultados perjudiciales que hasta entonces habían sufrido los individuos, sin protección normativa ninguna. Es éste uno de los aspectos fundamentales que con frecuencia quedan sumidos en la confusión o en la oscuridad cuando se plantea el problema de las libertades del hombre; el jusnaturalismo ha insistido en la existencia de derechos naturales que son consustanciales al individuo. El análisis del jusnaturalismo es fundamentalmente de naturaleza filosófica, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico, basado en normas que regulan la conducta humana en sus manifestaciones exteriores, la sola idea del Derecho natural es contradictoria. Si bien al hombre le es dado, por su propia capacidad de hablar, la libertad de expresión, sólo la regulación jurídica de la misma puede determinar los efectos de dicha libertad. De este modo la ideología liberal planteaba desde sus inicios, no la mera exaltación metafísica de la libertad, sino el marco jurídico en el que ésta podría darse, poniendo límites a la acción del poder público. Desde la perspectiva del Derecho, toda libertad es una posibilidad limitada en función del

régimen que regula la vida común. Sólo puede ser materia de regulación jurídica aquella libertad cuya manifestación pueda dar lugar a consecuencias de Derecho. Sería absurdo, por ejemplo, pretender regular hechos estrictamente naturales como sería la libertad de respirar. El hecho natural, como tal, sólo puede estar sujeto a un régimen de Derecho, cuando interfiere con los derechos o libertades de los demás. En ese sentido la libertad de expresión jurídica regulada, se define por el marco dentro del cual puede darse. La preocupación del pensamiento liberal es que sean precisamente normas objetivas, perfectamente señaladas en códigos conocidos por la comunidad, las que establezcan los límites jurídicos de la mencionada libertad. Queda claro pues, desde la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que sólo la ley en atención a prevenir perturbaciones del orden público, podría limitar el derecho a expresarse libremente.

C. Artículo 7º.

El artículo 7o. constitucional alude a que "es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito".

"Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos".⁴

Cuando se consagró solemnemente la libertad de prensa como un derecho del hombre -ya que con anterioridad, excepción hecha de algunos regimenes jurídicos como el de Inglaterra, tenía un carácter meramente fáctico, sujeto al arbitrio y tolerancia del poder público- se produjo, con algunos años de intervalo, en los Estados Unidos y en Francia. En el primer caso después de la Revolución de 1776, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia que proclamó la libertad de prensa (artículo 12) y, aunque la Constitución de los Estados Unidos de 1787 no la llegó a mencionar, la primera enmienda aprobada en 1791, estableció que el Congreso no aprobaría ley alguna que restringiera la libertad de palabra o de prensa. En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, estableció: " la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los derechos mas preciosos del hombre; todo hombre puede hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de de esta libertad en los casos determinados por la ley"

⁴. - Madrazo, Jorge y Orozco Enriquez, J. Jesús, comentario al artículo 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

(artículo 11). A partir de allí la mayoría de los Estados democráticos se preocuparon por garantizar la libertad de prensa a nivel constitucional. Esta tendencia cristalizó con su reconocimiento en la Declaración universal de los derechos del hombre por las Naciones Unidas en 1948 (artículo 19).

En México, la libertad de prensa ha sido objeto de múltiples restricciones y regulaciones jurídicas, desde que se implantó la imprenta en la Nueva España en el año de 1539. Durante la Colonia, varias fueron las leyes y ordenanzas que establecieron diversas restricciones al ejercicio de esta libertad, operando en un alto grado la censura por el poder público, así como la censura eclesiástica desempeñada por el Santo Oficio sobre publicaciones en materia religiosa; hasta que la Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, garantizó la libertad de imprenta y proscribió toda clase de censura previa (artículos, 131, fracción XXIV, y 371). Una vez iniciado el movimiento de independencia, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán en 1814, expresamente estableció que "...la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque al dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos" (artículos 40 y 119).

La Constitución Federal de 1824, también instituyó la libertad de imprenta, lo mismo hizo la centralista de 1836, llamada las **siete leyes constitucionales**; por su parte, en 1843, las bases orgánicas de la República Mexicana, de tipo centralista, hicieron lo propio. El acta constitutiva y de reformas de 1847 que reimplantó la Constitución Federal en 1824 con algunas reformas, reglamentó la garantía en estudio en el artículo 26.

La ley de imprenta, de acuerdo con su artículo transitorio comenzó a regir desde el día 15 de abril de 1917, publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 1917.

D. Artículo 10.

El artículo 10 constitucional establece: "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas".

Esta disposición constitucional otorga a los habitantes del país el derecho de poseer armas en su domicilio y, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, a portarlas para su seguridad y legítima defensa.

La consignación del derecho a poseer y portar armas en las Constituciones mexicanas de 1857 y en la actualmente en vigor, ha obedecido al hecho de que las condiciones que prevalecían en México durante el siglo pasado y principios del actual eran poco propicias para que las autoridades protegieran eficazmente la vida, seguridad, derechos e intereses de los habitantes de nuestro país. De ahí que el derecho a la posesión y portación de armas encontrase plena justificación en tales circunstancias.

Este artículo fue reformado por decreto de 21 de octubre de 1971, publicado en el Diario Oficial del día siguiente, a fin de ponerlo acorde con las nuevas condiciones económicas, sociales y culturales del pueblo mexicano, y a efecto de permitir que la ley, tomando en cuenta la nueva situación imperante en el país, determinase los casos, requisitos y lugares en los cuales podían otorgarse permisos de portación de armas, así como las autoridades competentes para expedirlos.

El ejercicio de este derecho está sujeto a diversas limitaciones, a saber: la primera, que circunscribe al domicilio el lugar donde toda persona puede tener las armas para su protección y seguridad; la segunda, que, de estas armas, se exceptúan tanto las consideradas como prohibidas por una ley federal, en el caso del Código Penal y la ley federal de armas de fuego y explosivos, tocante a las reservadas a las fuerzas armadas del país; y la tercera, que limita la portación de armas a los casos, condiciones, requisitos y lugares que determine una ley también federal.

Deben diferenciarse pues, plenamente la hipótesis de posesión, de la hipótesis de portación de armas.⁵

E. Artículo 13.

El artículo 13 constitucional se refiere en general al principio de igualdad ante la ley (en el caso la ley penal), al determinar, "nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

Como antecedente del precepto transcrito tenemos lo previsto en los siguientes numerales:⁶ I.- Artículos 247, 248, 249 y 250 de la Constitución Política de

⁵ - Cfr. Rodríguez y Rodríguez Jesús, comentario al artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

la Monarquía Española promulgada en la ciudad Puerto de Cádiz el 19 de marzo de 1812; II.- Artículo 13 de los Sentimientos de la Nación, o 23 puntos dados por don José María Morelos y Pavón para la Constitución, en Chilpancingo, el 14 de septiembre de 1813; III.- Artículos 19, 25 y 209 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814; IV.- Artículo 14 del Plan de Iguala, de 24 de febrero de 1821; V.- Artículos 4, 9, 56 y 57 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, aprobado por la Junta Nacional Instituyente en febrero de 1823; VI.- Artículos 18 y 19 del Acta Constitutiva de la Federación, expedida en la Ciudad de México el 31 de enero de 1824; VII.- Artículo 148 y 154 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, expedida en México, el 4 de octubre de 1824; VIII.- Leyes constitucionales de la República Mexicana -Siete y centralista- expedidas en México el 29 de diciembre de 1836, promulgadas al día siguiente, ley primera en su artículo 2o.-5 y Ley Quinta en sus artículos 12-XII, 13-I a III, 22-V y VI y 30; IX.- Artículos 9-VIII, 118-VII y XIII, 122 y 123 de las Bases Orgánicas Centralistas de México, 12 de junio de 1843; X.- Artículos 42, 58, 72, 73, 74, 75, 76 y 77, del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana promulgado en México el 15 de mayo de 1856; XI.- Artículos 13 y del 103 al 108 de la Constitución Política de la República mexicana, expedida en México el 5 de febrero de 1857; XII.- Circular del Gobierno constitucional en México, de 20 de enero de 1861, enviada por Francisco Zarco entonces Secretario de Relaciones Exteriores, a los Gobiernos de los Estados, manifestándoles que se rechazó un proyecto de crear tribunales revolucionarios contra la reacción, a efecto de no privar a nadie de sus derechos individuales.

A la fecha, el artículo que se comenta no ha tenido modificación alguna desde su aprobación por 122 votos contra 61, después de amplias y arduas discusiones tenidas en la Asamblea Constituyente de Querétaro, los días 8 y 10 de enero de 1917, en las que figura el voto particular del diputado Francisco J. Múgica.

La primera disposición del precepto prohíbe la existencia de leyes exclusivas o de tribunales singulares, a fin de que no puedan operar en favor ni en contra de alguien y, en consecuencia, establece el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley y ante los tribunales. Esta idea fue una conquista de la Revolución Francesa ya que en la memorable sesión de la Asamblea Nacional Constituyente de 4 de agosto de 1789 y en medio de indescritibles entusiasmos, se decretó la abolición del feudalismo, y muchos miembros del alto clero y de la nobleza, así como prominentes funcionarios, renunciaron a sus privilegios de clase o posición y en pocas horas quedó destruido el antiguo régimen. Poco después, el día 26 del propio mes se formuló la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, llamados también Principios de 1789, entre los cuales destaca el de igualdad ante la justicia; y así, nobles o pecheros, católicos o protestantes, ricos o pobres, etc., tenían

⁶. Cfr. Schroeder Cordero, Francisco Arturo, en comentarios al artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

el derecho de litigar ante los mismos tribunales, y el gran linaje dejó de ser motivo de impunidad; la Revolución Francesa se había nutrido de las teorías de **El contrato Social** (1762), de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), de los **Bills of Rights** (Declaraciones de Derechos) de las trece colonias británicas en Norteamérica y de su declaración de independencia del 4 de julio de 1776, pues los franceses que colaboraron en dicha gesta de libertad, llevaron a su país la inoculación americana de hechos consumados y cuyas ideas democráticas mucho alentaban ya en la propia Francia los enciclopedistas, desde la mitad del siglo XVIII. Este principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna y el derecho a su protección, así como el de ser oído públicamente y con justicia por tribunales competentes independientes e imparciales, fueron proclamados nuevamente en los artículos sexto al décimo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de Nueva York, y si bien carece de obligatoriedad jurídica para los Estados, tiene, sin embargo, la fuerza moral que sustenta su contenido. En México, la Ley orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios, de 22 de noviembre de 1855, conocida como ley Juárez, por haber sido su autor don Benito, entonces ministro de Justicia, fue expedida por el Presidente Juan Álvarez, y mediante su artículo 42 suprimió los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y los militares, pero quitó a ambos la facultad de seguir conociendo de los negocios civiles de sus miembros y la redujo a los castrenses para conocer sólo de los delitos militares. Durante la Guerra de Tres años (1858-1860), un decreto de Félix Zuloaga del 28 de enero de 1858, restableció dichos fueros con la extensión que tenían el 1º de enero de 1853. Ejemplos de ordenamientos contrarios al espíritu de igualdad a que se ha hecho mérito, fueron los siguientes: El Decreto del Soberano Congreso Constituyente fechado el 23 de abril de 1824, por lo que se proscibió a don Agustín de Iturbide, y que motivó al Congreso de Tamaulipas para sentenciarlo a la pena de muerte, que se cumplió en Padilla el 19 de julio del mismo año, y la Ley del Caso, promulgada por Antonio López de Santa Anna el 23 de junio de 1833, desterrando de México a muchas personas prominentes que al efecto nombraba, pues se oponía a las reformas radicales de carácter sociopolítico religiosas que él y su vicepresidente Valentín Gómez Farías realizaban, disposición que se extendía textualmente a cuantos se encontraran en el mismo caso, sin decir cuál era éste, y de ahí el nombre chusco con que se motejó dicha ley, la cual, junto con otras providencias del gobierno revocó alzamientos contra Gómez Farías en varias partes de la República, al grito de religión y fueros.

La segunda disposición consiste en que ninguna persona física o moral goce de privilegio que la haga intocable dentro de nuestro sistema jurídico político o bien que tenga especial jurisdicción para ella o sus intereses, ratificando de este modo el principio de igualdad ante la ley; que como excepción y sólo con carácter transitorio, existe el fuero constitucional, para los funcionarios de la federación y de los estados, así como para los representantes del pueblo (Diputados y Senadores), pero tal y como lo expresa Tena Ramírez, nuestra ley suprema sí considera

responsables de toda clase de delitos y faltas a los funcionarios públicos, pero ha querido que durante el tiempo en que desempeñen sus funciones, algunos de ellos, no puedan ser perseguidos por los actos punibles que cometieren, a menos que previamente lo autorice la correspondiente Cámara del Congreso de la Unión. De este modo, el sistema no erige la impunidad de los funcionarios, sino sólo su inmunidad durante el tiempo del encargo; la tercera disposición del precepto establece la jurisdicción marcial sobre las violaciones graves o simples contra la disciplina militar, cometidas exclusivamente por miembros de las fuerzas armadas y ordena clara y tajantemente que jamás un civil podrá, en forma alguna, quedar sujeto a dicha jurisdicción y en el supuesto caso de que en la comisión de un acto ilícito castrense se encuentre involucrada una persona no militar, ésta deberá quedar de inmediato a disposición de la jurisdicción civil o del fuero común. La existencia del fuero de guerra obedece a la naturaleza misma del instituto armado y a su peculiar modo de vida, inasequible para los civiles y el cual se sustenta en la disciplina militar, indispensable para la exigencia del ejército que a su vez constituye la garantía de respeto a la soberanía nacional, al orden interno y a nuestras instituciones, por ello este fuero, único que verdaderamente subsiste, es la excepción que confirma la regla.

F. Artículo 14.

Este numeral nos habla de las garantías derivadas del principio de legalidad:⁷

1º. De la retroactividad e irretroactividad de la ley: "a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" (párrafo 1º.).

2º- Del principio de reserva, de legalidad, positividad o concentración legislativa: "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (párrafo 2o.).

3º. De la garantía de la pena: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"(párrafo 3º.)

4º. De la garantía del proceso: "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades

⁷ - Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14a. ed., págs. 75 y 76. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Fix Zamudio, Héctor, en comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (párrafo 2o.).

Las constituciones que estuvieron vigentes con anterioridad al actual, consagraron la prohibición de las leyes retroactivas y el derecho de audiencia. Destaca por su claridad el artículo 31 del Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en cuanto dispuso: "ninguno debe ser juzgado ni sentenciado sino después de haber sido oído legalmente".

Entre los preceptos similares al artículo 14 actual, pueden mencionarse los artículos 19 del Acta Constitutiva de la Federación y 148 de la Constitución Federal del 31 de enero y 4 de octubre de 1824, 2º Fracción V de la primera de las leyes constitucionales de 29 de diciembre de 1836, 9º, Fracción VIII y 182 de las bases orgánicas de 12 de junio de 1843, y finalmente el artículo 14 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857. Este último también es el antecedente de la llamada garantía de legalidad de las resoluciones judiciales.

El primero de los mandatos de este artículo establece la prohibición de interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna, y ha sido objeto de abundante discusión tanto doctrinal como jurisprudencial.

El antecedente inmediato de este precepto es el similar del artículo del mismo número de la Constitución de 5 de febrero de 1857, que prohibía la expedición de leyes retroactivas. Se dirigía al legislador y por ello se consideró que la aplicación retroactiva, cuando la disposición legal no adoleciera de este vicio, no implicaba una violación constitucional, y por ello no daba lugar al juicio de amparo sino a las impugnaciones ordinarias.

Como ha quedado establecido, el primero de los mandatos de este artículo establece la prohibición de interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna, cuestión que ha sido objeto de una abundante discusión tanto doctrinal como jurisprudencial. La propia jurisprudencia ha establecido dos excepciones a dicha prohibición, es decir, tratándose de disposiciones de carácter constitucional o de las de naturaleza procesal. En el primer supuesto de manera ilimitada, y en el último siempre que no menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que se han consumado por precaución.

El segundo sector del artículo 14 configura lo que se conoce como garantía de audiencia, que es la que asume mayor complejidad tanto por lo que se refiere a los derechos tutelados, como a los diversos elementos que integran la citada garantía: los derechos protegidos son la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con lo cual se interpretase toda clase de privación. Empero, una adecuada técnica legislativa sólo debió aludir a la protección de bienes jurídicos, y no

casuísticamente como acontece en la especie. Los elementos del derecho constitucional de audiencia (de defensa), comprenden los de juicio, tribunales previamente establecidos, y las formalidades esenciales del procedimiento. El juicio se ha entendido en un sentido lato más amplio que el de proceso judicial, puesto que abarca también el administrativo. Se ha discutido si en este último caso la audiencia del particular debe ser previa a la afectación, pues tenemos por una parte que en la expropiación por causa de utilidad pública, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 constitucional, y en segundo término, en la fijación de las tasas impositivas, son actos de molestia anteriores a toda defensa. La expresión "tribunales previamente establecidos", también debe entenderse en un sentido lato, pues abarca no sólo a los órganos del poder judicial, sino a todos aquellos que tengan la facultad de decidir controversias de manera imparcial; las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento (judicial o administrativo), cuyo correlativo angloamericano es conocido como del debido proceso (**due process of law**).

El último párrafo del artículo 14, que tiene relación con la materia penal, se refiere a los requisitos de fondo de las resoluciones judiciales, a través del llamado control de legalidad, también llamado amparo casación: Por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad estrictamente) aplicable al delito del que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente por el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege**, y como bien indica la doctrina, abarca también el de **nulla poena sine iudicium**.

G. Artículo 15.

Este precepto constitucional señala que "no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano".

Se indica por Rodríguez y Rodríguez⁸ en este numeral se establecen tres importantes restricciones a las facultades del poder Ejecutivo y del Senado en materia de celebración de tratados y convenios internacionales, facultades previstas en los artículos 89 fracción X y 76 fracción I de nuestra Ley fundamental. De estas restricciones, las dos primeras son específicas y tienden a preservar determinados derechos y libertades fundamentales de la persona humana, mientras que la tercera es de carácter general y está encaminada a la protección de la totalidad de los derechos civiles o individuales, así como de los derechos políticos o del ciudadano.

⁸.- Cfr. Comentarios al artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

En cuanto a las restricciones específicas, prohíbe la concertación de tratados de extradición en virtud de los cuales el Estado mexicano se comprometa, con uno o mas Estados extranjeros, a entregarles a aquellas personas a quienes se imputa la comisión de delitos de carácter político.

Tal prohibición es fácilmente comprensible, si se toma en cuenta que uno de los aspectos esenciales de la extradición en el orden jurídico internacional es el de que únicamente procede por delitos del orden común. Cabe señalar que nuestro país, al respecto, ha suscrito diversos instrumentos internacionales, tanto unilaterales como bilaterales, en esta materia. Entre los primeros figuran, la Convención Interamericana sobre Extradición, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en ocasión de la VII Conferencia Internacional Americana, ratificada por nuestro gobierno el 27 de enero de 1936, la cual, en su artículo 3, exime de la obligación de conceder la extradición cuando se trata de un delito político o de los que le son conexos; así como la Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en la X Conferencia Internacional Americana celebrada en Caracas en 1954, ratificada por México el 25 de marzo de 1981, cuyo artículo IV señala que la extradición no procede tratándose de personas que, en opinión del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos. Entre los segundos se cuentan numerosos tratados bilaterales concertados entre México y diferentes países tanto de nuestro hemisferio como del continente europeo.

Nuestro país cuenta con la Ley de Extradición Internacional del 25 de diciembre de 1975, publicada en el Diario Oficial del 29 del mismo mes y año, cuyo artículo 8º. excluye la extradición de una persona cuando ésta pudiere ser objeto de extradición política por parte del Estado solicitante.

Tampoco se autorizan tratados mediante los cuales el país se obligue a extraditar a los delincuentes del orden común si estos se encuentran reducidos al Estado de esclavos en el país donde hubieren cometido el delito; ello, por la simple y sencilla razón de que, de ser extraditadas tales personas, perderían nuevamente la libertad alcanzada en México merced a la aplicación del artículo 2º. constitucional. Lo que propiamente se hace con todo lo anterior, es consagrar la humanitaria institución conocida en los órdenes jurídicos tanto interno como internacional bajo las denominaciones de derecho "de asilo" o "de refugio" de los perseguidos políticos; y, por otro lado, se reafirma el derecho a la libertad personal que asiste a los esclavos procedentes del extranjero que se encuentren en el territorio nacional.

La tercera restricción, que se traduce en una prohibición de carácter general, niega la celebración de tratados o convenios internacionales en virtud de los cuales se alteren, o sea, se menoscaben, vulneren o hagan nugatorios los derechos y libertades fundamentales que la Constitución otorga a todo ser humano, o bien, todos

aquellos derechos políticos que se reconocen públicamente a los ciudadanos mexicanos.

Contrariamente a las prohibiciones citadas, nuestro país ha ratificado una serie de instrumentos internacionales de carácter general y aplicabilidad universal o regional, según el caso, en materia de derechos humanos: los pactos internacionales sobre derechos humanos, sobre derechos económicos, sociales y culturales y sobre derechos civiles o políticos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y vigentes, respectivamente, a partir del 3 de enero y 26 de marzo de 1976, así como por la Convención Americana sobre Derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978; todos los cuales, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra ley fundamental forman parte de nuestro orden jurídico interno.

H. Artículo 16.

El artículo en análisis contiene varias garantías como son la relativa a la debida fundamentación y motivación de los actos de autoridad; la de que solamente mediante orden de aprehensión dictada por la autoridad judicial puede detenerse a una persona, así como los casos de excepción, y finalmente la relativo a la orden de cateo.

El dispositivo constitucional señalado establece que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Se derivan del párrafo transcrito tres requisitos:

1º. Que ninguna persona podrá ser afectada en los bienes jurídicos propios o ajenos;

2º. Que la única excepción que permite esta regla es la existencia de un mandamiento escrito dictado por autoridad competente. La competencia es la facultad atribuida a un órgano de autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar determinados actos judiciales.

3º. Que para proceder a inferir una molestia en el sentido prescrito en la norma constitucional, ha de existir un procedimiento fundado y apoyado en la ley. En otras palabras, cualquier autoridad sólo puede ejecutar lo permitido por una disposición legal; aquello que no se apoye en un principio de tal naturaleza carece de base de sustentación y se convierte en arbitrario.

Por lo que hace a la motivación de todo acto de autoridad por parte del órgano estatal que lo emite, esta situación se traduce en el hecho de una debida

valoración de los elementos probatorios que concurren como soporte para invadir o no la esfera de libertad del ciudadano. El método mas adecuado del aquilatamiento de las probanzas en un determinado hecho, se ha indicado que es el denominado de la libre convicción o sana crítica racional, consistente en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos (como las relativas a la comprobación de los elementos del tipo penal, del injusto y de la probable culpabilidad, o culpabilidad plena, según se trate de autos de formal procesamiento o de sentencia) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Estas reglas de la sana crítica racional, del "correcto entendimiento humano", son las únicas que gobiernan el juicio del juzgador.

Precisamente, por la vigencia natural e indispensable de esas reglas, el sistema incorporado a la nueva legislación -aunque significa una "impetuosa revancha de la conciencia sobre el dogma", según expresión atinada de Vélez Mariconde- no puede degenerar en arbitrio ilimitado, en criterio personal que equivaldría a autorizar juicios caprichosos, en una anarquía en la estimación de las pruebas, en el reinado de elementos subjetivos e incontrolables. Por lo contrario, la decisión jurisdiccional ha de ser obra del intelecto y de la razón, mientras la lógica se impone como antorcha que ilumina el camino que el juez recorre antes de su decisión, acuciado por el ansia de descubrir la verdad de los hechos imputados.

La libre convicción, pues, encuentra su base natural y sus límites en las leyes de la dialéctica, de la experiencia común y del criterio moral de los jueces. Ya no se trata en el presente estadio de evolución jurídica, de un convencimiento íntimo e inmotivado, sino de un convencimiento lógico y motivado, racional y controlable, que se sustenta en elementos materiales objetivos, de vida inocultable, que se reflejan en la conciencia del juzgador, para dar origen al estado psíquico (duda, probabilidad, certeza) en que él se encuentra al dictar el proveído.

Aunque la ley procesal no establezca expresamente que el juzgador debe evaluar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica racional, y si contrariamente a esto establece, el caduco sistema tazado o legal, la necesidad de observar, las mencionadas reglas se hayan implícitas, cuando se exige que fundamente los autos y sentencias: si motivar significa, como es obvio, expresar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada -y no tan sólo afirmar el resultado de la operación lógica, después de un mero resumen descriptivo de las probanzas-, la imposición del camino lógico es evidente.

La motivación de los autos y sentencias, surge así como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, que une al juez con la ley que aplica, como

si fuera un cordón umbilical que no puede cortarse sin decretar la muerte del acto jurisdiccional, según ha enseñado Vélez Mariconde .

Por eso, pensamos que la motivación no tiende tanto a convencer a las partes de que el fallo es justo, sino más bien (o, mejor en primer término) a demostrar la fidelidad legal observada por el juez, que es controlable por otro de grado superior, para impedir que la resolución se inspire en una vaga equidad, en simples conjeturas, en opiniones carentes de base legítima o en el capricho.

En cuanto la motivación se inserta como elemento esencial del proveído jurisdiccional, ya no se puede hablar de que el juez ha de pronunciarse **secundum conscientiam**.

Claro está, por otra parte, que esa libertad en la apreciación de las pruebas, muy lejos de implicar el reinado de la arbitrariedad o del despotismo judicial, debe inducir al juez a proceder con máximo celo y la mayor cautela en el análisis crítico de todos los elementos de prueba jurídicamente relevantes e incorporados al proceso, a purificarlos con base en la razón y la conciencia, para que todos ellos influyan en su decisión y ésta sea verdadero exponente de justicia.⁹

El párrafo segundo del numeral en análisis dispone que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

De este párrafo se desprenden varios requisitos: de forma y de fondo.

Sólo la autoridad judicial, entiéndase tribunales penales, podrán ordenar la aprehensión de una persona, para lo cual se hace indispensable de acuerdo con el artículo 21 constitucional, que el Ministerio Público la solicite. De no ser así, la autoridad jurisdiccional estaría actuando como órgano de acusación y de decisión. Se requiere, en acatamiento al párrafo primero del indicado precepto, que todo se consigne por escrito, plasmando la adecuada fundamentación y motivación por parte del juzgador.

Seguidamente, se exige, que existan los llamados requisitos de procedibilidad: **denuncia, acusación o querrela**.

La **denuncia** constituye el vehículo procesal por el cual cualquier particular participa al órgano investigador (Ministerio Público) que se ha cometido un

⁹.- Cfr. Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, tomo I, 2ª ed., pág.361 a 365. Editorial Lerner. Buenos Aires, Argentina, 1969.

hecho que en apariencia reúne las características de los recogidos por la ley penal como delito, pudiendo ser que también indique la identidad del o los presuntos responsables.

Por lo que hace a la **querella**, tenemos que también es un requisito de procedibilidad, sólo que en este caso la **noticia criminis** que se aporta al Ministerio Público, solamente puede dar lugar para investigación por parte de este último, cuando la lleva a cabo directamente el ofendido o su legítimo representante.

Un delito se persigue de oficio o por querella, según el principio de excepción a la regla, de la siguiente manera: los delitos de oficio constituyen la regla, y la excepción -porque así expresamente se determina en la ley penal, de que se trate-, la querella.

Se indica por la doctrina procesalista que el requisito de la acusación es propio de los delitos perseguibles de oficio, dado que en este caso cualquier persona afectada o no, podría formularla.

Por **acusación** entendemos la modalidad que puede asumir tanto la **denuncia** como la **querella**, y consiste en la imputación directa que de los hechos, que revisten las características fácticas del delito, le hace el denunciante o querellante a una persona concreta, individualizada o particularizada.

En consecuencia, el objeto que va a ser motivo de denuncia, acusación o querella, consiste en un hecho determinado por la ley (Código Penal o Leyes Especiales) como delito.

Para que los delitos sean motivo de orden de aprehensión, deben tener como sanción pena privativa de libertad, o bien, ésta debe hallarse formando parte acumulativamente de otra u otras de diversa clase.

Nunca podrá librarse orden de aprehensión en el caso de que la consecuencia jurídica por la comisión de un delito se traduzca en pena no privativa de libertad o sanción alternativa (por ejemplo, que estableciera el tipo en cuestión: prisión o multa), ya que en este caso lo procedente es girar orden de comparecencia, habida cuenta de que no se podría determinar **a priori**, en el caso de sanción alternativa, si llegado el momento procesal correspondiente, de dictarse sentencia condenatoria contra el sujeto activo del delito, fatalmente el juzgador, le va a imponer pena privativa de libertad, ya que bien pudiera castigarlo con una multa, por ejemplo.

Como principales elementos esenciales de fondo, tenemos que deben acreditarse los elementos del tipo penal del delito de que se trate, el carácter antijurídico del hecho subsumido en aquellos, y la probable culpabilidad-

responsabilidad penal. Para ello, las pruebas que recabe el Ministerio Público en la averiguación previa, base de la consignación (en este caso sin detenido), deben ser bastantes para los fines señalados.

Las leyes reglamentarias, Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respectivamente, en los artículos 168 y 122, de manera similar, señalan cuáles son los elementos del tipo penal que, en determinado caso, pudiera contener el delito por el que se consigne a una persona. Igualmente establece que en todo caso, tanto para el ejercicio de la acción penal como para dictar el auto de formal prisión por las autoridades competentes, es necesario comprobar la antijuridicidad del hecho y la probable culpabilidad (responsabilidad) de su autor.

Se indica así en los numerales señalados que "el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito del que se trate y la probable responsabilidad del inculgado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes: I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y, III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) El resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión; c) El objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos, y h) las demás circunstancias que la ley prevea. Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculgado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley".

El párrafo tercero del artículo 16 alude a que "la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculgado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal".

Quien materialmente ejecuta la orden de aprehensión dictada por el juzgador penal, es la Policía Judicial, quien de acuerdo con el artículo 21 constitucional "esta bajo la autoridad y mando del Ministerio Público". Por tanto, sin dilación alguna, esto es, de manera inmediata a la captura del presunto responsable, los agentes de la Policía Judicial encargados de cumplimentar la orden de aprehensión, deben poner al indiciado a disposición del juez de la causa; se cumple con ello comúnmente internando a aquél en el Reclusorio Preventivo. Empero, cualquier demora genera para los agentes captores responsabilidad penal. Al efecto tenemos

que el artículo 225 del Código penal preceptúa en su fracción X, que constituye delito contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, "detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo" por más tiempo del señalado por el párrafo VII del artículo 16 constitucional.

El párrafo cuarto. del artículo 16 constitucional señala que "en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del ministerio público".

Los Códigos procesales Federal y del Distrito Federal en los artículos 193 y 267, de manera similar determinan que "se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo (flagrancia), sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente (cuasiflagrancia) o cuando en el momento de haberlo cometido alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad" (presunción de flagrancia).

En el caso de flagrancia tenemos, pues, que cualquier persona puede detener al presunto responsable sin orden de autoridad judicial, de lo que se desprende que constituye un derecho público subjetivo del gobernado el detener al indiciado.

Surge la obligación del tercero que detiene al indiciado, de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, entendiéndose por ésta cualquiera de carácter administrativo -concretamente policía preventiva o policía judicial-, y a su vez el deber de remitirla al Ministerio Público, con la misma prontitud señalada para los primeros.

Menciona el artículo 16 en su párrafo quinto que "sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".

Para que se dé el caso urgente deben presentarse los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de delito grave.

Los códigos procesales federal y del Distrito Federal en los artículos 194 y 268, respectivamente, de manera expresa señalan cuándo se está en presencia de un delito grave;¹⁰

b. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,

c. Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia.

Estos requisitos, como ya se mencionó, se encuentran previstos por los Códigos Procesales Federal y del Distrito Federal, respectivamente, en los artículos 194 y 268.

Se requiere, igualmente, que el Ministerio Público al emitir la orden de detención lo haga por escrito, fundando y expresando los indicios (elementos de prueba) que acrediten los requisitos -elementos del tipo penal y la probable culpabilidad- mencionados en los incisos anteriores.

¹⁰ - ARTICULO 268.- Habrá caso urgente cuando: a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley; b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias. El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores. La orden mencionada será ejecutada por la Policía judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que lo haya librado. Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero, terrorismo previsto en el artículo 140 párrafo primero, evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previstos en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266-bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320, y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo, robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y 194.- En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundada y expresando los indicios que acrediten: a) que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos como graves en este artículo; b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Federal: homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 tercer párrafo; traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127, 128; terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145; piratería, previsto en los artículos 146 y 147; genocidio, previsto en el artículo 149-bis, evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte, primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172-bis párrafo primero, 196-bis, 197 párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero; contra la salud, previsto en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196-bis, 197 párrafo primero y 198 parte tercera del párrafo tercero, corrupción de menores previsto en el artículo 201; de violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266-bis; asalto en carreteras o caminos, previstos en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381-bis y extorsión, previsto en el artículo 390, así como los previstos en el artículo 40 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, y el previsto en el artículo 115-bis del Código Fiscal de la Federación.

La orden será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del agente del Ministerio Público que la haya librado. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al agente del Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

El párrafo séptimo del artículo 16 constitucional indica que "en caso de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

Estimamos procedente aclarar que una vez que el juez recibe la consignación de la averiguación previa con detenido, e inmediatamente que el director del Reclusorio Preventivo le notifique el ingreso del indiciado, el primero deberá ratificar su legal detención. Para ello, el juzgador de manera inmediata debe estudiar las constancias de la averiguación previa y percatarse de que el sujeto activo haya sido detenido en flagrancia en la comisión de los hechos. (No decimos en flagrante delito, pues si se lleva a cabo tal declaratoria o calificación del hecho, se estaría prejuzgando y anticipando el sentido del fallo que se dicte en el auto de plazo constitucional a que alude el artículo 19 de la Carta fundamental); o bien, deberá percatarse de que se surten los extremos que la ley considera como integrantes del caso urgente. Hecho lo anterior, notificará al director del Reclusorio, que la detención llevada a cabo en flagrancia por la comisión de los hechos o en caso urgente, son circunstancias ratificadas judicialmente, por ajustarse a los extremos citados. De no darse la flagrancia o la urgencia, el juzgador ordenará la inmediata libertad del consignado, sin perjuicio de que posteriormente el Ministerio Público solicite la correspondiente orden de aprehensión y el juez resuelva girarla, con base en los elementos de prueba pertinentes para comprobar la existencia de los elementos del tipo penal y la probable culpabilidad del liberado.

En el párrafo octavo del artículo 16 constitucional se expresa que "ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

En el párrafo transcrito, el constituyente señala límites de duración a la averiguación previa que se tramite con detenido por parte del Ministerio Público. Así tenemos que la regla consiste en que el máximo de duración sea de 48 horas, término dentro del cual deberá promover la acción penal ante la autoridad judicial, o poner al indiciado en libertad, sin perjuicio de proseguir la indagatoria y, llegado el caso, llevar a cabo la consignación sin detenido ante la autoridad jurisdiccional, solicitándole gire orden de aprehensión contra el probable responsable. Si dentro del plazo a que alude este párrafo no se pone en libertad al indiciado, estaremos ante un abuso que deberá

ser sancionado por la ley penal. El término de 48 horas sólo podrá duplicarse en tratándose de delincuencia organizada, a lo que se refieren los artículos 194 bis del Código Federal de procedimientos penales y 268 bis del Código de procedimientos penales del Distrito Federal, que se da en los casos en que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos que expresamente se citan en dichos numerales, que son, por otro lado, los que se estiman como graves y que únicamente pueden ejecutarse de manera dolosa.

Finalmente, el párrafo octavo del artículo 16 constitucional indica que "en toda orden de cateo que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia"

Jiménez Huerta¹¹ señala "que el domicilio o morada en que la persona habita es fortaleza o santuario de su libertad individual y sirve de coraza a su personalidad física y psíquica, en cuanto en el domicilio o morada el hombre haya descanso en su trabajo y reposo en sus fatigas, refugio en sus luchas y paz en sus tormentos, consuelo en sus aflicciones y abrigo en sus desesperanzas, protección para sus secretos y resguardo para sus pertenencias. Este altísimo rango y suprema dignidad que el domicilio o morada asume en la vida de relación de la persona humana fundamenta el derecho público subjetivo que el individuo tiene frente a la autoridad y que se sintetiza en la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

De lo que se deduce que ningún agente de la autoridad puede penetrar al domicilio, oficinas, o propiedades del gobernado si no es por mandamiento escrito de la autoridad judicial, en el que se exprese de manera clara y precisa la persona que se busca en dicho sitio y, que en su caso, se ordena aprehender; o bien, detallar los objetos que se requieran, a lo que únicamente se limitará la diligencia. Asimismo, se le ordena al agente de la autoridad que lleve a cabo la práctica de la diligencia de cateo (policía judicial, Ministerio Público, o el propio juzgador), levantar una acta circunstanciada, donde se deberá asentar la hora y el lugar de inicio de la diligencia y todos los pormenores que se hayan suscitado durante su ejecución, la persona o personas con las que se entienda, si se encontraron o no las personas u objetos buscados, si se niega o no el ocupante del lugar a firmar el acta circunstanciada; en el primer caso, se requerirá que el acta sea firmada por dos testigos.

¹¹ - Cfr. Derecho Penal Mexicano, Tomo III, 5a. ed., pág. 135 Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Por su parte Zamora Piérce, Jesús, cita a Lord Chatham, en palabras de este último dirigidas al Parlamento: "El hombre más pobre desafía en su morada todas las fuerzas de la corona, su choza puede ser endeble, su techo puede temblar, el viento puede soplar entre las puertas mal unidas, la tormenta puede entrar pero el rey de Inglaterra no puede entrar. Garantías y Proceso Penal, 7a. ed., pág. 73. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

I. El artículo 17.

El artículo 17 de la Constitución determina que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".

El artículo 226 del Código penal reglamenta el delito de ejercicio indebido del propio derecho, al establecer que "al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de parte ofendida".

Este precepto constitucional consagra los derechos fundamentales del ser humano: el derecho de justicia y el derecho de no ser encarcelado por deudas de carácter puramente civil; impone las prohibiciones correlativas, consistentes en no hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar sus derechos; si bien, a raíz de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987, el primero de dichos derechos fue dotado de mayor concreción y revestido de las más amplias garantías en tanto que el segundo de los derechos y las prohibiciones en cuestión simplemente fueron objeto de una reordenación en el texto de esta norma constitucional.

De ahí que sea el Estado el que, en contrapartida del derecho de justicia de que es titular toda persona, asuma la obligación no sólo de crear y organizar los tribunales que, atento a lo dispuesto en el mismo segundo párrafo habrán de encargarse de impartir justicia de manera pronta, completa, imparcial y gratuita, sino, lo que es de primordial importancia, de garantizar a los propios tribunales, tanto en el ámbito federal como a nivel local, una independencia efectiva y la plena ejecución de sus resoluciones, según lo prescribe el tercer párrafo de la norma que nos ocupa. Así, la impartición de justicia por tribunales independientes y eficaces, esto es, por juzgadores autónomos frente a presiones o intereses de otras dependencias o funcionarios públicos, y a cuyos fallos habrá de darse cabal cumplimiento, deberá satisfacer las exigencias siguientes: ser **rápida**, porque los tribunales deben sustanciar y resolver los juicios de que conocen dentro de los plazos y los términos legales, teniendo siempre presente, además, que justicia que no es pronta no es justicia; ser **completa**, ya que los jueces deberán resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso; ser **imparcial**, en la medida en que los jueces deberán dictar resoluciones

justas de las controversias procesales, sin inclinarse o favorecer indebidamente a alguna de las partes, y, por último, ser gratuita, merced a la supresión definitiva de las costas judiciales, que otrora cobraban los jueces por concepto de honorarios y en atención a las funciones que desempeñaban.

Por lo que hace al derecho a no ser encarcelados por deudas de carácter puramente civil, este surgió al adoptarse legalmente el principio **nullum delictum, nullum poena sine lege** según el cual únicamente los hechos tipificados por la ley como delitos son susceptibles de sancionarse penalmente. Sin embargo, cabe recordar que en pasado el individuo que no saldava sus deudas de carácter civil podía ser no solamente aprisionado o sometido a la esclavitud, sino incluso privado de la misma vida.

Los derechos que consagra esta disposición constitucional también se encuentran consignados en instrumentos internacionales aplicables en materia de derechos humanos, que conforme lo dispone el artículo 133 de nuestra ley fundamental, forman parte de nuestro orden jurídico interno, como es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976 y ratificado por nuestro país el 14 de marzo de 1981, y de la Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978 y ratificada por México el 25 de marzo de 1981, cuyos artículos 14, inciso 1 y 11, del Pacto y 8, inciso 1 y 7, de la Convención americana, establecen respectivamente, el derecho de defensa y el derecho a no ser encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.¹²

Por otra parte, el artículo 225 de la Ley Sustantiva Penal señala que constituye delito contra la administración de justicia, cometido por servidores públicos (fracción VIII), "retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia".

Tenemos, igualmente, que el artículo 22 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal preceptúa que "por ningún acto procedimiento se pagarán costas. El empleado que las cobrare o recibiere alguna cantidad aunque sea a título de gratificación será de plano destituido de su empleo, sin perjuicio de las demás sanciones que imponga el Código Penal". A su vez, el artículo 35 del Código Federal de Procedimientos Penales alude a que "en materia penal no se pagarán costas. El empleado que las cobrare o recibiere aunque sea a título de gratificación será destituido de su empleo, sin perjuicio de que sea consignado al Ministerio Público".

¹².- Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, en comentarios al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

J. Artículo 18.

Este precepto establece que "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas en base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso".

La Constitución de 1857¹³ dejó establecido en el artículo 18, que la privación de la libertad o prisión sólo tendría lugar cuando el delito por el cual se acuse a una persona merezca pena corporal. Se agregó que "en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se (le) pondrá en libertad bajo fianza (pero) en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero". El objetivo del Constituyente de 1857 fue considerar la privación de la libertad individual como caso de excepción y sólo cuando lo ameritara la conducta antisocial del inculgado. De ahí el carácter de garantía incondicional otorgada al individuo tanto en la averiguación de los delitos como en el desahogo de los procesos judiciales.

Al examinar el Congreso Constituyente de 1917 esta disposición constitucional, la comisión redactora (si se hace un examen de los debates en torno al principio sustentado en 1857) separó la última parte del precepto para incluirla en el artículo 17, y respecto a la reclusión de los inculcados estableció dos tipos de

¹³ - Cfr. Barajas Montes de Oca, Gerardo, en comentarios al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

detención: una que fue denominada preventiva y otra compurgatoria de la pena, debiendo cumplirse una y otra en lugares diferentes. El propósito, como lo expresara el diputado Jara, fue asegurar a procesados y sentenciados su separación, porque podría ocurrir durante la secuela del proceso que se presentaran causas que permitieran la libertad del procesado antes de dictar sentencia, máxime si no se había determinado su conducta antisocial, considerándose injusto mantenerlo en el mismo local en que se encontraran los reos sentenciados y sujetos a penas de prisión por determinados periodos.

Se dijo, asimismo, por otros diputados, que resultaba necesario atender a los caracteres personales del inculcado, "para evitar el contagio social entre los llamados reos habituales y los reos primarios, así como entre los que presentaban diversos grados de peligrosidad; organizando además el sistema penitenciario de tal manera que las especiales condiciones familiares y sociales que en ella concurren..." Con tal motivo se fijaron bases legales para el tratamiento penitenciario en sus diversas modalidades, conforme a las técnicas modernas y estudios en materia penal, ya entonces avanzados, así como en la ejecución de sanciones, evitando al mismo tiempo invadir la soberanía de los Estados de la República, prevista con singular acierto por el constituyente anterior. En suma, se buscó abrir el camino constitucional para intentar una reforma penitenciaria a fondo, por padecerse de enormes deficiencias tanto en locales de confinamiento, como en sistemas, excepción hecha del penal de las Islas Marias que ya prestaba este servicio penitencial.

Puede apreciarse que sólo el primer párrafo del artículo se mantiene sin modificación desde que fue aprobada la iniciativa para una nueva estructuración de él, pues el segundo párrafo resultó modificado para dividirlo en cuatro partes. Decía dicho párrafo en su versión original que "los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán en sus respectivos territorios el sistema penal -colonias, penitenciarias o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regenerar". Esta redacción se mantuvo por cerca de cuarenta años. En 1965, según publicación hecha en el Diario Oficial de la Federación con fecha 23 de febrero, se estructuraron los párrafos segundo, tercero y cuarto, para establecer: a) la separación de las mujeres delincuentes en lugares distintos a los destinados a los hombres, por las consideraciones ya apuntadas; b) obligar a los estados a seguir una conducta similar en este aspecto, atendiendo a la práctica impuesta desde hacía varios años en los reclusorios de la Federación; c) organizar el sistema penal del país sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación, como medios apropiados para la readaptación del delincuente; d) permitir la celebración de convenios entre la Federación y los gobiernos estatales con objeto de que los reos sentenciados por delitos del orden común extinguieran su condena en establecimientos del Ejecutivo Federal, y e) crear instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

En época reciente, tuvo lugar otra reforma publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de febrero de 1977, para poner en vigor un sistema de intercambio

de reos de nacionalidad mexicana que se encontraren compurgando penas en el extranjero, a fin de permitir su traslado al país, a efecto de cumplir sus condenas de acuerdo con nuestro sistema penitenciario; y para que reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, pudiesen a su vez ser trasladados a su país de origen y residencia; sujeto dicho traslado a los tratados internacionales celebrados con tal objeto.

Finalmente, es oportuno aclarar que a la expresión **pena corporal** modernamente se le ha interpretado como sinónima de "pena privativa de libertad" y en algunos casos de "pena de muerte", hipótesis última factible de presentarse en el Código de Justicia Militar.

K. Artículo 19.

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indicado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes podrán al inculpado en libertad".

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

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

Esta disposición constitucional establece diferentes prohibiciones, obligaciones y requisitos en relación con la detención preventiva del inculpado, todos los cuales representan otras tantas garantías del acusado en materia procesal, que están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar la detención preventiva del inculpado, como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar.

Ahora bien, la privación de la libertad de la persona presuntamente responsable de la comisión de un delito, se ubica en la fase de **preinstrucción**,

denominada así por el artículo 1º. del Código Federal de Procedimientos Penales, y en la cual se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad del sujeto por falta de elementos para procesarlo.

A nadie escapa que después de la vida, la libertad es uno de los bienes más preciados del ser humano. Ello explica por qué todo sistema jurídico se esfuerza por rodear a la libertad personal de una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección.

Pese a todo, la **libertad** es la que más ha sufrido los embates de la actividad represiva, cuando no francamente autoritaria de los órganos del Estado. Su privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo, ya que va seguida, casi irremisiblemente, de la privación o conculcación de otros derechos.

Para Zamora Pierce¹⁴ la finalidad del artículo 19 es garantizar que la detención del inculpado no se prolongará más allá del plazo fijado por el propio artículo. Por esta razón, instruye al legislador ordinario que tipifique como delito la conducta del responsable de que esa detención se prolongue en exceso de dicho lapso, y que lo sancione penalmente. Pero ello, aclara, únicamente cuando la detención sea **en perjuicio del inculpado**.

Esta disposición nos dice el autor citado, hace referencia, al parecer, a la hipótesis contemplada en el párrafo final del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, creado o adicionado por Decreto publicado en el Diario Oficial de 12 de enero de 1988, y conforme a la cual, el plazo fijado en la Constitución para el dictado de auto de formal prisión se duplicará cuando lo solicite el inculpado por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al rendir declaración preparatoria, por convenirle dicha ampliación del plazo con el objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica. Es evidente que, en esta hipótesis, la prolongación de la detención no sería en perjuicio del inculpado sino, por el contrario, representaría una prolongación en su beneficio, por cuanto le daría, a su elección, una más amplia oportunidad de defensa.

Para garantizar que la detención no excedería del término constitucional, la Constitución de 1917 hacía responsable al carcelero, y lo conminaba con sanciones penales. En primer lugar, en la parte final del primer párrafo del artículo 19, afirmaba que la prolongación de la detención "hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros

¹⁴.- Garantías y proceso penal, 7a. ed., págs. 88 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

que la ejecuten". Después, volvía a ocuparse del tema en los primeros dos párrafos del artículo 107, fracción XVIII, cuyo texto decía:

"Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar al atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad".

"Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente".

El tratamiento era poco técnico, tanto por ocuparse dos veces, en dos artículos diferentes, del mismo tema, cuanto por hacerlo, la segunda vez, en el artículo 107, destinado a fijar las bases del juicio de amparo.

La reforma de 1993, correctamente, deroga la fracción XVIII del artículo 107, y unifica el tratamiento del tema sólo en el artículo 19.

En el caso de que el juez no dictara el auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que fue puesto a su disposición, cometería el delito contra la administración de justicia que tipifica el artículo 225, fracción XVII del Código Penal, y que sanciona con pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, privación del cargo, e inhabilitación para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años.

En cuanto a los custodios, si transcurrido el término de setenta y cinco horas no ponen en libertad al detenido, a pesar de no haber recibido copia autorizada del auto de formal prisión, serían responsables del delito de abuso de autoridad, tipificado por el artículo 215, fracción VII, del Código Penal, pues, teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad, no la hicieron cesar inmediatamente, estando esto en sus atribuciones.

Este delito está sancionado con prisión de dos a nueve años, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Si el inculcado es puesto en libertad por no haber transcurrido el lapso constitucional sin que su carcelero hubiese recibido copia autorizada del auto de formal prisión, nada se ha dicho aún sobre su inocencia o culpabilidad. La Constitución le garantiza que su detención no podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, y hace responsable a la autoridad que ordena la detención y a quienes la ejecuten, mas no dispone que, de la impuntualidad del juez, resulte la absolución del

procesado. Libre el detenido, podrá, y deberá, dictarse todavía en su causa auto de prisión, o de libertad, según proceda. En el primer caso, será necesario mandarlo reaprehender, para que pueda continuar su proceso; en el segundo, continuará gozando de libertad, en los términos del auto dictado. Debemos señalar que, por fortuna, los jueces mexicanos respetan la garantía a estudio, y normalmente dictan el auto dentro del término constitucional. Esto explica, quizá, por qué la doctrina y la jurisprudencia se han abstenido de estudiar la situación procesal de quien es puesto en libertad por no habersele dictado auto en tiempo.

Consecuencias del auto de formal prisión.

El texto constitucional atribuye al auto de formal prisión las siguientes consecuencias:

1º. Justifica la prisión preventiva. De los artículos 18 y 19 constitucionales resulta que, si se imputa a una persona delito que merezca pena corporal, y si por esa causa se le priva de su libertad, su detención sólo podrá exceder del término de tres días si se justifica con un auto de formal prisión.

2º. Fija la **litis**. El propio artículo 19, en su párrafo segundo, atribuye al juez la facultad de fijar la litis, precisamente en el auto de formal prisión; es decir, de determinar con precisión tanto los hechos que se imputan al inculpado como el tipo penal que configuran.

3º. Suspende las prerrogativas del ciudadano. Del artículo 38, fracción II, constitucional resulta que, por estar sujeto a un proceso criminal, por delito que merezca pena corporal (prisión), se suspenden los derechos y prerrogativas del ciudadano, a contar desde la fecha del auto de formal prisión. El artículo 35 de la propia Constitución otorga al ciudadano las siguientes prerrogativas: I) Votar en las elecciones populares; II) Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las cualidades que establezca la Ley; III) Asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país; IV) Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y V) Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

4º. Determina el inicio del plazo que fija la Constitución para dictar sentencia. La fracción VIII del artículo 20 Constitucional garantiza al acusado que será juzgado antes del vencimiento de un plazo de cuatro meses, si se le imputa delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año, si la pena máxima excediera de ese tiempo. La Suprema Corte ha resuelto que los plazos señalados por la fracción VIII se cuentan a partir de la fecha del auto de formal prisión (Semana Judicial de la Federación, Tomo XV, pág. 700; Tomo XIX, pág.

740; Tomo 28, pág. 1226; Tomo XXXVI, pág. 1804; Tomo CIV pág. 837. Quinta Epoca).

Los Códigos procesales le atribuyen al auto de formal prisión algunas otras características:

El artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, preceptúa que "todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos: I.- Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; II.- Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla; III.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso; IV.- Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; V.- Que no esté acreditada alguna causa de licitud; VI.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y VII.- Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice".

El plazo a que se refiere la fracción I, de éste artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo, puede sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor hacer las promociones correspondientes al interés social que representa. La ampliación del plazo se deberá notificar al director del Reclusorio Preventivo, en donde, en su caso, se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional.

Por su parte, el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que " dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se reusó a declarar; II.- Que estén acreditados los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad; III.- Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal. El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado, por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha

ampliación ni el juez resolverá de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa. La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo en donde, en su caso, se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional".

El artículo 19 de la Constitución, en su párrafo segundo, dispone: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente".

Esta disposición es, íntegramente, obra del Constituyente de 1917, pues no tiene antecedentes en los textos constitucionales del siglo pasado. En ella se concede al procesado la garantía consistente en que el juez, en el auto de formal prisión, fije la litis; es decir, determinará la materia del proceso, la cual no podrá ser posteriormente cambiada. Tal garantía reviste un doble aspecto. Conforme a ella, el auto de formal prisión debe precisar los hechos que se imputan al procesado y la clasificación jurídica que el juzgador atribuye a esos hechos, su **nomen juris**. En efecto, el párrafo a estudio hace referencia a dos delitos: el señalado en el auto de formal prisión y aquel otro que pudiera aparecer en la secuela del proceso. La correcta interpretación del texto ha de demostrarnos que, en la segunda hipótesis, el constituyente llama delito a los hechos ilícitos que se imputan al procesado, y, en la primera, emplea el término **delito** para designar la clasificación típica de esos hechos.

Esta doble garantía de seguridad jurídica tiene por objeto fijar la materia de la litis a fin de hacer posible la defensa del procesado. Si la Constitución no exigiera que, al principio del proceso, se determine con precisión cuáles son los hechos que se imputan al acusado, y cuál es el tipo penal que configuran, el contenido procesal no tendría márgenes ni límites. Cualquier cuestión podría traerse a juicio, y el inculpado quedaría huérfano de toda posibilidad de defensa ante semejante acusación amorfa y omnicomprendiva.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, el juez no podrá conocer de esos hechos; si el Ministerio Público los estima delictuosos deberá iniciar nueva averiguación previa, de la cual podrá resultar nuevo ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuera conducente. Tal disposición se integra de una manera tan lógica y congruente con el restante sistema procesal penal constitucional que, aun si no existiera el texto a estudio, podríamos válidamente deducirlo de otras normas constitucionales. En efecto: el juzgador no podría conocer de hechos que aparecen con posterioridad al auto de formal prisión, y respecto a los cuales el Ministerio Público no ha ejercido la

acción penal, sin violar el monopolio que a este último otorga el artículo 21 Constitucional; semejante enjuiciamiento de hechos posteriores al auto, violaría igualmente el derecho del procesado de que se le haga saber, en audiencia pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo mediante su declaración preparatoria (Artículo 20, fracción III constitucional); por último, al procesar a un individuo por hechos que han llegado a conocimiento de la justicia con posterioridad al auto de formal prisión, se violarían en su perjuicio las garantías que le concede el párrafo primero del propio artículo 19 constitucional, pues resulta evidente que semejantes hechos no podrían constituir el delito imputado al acusado en dicho auto, ni es posible que coincidieran los elementos del tipo penal de ambos delitos.

De lo expuesto, pues, resulta, que la parte final del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional, al afirmar: "Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de la averiguación separada...", emplea la palabra delito en el sentido de hechos delictuosos, y dispone que los hechos distintos de los señalados en el auto de formal prisión deberán ser objeto de averiguación separada. A **contrario sensu**, en un mismo proceso el juez podrá conocer, única y exclusivamente de los mismos hechos que quedaron individualizados en dicho auto.

El delito señalado en el auto de formal prisión.

Si a la luz de lo expuesto se vuelve a leer la primera parte del párrafo segundo: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso", se nos impone como evidente que, en esa primera parte, el Constituyente otorgó otro valor y diverso sentido a la palabra delito. De no ser así, la primera parte no haría sino repetir, con diversas formas lingüísticas, la misma idea que ya resulta, **contrario sensu**, de la segunda: **Todo proceso se seguirá por los hechos señalados en el auto**. Aceptar esta última hipótesis equivale a imputar al Constituyente torpeza tal que le llevó a reiterar, inútilmente, idéntico concepto bajo dos diversas formulaciones gramaticales.

El párrafo en cuestión nació a la vida jurídica en el **Mensaje y Proyecto de Constitución** de don Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el primero de diciembre de 1916, con el siguiente texto: "Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación separada, si fuera conducente".

El artículo 19 del Proyecto de Constitución fue confiado a una comisión, integrada por Francisco J. Múgica, Alberto Román, L.G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga, quienes, en la 26ª Sesión Ordinaria, celebrada la tarde del viernes 29 de diciembre de 1916, leyeron el siguiente dictamen:

"Ciudadanos diputados: El artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada. Además en el nuevo artículo se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso; si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que, además de ese delito se ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado. Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó" La comisión hizo, solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer mas claro el concepto. Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión". Con fundamento en ese dictamen, la Comisión consultó a la Asamblea la aprobación del artículo con el texto que estaba en vigor antes de su última reforma, y que fue aprobado sin discusión y por unanimidad de 165 votos.

El Constituyente otorgó al juez la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, en el auto de formal prisión, y únicamente en esa oportunidad procesal. En ejercicio de esa facultad, el juez deberá hacer la clasificación del delito imputado con toda precisión, señalando no solamente el tipo genérico que corresponda, sino sus modalidades y las circunstancias agravantes o atenuantes, pertinentes. El proceso deberá seguirse forzosamente por ese delito perfectamente individualizado en el auto de formal prisión; si el Ministerio Público no impugna el auto, se verá obligado a formular conclusiones acusatorias o no acusatorias por ese mismo delito, y el propio juez, llegado el momento, deberá dictar sentencia, condenando o absolviendo al acusado, por ése, y únicamente por ése, delito.

Por ello son correctas las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conforme a las cuales: si el inculcado fue procesado como responsable de un delito intencional, es violatorio de garantías sancionarlo como autor de un delito imprudencial, pues con ello se varía la clasificación del delito (Semanao Judicial de la Federación, Tesis de Jurisprudencia Definida, Número 134, apéndice 1917-1975, pág. 193. Tribunales Colegiados. Sexta parte); si, como consecuencia del auto de formal prisión, el proceso se siguió por el

delito de violación propia, el tribunal de alzada no debió pronunciar sentencia condenatoria por el delito de violación por equiparación, a que se refiere el artículo 240 del Código Penal del Estado de Jalisco, pues ello indica un incorrecto cambio de clasificación del delito (Semanao Judicial de la Federación. Segunda Parte Vols. 175, 180, pág. 26. Séptima época); se violan garantías al pronunciarse su condena por tres delitos cuando en el auto de formal prisión solamente se alude a dos de ellos (Boletín 1969, págs. 107. Primera Sala); si se condena al quejoso como autor de modalidades del delito contra la salud que no fueron materia de formal prisión, se violan sus garantías, pues se le deja en indefensión (Informe de 1971, Ejecutoria de la Primera Sala de 14 de junio de 1971, en el Amparo Directo 1256/71); si el auto de formal prisión se dictó por el delito de deserción previsto en el artículo 260 del Código Marcial, y la sentencia ocurrida conforme al diverso artículo 273 del mismo ordenamiento legal, dejó al quejoso en estado de indefensión, por lo que es procedente otorgar el amparo (Informe de 1979, Primera Sala, pág.3).

El juez debe fijar la litis, mediante la clasificación precisa del delito, en el auto de formal prisión. El nombre típico que el denunciante o querellante atribuya a los hechos carece de trascendencia y a nadie obliga. Por su parte, el Ministerio Público ejerce la acción penal sobre hechos y, si bien en su consignación los tipifica bajo un nombre determinado, es ésta una clasificación provisional que el juez es libre de cambiar en el auto de término. En la misma forma, el juzgador puede variar, en el auto, la clasificación hecha por él mismo en la orden de aprehensión.

Una vez firme el auto de formal prisión, ni las partes ni el propio juez pueden ya variar la calificación del delito. Se equivocan quienes consideran que la clasificación de los hechos expuesta en el auto que ahora nos ocupa puede ser variada en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, en cuyo caso la sentencia contemplará esta última clasificación. Admitir semejante posibilidad implica una doble violación de las garantías consagradas en el artículo 19, puesto que tal cambio de clasificación hecho por el Ministerio Público al formular sus conclusiones no cumpliría con los requisitos de sujeto: el juez, y de momento procesal oportuno: el auto de formal prisión que exige la Constitución. Esa violación de garantías tendría por efecto dejar al procesado sin defensa ante una acusación que se precisa apenas en las conclusiones, es decir, justamente el resultado que el Constituyente trató de evitar mediante el párrafo segundo del artículo 19.

Al respecto, la Ley de Amparo (Artículo 160, fracción XVI), afirma correctamente, que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, "cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito." Pero, a continuación, y en párrafo separado, agrega: "No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre

que en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal."

Por lo que hace a la primera hipótesis, contemplada en el párrafo transcrito, debemos decir que si el delito que se expresa en la sentencia difiere de aquel por el que se dictó el auto de formal prisión, así sea sólo en grado, ambos delitos no son idénticos, no son el mismo delito por el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 19, debió seguirse forzosamente el proceso. La Ley de Amparo, no puede matizar ni graduar los mandatos de la Constitución.

La segunda hipótesis del artículo 160 de la Ley de Amparo, aquella que se presenta cuando el Ministerio Público cambia la clasificación del delito en sus conclusiones, exige una crítica aún más enérgica. La condena dictada por delito diverso del señalado en el auto deja en la indefensión al procesado. La Ley del Amparo cree resolver el problema, e impedir la violación de garantías, afirmando que ello será posible únicamente a condición de que "... el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal". Esta condición es de imposible cumplimiento. Ciertamente el inculpado no ha sido oído en defensa sobre la nueva clasificación durante el lapso procesal transcurrido entre el auto de formal prisión y las conclusiones acusatorias, puesto que, en esa etapa procesal, no se ha producido la reclasificación del delito. Tampoco le será posible defenderse, después de presentadas las conclusiones acusatorias que reclasifican contra la nueva imputación que se le hace, dado que, en esa etapa procesal, normalmente ya no se le recibirán pruebas. El derecho de defensa no es tal si no comprende la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas.

No obstante, la Suprema Corte ha fundado algunas ejecutorias en el artículo 160 fracción XVI, de la Ley de Amparo, diciendo: "Clasificación del delito, Cambio de la, Conclusiones Acusatorias. Si el Ministerio Público, al formular conclusiones cambió la clasificación del delito y el acusado y quejoso fue oído en defensa durante el juicio propiamente tal, el procedimiento fue legal y la sentencia que lo condenó por el nuevo delito no es violatoria de garantías", (Amparo Directo 1394/1959, Enrique Olvera González, julio 3 de 1959, S.J.F., Sexta Epoca, Volumen XV, Segunda parte, Primera Sala, pág. 28.).

La garantía de **litis cerrada** está destinada a proteger al procesado de los peligros que impondría la reclasificación del delito en el curso de la instrucción, en las conclusiones acusatorias o en la sentencia, verdadera emboscada en donde naufragaría la defensa; pero, en algún caso excepcional, puede servir a un culpable para escapar de la sanción que merece, so pretexto de que el delito ha sido indebidamente calificado por el juez.

De ahí que la cuestión de la protección jurídica de toda persona sometida a detención por las autoridades estatales, se encuentre íntimamente vinculada con la preocupación por la protección de los derechos humanos. Dicho en otros términos, la manera en que un Estado trata a las personas que han sido privadas de su libertad personal, es un criterio muy significativo para poder juzgar la actitud estatal respecto del Estado de Derecho, principio éste de capital importancia para la realización de los derechos humanos.

Tocante a los elementos de fondo o esenciales para dictar un auto de formal prisión, referentes al acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito de que se trate y de la probable responsabilidad del consignado, en obvio de reiteración, remitimos al lector de este trabajo a lo expuesto en el apartado conducente del artículo 16 constitucional.

L. Artículo 20.

El artículo 20 constitucional ha sido objeto de diversas reformas en sus distintas fracciones. La última que se verificó fue la del año de 1993 por decreto de reformas y adiciones publicado en el Diario Oficial el 03 de septiembre.

El actual precepto establece que "en todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías", esto es, antes de la reforma el enunciado era el siguiente: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías". De lo cual tenemos que, básicamente, la modificación en su título se basó en una de índole terminológica, pues se sustituyó "juicio del orden criminal", por "proceso del orden penal", y "acusado" por "inculpado"

Indica García Ramírez¹⁵ que la palabra **juicio** es una expresión con varias acepciones, una de ellas equivale, precisamente a proceso, otra a etapa dentro del proceso; una más, a sentencia, y agrega que, "la parte final del artículo no es consecuente con el anuncio ni con la "regla" contenida en la cabeza, pues además de abordar derechos del indiciado, que se trasladan del proceso a la averiguación previa, se ocupa de derechos de la víctima del delito, tema que no tiene que ver en lo absoluto, con las garantías reconocidas al sujeto antagonico en la escena penal: el inculpado o acusado"

A propósito de los problemas de nomenclatura creemos interesante destacar el modo de denominar al conjunto de normas que regulan la existencia del delito y los presupuestos indispensables para atribuirlo a una persona. Así tenemos que esencialmente los términos utilizados legal y doctrinalmente, han sido los de **Derecho criminal** o **Derecho penal**, siendo este último nombre el prevalente en nuestro medio jurídico.

¹⁵ - El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, pág. 54. Editorial. Porrúa, S.A. México, 1994.

Ahora bien, la ciencia procesal penal ha aportado diversas acepciones para señalar al sujeto pasivo del proceso, según el estadio del procedimiento donde se ubique. Así, en nivel de averiguación previa se acostumbra designarle **indiciado** o **imputado**; una vez que el Ministerio Público promueve la acción ante el juzgador competente, recibe el nombre de **consignado**, situación que se mantendrá hasta antes de que el juez determine su situación jurídica, ya que si éste le dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso sin restricción de su libertad personal, el título que recibe es de **procesado**; cuando se culmina la etapa de la instrucción, y se precisa la pretensión punitiva de parte del Ministerio Público en sus conclusiones acusatorias, a la persona se le designa **acusado** y, finalmente, cuando el juzgador dicta sentencia, será llamado **sentenciado**. A pesar de las diversas denominaciones apuntadas adquiere el carácter de probable responsable hasta antes de dictarse el fallo que pone fin a la instancia. En atención a lo expuesto, consideramos que el cambio al encabezado del artículo 20 constitucional, técnicamente mejoró sólo en cuanto a la terminología.

Una primera conclusión, derivada de lo anterior, es que deviene incongruente la denominación del artículo 20 constitucional en relación con su contenido, pues establece principalmente garantías del probable responsable de un delito, durante la tramitación de un proceso; sin embargo, el párrafo penúltimo de dicho numeral, amplía las consagradas en las fracciones V, VII y IX a la etapa de averiguación previa, prescribiendo que se sujetarán a los requisitos y límites que las leyes establezcan, e igualmente agrega que lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna y, finalmente, alude a los derechos del ofendido o víctima de un delito.

a. Fracción I.

La fracción que ahora nos ocupa, determina que "en todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

"I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos, en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio".¹⁶

¹⁶. La evolución que ha sufrido la fracción I del artículo 20 constitucional es la siguiente: El texto original decía que "inmediatamente que lo solicite (el acusado) será puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla". Por decreto publicado en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 1948, se reformó por primera vez la fracción I quedando como sigue: "Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el Juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juez en su

Antes de la reforma, prevalecía el sistema del término medio aritmético de la pena señalada al delito que se imputaba al indiciado, de tal manera que si aquélla era inferior a cinco años -incluyendo la pena en sus modalidades (circunstancias agravantes o atenuantes)- se obtenía la libertad provisional bajo caución, pero si el término medio era superior a cinco años, no se podía gozar de ese beneficio.¹⁷

Por libertad provisional bajo caución, se entiende (ahora) en el procedimiento penal, a la que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure una indagatoria ante el Ministerio Público o un proceso con el juzgador, si es que el hecho que se le imputa calificado como delito tiene asignada una pena privativa de libertad, o bien, se trata de sanción acumulativa (prisión o multa, o, prisión y cualquiera otra consecuencia jurídica), previa la satisfacción de determinados requisitos consagrados en la Constitución y en las leyes secundarias.

Si la sociedad tiene el derecho inalienable de perseguir a los responsables de un delito y de adoptar las medidas que juzgue convenientes para su propia conservación, el individuo debe gozar de la protección de las leyes, principalmente cuando los actos afecten su libertad personal. Existe, por ende, una colisión de intereses tan respetables que las leyes no pueden inadvertirlos; verbigracia, el interés de la sociedad que persigue al delincuente de acuerdo con las normas procesales, y el del inculpado, que como sujeto procesal merece disfrutar de las garantías que la propia ley le otorga. En la conciliación de estos intereses es donde surgen las más delicadas cuestiones, y que

aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000 00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado" Por decreto publicado en el Diario Oficial de 14 de enero de 1985 se reformó por segunda vez la fracción I para quedar como sigue: "Artículo 20 En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarlas, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación. La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la Autoridad Judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito. Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores". Por último, por decreto publicado el día 3 de septiembre de 1993, se reformó por tercera vez la fracción I, para darle el siguiente texto: "Artículo 20 en todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad Judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial. El Juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado inculpa en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley deriven a su cargo en razón del proceso".

¹⁷ - ARTICULO 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: fracción I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

de algún modo el sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio trata de asimilar, porque no es fácil delimitar hasta dónde llega el interés de la sociedad sin que se vulnere el del individuo.

La regla consagrada en la Constitución, antes de las reforma, era que en todo proceso penal, para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, debía cumplirse con la obligación impuesta al inculpado de no sustraerse a la acción de la justicia y de atender a todas las órdenes de comparecencia emanadas del Ministerio Público o los tribunales, siempre que el delito de que se tratara (incluyendo la pena de sus modalidades) en su término medio aritmético no excediera de cinco años de prisión. Ahora sólo debe garantizarse la reparación del daño, las sanciones pecuniarias, y que no se trate de delito calificado por la ley secundaria como "grave"

El aseguramiento de la persona en quien recaen fundadas sospechas de que ha cometido un delito, tiene lugar, excepcionalmente en la actualidad, desde que el procedimiento se inicia, sólo tratándose de flagrancia o urgencia en la comisión de los hechos. Es, por tanto, una medida de necesidad extrema para mantenerla vinculada a una indagatoria o a un proceso, ya detenida con el Ministerio Público o bien en prisión preventiva con el juzgador, para de esta manera tratar de conseguir el conocimiento de la verdad histórica.

El antecedente del beneficio de la libertad caucional en el Derecho mexicano lo encontramos en el reconocimiento del sistema acusatorio, que pretende evitar al indiciado las molestias contingentes que trae consigo la prisión preventiva y restringir, además, la limitada función de acusación que caracterizaba al procedimiento de oficio.¹⁸

Los requisitos para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución son los siguientes:

1º. Que se solicite por el inculpado.

Esto se dará siempre que estemos en un supuesto de delito que sólo merezca pena privativa de libertad (algunos autores incluyen la pena de muerte), o se trate de sanción acumulativa donde esté presente una privativa de libertad. Al respecto, se hace evidente que como presupuesto se requiere de una detención mantenida por el Ministerio Público, lo cual sólo sucederá tratándose de comisión flagrante o caso urgente, pues en cualquier otro supuesto la indagatoria se llevará a cabo sin detenido; o bien, que el ejercicio de la acción penal sea con detenido, o que se haya cumplimentado la orden de aprehensión girada por el juez de la causa; o, por último, que el individuo conociendo que en su contra hay una orden de aprehensión, se

¹⁸ - Cfr. González Bustamante, Juan José. Derecho procesal penal mexicano. 9a. ed., págs. 298-299. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

presente voluntariamente ante el juzgador (pudiendo llevar consigo incluso copia certificada del auto por el que se le concede la suspensión provisional del acto reclamado -la orden de aprehensión-, si es que promovió juicio de garantías), y se someta a su potestad, haciéndole saber que desea quedar en libertad provisional. Hablamos indistintamente de Ministerio Público y de juzgador porque este beneficio puede solicitarse tanto con el Representante Social en la fase de averiguación previa (merced a la reforma a la Constitución y consecuentemente a la ley secundaria) como con el juez de primera o única instancia (como lo será el de paz), o ante el tribunal de alzada que conozca del recurso de apelación interpuesto contra el fallo definitivo.

2º. Que se garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Es interesante advertir que el Código Penal en el Título Segundo, Capítulo V, alude a la "Sanción pecuniaria", preceptuando en el artículo 29 que "la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño...".¹⁹ El artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal indica que la reparación del daño comprende: fracción I. "La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible, el pago del precio de la misma; II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados".

Esto es, con los elementos de prueba con que hasta ese momento cuente el Ministerio Público, tratándose de averiguación previa, y el juzgador tienen, deberán estimar a cuanto ascienden todos y cada uno de los conceptos que comprenden la reparación del daño, de lo cual se deduce la imposibilidad práctica, la mayor parte de las veces, en la fijación en esos estadios -averiguación previa, preinstrucción o incluso instrucción- de las garantías respecto de los rubros señalados, particularmente por lo que hace al daño moral y a los perjuicios ocasionados, máxime que determina la Constitución: "inmediatamente que lo solicite", el indiciado en indagatoria con el Representante Social, según lo determinan los numerales 269, fracción III, inciso g),

¹⁹ - ARTICULO 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos. Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación. Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente pueden cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad. Cada jornada de trabajo saldará un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos. Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión.

del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 128, fracción III, inciso f) del Código Federal de Procedimientos Penales.

3°. Que se garanticen las sanciones pecuniarias.

La Constitución nos habla de que se garanticen la sanciones pecuniarias. Sin embargo, dogmáticamente, o sea, de acuerdo con el contenido del numeral 29 del Código Penal, se advierte que "la sanción pecuniaria comprende la **multa** y la **reparación del daño**". Pese a esto, la Carta Magna diferencia las modalidades subrayadas no habiendo necesidad de ello ya que ambas son especies de las sanciones pecuniarias (género). Por tal razón, conforme a nuestro Código político, debemos entender por sanción pecuniaria (para efectos de la garantía en examen) exclusivamente la multa que acumulativamente se prevea con la privativa de la libertad. Esta postura del Constituyente es criticable, porque sólo debería aludir - reiteramos- a que se garantizara en sentido amplio la "sanción pecuniaria", que realmente es comprensiva tanto de la multa como de la reparación del daño.

En otro orden de ideas, salta a la vista la imposibilidad de fijar cautelarmente el monto exacto de la sanción pecuniaria (entiéndase de la multa), que llegado el caso se aplicaría en sentencia condenatoria; por ello el Ministerio Público y el juzgador deberán asegurar que el indiciado exhiba el total de la multa que reglamente la ley para el delito en cuestión, pues si al final se dictara fallo condenatorio, válidamente podría imponerle, atentos al grado de culpabilidad, las máximas penas de las comprendidas para el delito cometido, de lo que se sigue que de esta forma la satisfacción de la multa ya estaría comprometida, lo que no sucedería de fijarle un porcentaje inferior, pues entonces existiría dificultad para lograr su pago. Ahora bien, si en sentencia, al acusado se le fija una cantidad inferior de multa, la opción es que el juzgador tome la parte correspondiente de la garantía otorgada para el cumplimiento de sus obligaciones que contraiga aquél con el juzgado, y devolver el remanente.

4°. Que no se trate de delito grave.

Por razón de la reforma constitucional, tuvo que ajustarse el contenido de varias disposiciones tanto del Código Procesal Penal para el Distrito Federal como del Código Federal de Procedimientos Penales, de tal manera que los artículos 268 y 195,²⁰

²⁰.- ARTICULO 268.- Habrá caso urgente cuando: a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley; b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias. El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores. La orden mencionada será ejecutada por la Policía judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del

respectivamente, determinan cuales son los delitos que se consideran como graves "por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad". Luego, si se trata de alguno de esos injustos, no podrá concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución y, por exclusión, fuera de cualquiera de tales supuestos, operará dicho beneficio.

Una cuestión de gran trascendencia se constituye cuando se presenta la comisión de una tentativa de delito grave, ya que hay juzgadores que niegan la libertad provisional bajo caución y otros que la otorgan. Al respecto, pensamos que en acatamiento al principio de legalidad, es obvio que es procedente dicho beneficio, pues la Constitución y la ley secundaria se refieren a que no se trate de "delito grave", es decir, aluden a un hecho consumado, ya que la tentativa no es "delito", sino fase ejecutiva (de un delito) ya sea acabada o inacabada.

5º. Que se otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo (del indiciado) en razón del proceso.

Esta exigencia es de carácter procesal, ya que los numerales 556 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 399 fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en forma idéntica establecen que otorgue el indiciado la garantía señalada.²¹ A su vez, los dispositivos 567 del Código Distrital

Ministerio Público que lo haya librado. Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 140 párrafo primero, evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previstos en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266-bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320, y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo, robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y 194 - En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundada y expresando los indicios que acrediten: a) que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos como graves en este artículo; b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Federal: homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 tercer párrafo; traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127, 128; terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145, piratería, previsto en los artículos 146 y 147; genocidio, previsto en el artículo 149-bis, evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte, primera del párrafo primero y 152, ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172-bis párrafo primero, 196-bis, 197 párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero; contra la salud, previsto en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196-bis, 197 párrafo primero y 198 parte tercera del párrafo tercero, corrupción de menores previsto en el artículo 201; de violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266-bis; asalto en carreteras o caminos, previstos en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381-bis y extorsión, previsto en el artículo 390, así como los previstos en el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, y el previsto en el artículo 115-bis del Código Fiscal de la Federación.

²¹.- Artículo 556 (Código de Procedimientos Penales) Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos: I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; Tratándose de delitos que afecten la vida o la libertad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor de lo que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del

y 411 del Código Federal, señalan cuáles son las obligaciones que contrae el presunto responsable que obtiene su libertad provisional bajo caución.²²

El señalado requisito procesal que los Códigos adjetivos introducen es abiertamente inconstitucional, pues esta exigencia nuestra Carta Magna no la contempla. Por ello, de no poder cumplir cualquier indiciado con el monto que se fije para el cumplimiento de las obligaciones que contrae con el juzgador, se le estaría negando, procesalmente hablando, el beneficio constitucional.

Como ya hemos adelantado en las primeras líneas de este análisis, el penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional establece que lo dispuesto en la fracción I no estará sujeto a condición alguna respecto a su observancia en el procedimiento de averiguación previa. A su vez, el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que "cuando el inculpado fuera detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma: ... III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... g) - Que se le conceda inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código...". La misma prescripción contiene el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, al precisar que, "cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma: ... III.- Se le harán saber los derechos que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes... f).- Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo

Trabajo; II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del Artículo 268 de este Código. Artículo 399 (Código Federal de Procedimientos Penales) Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos: I.- Que garantice el monto de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la libertad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor de lo que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo; II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194. La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

²² - El artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone, que "al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: Presentarse ante el Ministerio Público o el Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el Ministerio Público, Juzgado o Tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias. En los casos a que se refiere el artículo 133 bis, el Juez, al notificar el auto de sujeción a proceso le hará saber que ha contraído las dos primeras obligaciones señaladas en primer párrafo de este mismo artículo". Por otra parte un tanto diferente -aunque no del todo- el precepto 411 del Código Federal establece, que "al notificarse al inculpado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: Presentarse ante el Tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo Tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado Tribunal, el que no se lo podrá conceder por tiempo mayor de un mes. También se le harán saber las causas de la revocación de la libertad caucional. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones y las causas de su revocación, pero la omisión de este requisito no librará de ellas ni de sus consecuencias al inculpado".

dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este código...". La reglamentación apuntada que lleva a cabo la ley secundaria, es congruente con el mandato constitucional.

La fórmula actual de la caución plantea también otro problema de notable trascendencia. Aparentemente, enseña García Ramírez,²³ los únicos factores a considerar en la fijación de su cuantía -se refiere a la libertad provisional bajo caución- son el "monto estimado de la reparación del daño y el de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado. Empero, qué ocurre cuando es imposible estimar el valor del daño causado, o cuando éste tiene solamente carácter moral y no puede ser cuantificado en términos monetarios, ¿Se toma en cuenta nada más la multa aplicable? (en caso de que además se contemple por el tipo penal -agregamos nosotros-). De esto último, ¿habrá de considerarse el máximo de la multa que corresponde en "abstracto" al delito cometido, o el término medio, como lo sugería la fracción I, por lo que tocaba, entonces, a la pena de prisión aplicable?; y ¿qué sucede si la multa es muy reducida, por así determinarlo la normal penal, a pesar de que el delito revista carácter grave (social, no legislativamente hablando, pues de ser así no habría lugar para este beneficio). A menudo la severidad de la sanción en correspondencia con la gravedad de la infracción se traduce más en la pena privativa de libertad, que no se toma en cuenta para la caución, que la multa, que si se considera para tal efecto. Algunas de las interrogantes planteadas por el tratadista citado han recibido de nuestra parte, la conducente respuesta.

En el supuesto de que no se fije garantía patrimonial alguna cuando no se presentan esos dos factores para la determinación de su cuantía, estaríamos negando la naturaleza de esta institución procesal, porque desembocaríamos en una "libertad provisional bajo caución", -que es lo que dice, literalmente, la Ley suprema- sin caución. Al efecto, de acuerdo con la ley secundaria, el Ministerio Público y el Juzgador sólo podrían exigirle al indiciado que garantizara el cumplimiento de las obligaciones que adquiere en razón del proceso, empero, desde nuestro punto de vista y coincidiendo con la insinuación que hace García Ramírez,²⁴ dicho requisito como ya lo planteamos, no se haya constitucionalmente señalado, por ende, es evidente que deviene inconstitucional al restringir o limitar el derecho público subjetivo, gravando o aumentando los supuestos a satisfacer para que el gobernado pueda obtener su libertad provisional bajo caución.

La norma constitucional no autoriza al juzgador, contrariamente a lo que ocurría en el texto derogado, para tomar en cuenta otros elementos en la determinación del monto de la garantía. Si se llegara a la conclusión (establece García Ramírez), de que es posible fijar garantía patrimonial a pesar de que no haya o no se pueda precisar un daño de esta naturaleza, ¿Cuáles serían esos otros elementos?

²³ - El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, págs. 69 y ss. ed. Porrúa, S.A. México, 1994.

²⁴ - García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 1a. ed., pág. 68-69, Ed. Porrúa, S.A., México 1994.

¿quedarían a la discreción del tribunal?, ¿Los establecería la ley, creando así disposiciones restrictivas o condicionantes que no están previstas o autorizadas en la Constitución?. Estos pronunciamientos, refuerzan nuestro punto de vista respecto de la exigencia adicional de la ley secundaria que hemos calificado de inconstitucional.

El párrafo segundo de la señalada fracción I del artículo 20 constitucional determina que "el monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial".

Lo que se puede afirmar tocante a este párrafo es que la Constitución ahora utiliza una correcta expresión, cuando alude a "caución", puesto que ésta significa garantía, lo cual resulta pertinente aclarar, dado que por deformaciones que ha sufrido este término entre los abogados postulantes, casi siempre se identifica con una modalidad de la garantía y no como el género (caución). Es decir, equivocadamente hablan de caución al referirse al depósito en efectivo, a dejar determinada cantidad de dinero ante la institución de crédito autorizada por la ley y recibir el contra-recibo llamado billete o certificado de depósito, cuando que con la palabra "caución" como ya hemos señalado, se quiere significar simple y llanamente "garantía", y sus formas son las establecidas por la ley penal: depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso.²⁵

Con idéntico parecer al nuestro se pronuncia García Ramírez, al explicar que "caución es el género, en el que caben varias especies de garantía patrimonial,

²⁵ - Los artículos 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 404 del Código Federal de Procedimientos Penales, determinan respectivamente: 562 "La caución podrá consistir: I.- En depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que en esos casos se expida, se depositará en la caja de valores del Ministerio Público, del tribunal o juzgado, tomándose razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el Ministerio Público o el juez recibirán la cantidad exhibida y la mandarán depositar en las mismas el primer día hábil. Cuando el inculpado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar en una sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas: a) Que el inculpado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el Distrito Federal o en su zona conurbada, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitas que le provean medios de subsistencia; b) Que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución; c) El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional; d) El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570 del presente Código. III.- En prenda, en cuyo caso el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución; y IV.- En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente" V.- En fideicomiso de garantía formalmente otorgado. "Artículo 404 (Código Federal para Procedimientos Penales) La caución consiste en depósito en efectivo, se hará por el inculpado o por terceras personas en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado correspondiente se depositará en la caja de valores del tribunal, asentándose constancia de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el tribunal recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar en aquella el primer día hábil. Cuando el inculpado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar de una sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas: I.- Que el inculpado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el lugar en que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitas que le provean medios de subsistencia; II.- Que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución; III.- El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional; VI.- El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que fije el juez".

depósito -que no es sinónimo de caución-, hipoteca, fianza y más recientemente, prenda".²⁶

La designación del monto de la caución corresponde al juzgador, pero con la condición de que sea asequible, en otras palabras, que esté al alcance del inculpado. Consecuentemente, la forma o modalidad de aquella incumbe al presunto responsable. En el párrafo que se comenta se señala también que el monto de la caución inicial podrá disminuirse de acuerdo con las circunstancias que la ley determine. Al efecto, los Códigos de Procedimientos Penales (560 del Distrital) y (400 del Federal) establecen requisitos para ello.²⁷ Empero, se observa que la ley secundaria en esencia alude a la disminución de la garantía (que hemos señalado de inconstitucional) para el incumplimiento de las obligaciones que el indiciado contrae en razón del proceso y, secundariamente, en lo tocante a la reparación del daño y la multa (llamada sanción pecuniaria).

El párrafo tercero indica que "el Juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso"

La Constitución introduce la calificación de "forma grave" del incumplimiento de las obligaciones (para revocar la libertad), mas nunca señala que se fije garantía alguna para su cumplimiento; por ende, la ley secundaria en este aspecto -insistimos- es inconstitucional al exigir caución por parte del procesado. La valoración de cuándo se está ante un caso grave de incumplimiento queda desde nuestro punto de vista al prudente arbitrio del juzgador -que no significa arbitrariedad en que pudiera incurrir-. El artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los

²⁶ - El nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Ira. él., pág. 56, El Porrúa, S.A., México, 1994

²⁷ - El artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal determina que "a petición del procesado o su defensor, la caución a que se refiere la fracción III del artículo 556, se reducirá en la proporción que el Juez estime justa y equitativa por cualquiera de las circunstancias siguientes: I.- El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad; II.- La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito; III.- La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales; IV.- El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario; V.- Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia. Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 556 solo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo de este artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III del presente artículo. En este caso, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida. A su vez el artículo 400 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que "a petición del procesado o su defensor, la caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece a cargo del primero en razón del proceso, se reducirá en la proporción que el Juez estime justa y equitativa, por cualquiera de las circunstancias siguientes: I.- El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad; II.- La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito; III.- La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales; IV.- El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo técnico Interdisciplinario; y V.- Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia. La petición de reducción se tramitará en incidente que se substanciará conforme a las reglas señaladas en el artículo 494. Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 399 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo del presente artículo, cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III de este artículo. En este caso si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.

numerales 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales, determinan los casos en que podrá revocarse la libertad caucional. Dichos preceptos también aluden a que el incumplimiento sea "grave".^{28 29}

De frente a las críticas tanto a la Constitución como a la ley secundaria, consideramos que la reforma al sistema para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución, es menos incorrecto que el de su antecedente: el "término medio aritmético", ya que libertades provisionales que antes eran imposibles, ahora se logran, aunque con gran exigencia para el indiciado dado un fuerte desembolso económico.

b. Fracción II.

"II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la Ley Penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o ante el Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio".³⁰

La presente garantía debe ser observada tanto en la etapa de investigación de los hechos ante el Ministerio Público como ante el juez de instrucción.

²⁸.- Los artículos 567 del Código Distrital y 411 del Código Federal, como se estableció líneas arriba aluden a las obligaciones que contrae el Presunto Responsable en razón del proceso.

²⁹.- Los numerales 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente señalan: artículo 568.- El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. asimismo revocará la libertad caucional en los siguientes casos: I.- Cuando se desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las ordenes legítimas del Tribunal que conozca su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el Tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades"; II.- Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esta concluida por sentencia ejecutoria; III.- Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que haya depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al Agente del Ministerio Público o al Secretario del Juzgador o Tribunal que conozca de su causa; IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpaado y se presente a su juez, V.- Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves, y VI.- Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia. "A su vez el artículo 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales preven: 412.- Cuando el inculpaado haya garantizado por si mismo la libertad con depósito, prenda, hipoteca o fideicomiso, aquella que se le revocará en los casos siguientes: I.- Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las ordenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal en caso de habersele autorizado a efectuar el deposito en parcialidades; II.- Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena de prisión, antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esta concluido por sentencia ejecutoria; III.- Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervengan en el caso; IV.- cuando lo solicite el mismo inculpaado y se presente al tribunal; V.- Cuando aparezca con posterioridad que le corresponde al inculpaado una pena que no permita otorgar la libertad; VI.- Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; VII.- Cuando el inculpaado no cumpla con algunas de las obligaciones a que se refiere el artículo 411; VIII.- En el caso señalado en la parte final del último párrafo del artículo 400: 413.- Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculpaado por medio de un depósito en efectivo, de fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso, aquella se revocara, I.- En los casos que se mencionan en el artículo anterior; II.- Cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculpaado; III.- Cuando, con posterioridad, se demuestre la insolvencia del fiador; IV.- En el caso del artículo 416; V.- En el caso señalado en la parte final del artículo 400.

³⁰.- El artículo 20 de la Constitución, antes de la reforma, dispuso que en los juicios del orden criminal el acusado tendrá entre otras, las siguiente garantía: "II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo que queda rigurosamente prohibida toda comunicación o cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra".

Al respecto, García Ramírez advierte que "la historia del Procedimiento Penal - como la de las penas mismas- constituye un largo y noble esfuerzo por preservar, pese a las circunstancias del enjuiciamiento, la dignidad humana del inculpado. Este altísimo valor excluye, de raíz, los malos tratos sobre el cuerpo o la psique del sujeto - más allá del maltrato inherente al dato mismo del enjuiciamiento y de la sanción en una comunidad civilizada, maltrato inevitable que es preciso reducir, rigurosamente, a sus linderos estrictos- y por ello expone normas protectoras especiales y atenciones diligentes por parte de cuantos intervienen en el procedimiento y en la ejecución, respectivamente".

Hubo un tiempo en que el maltrato formaba parte natural y acaso necesario de las actuaciones procesales: la tortura, medio de castigo y disuasión, lo era también de investigación; se hallaba el sujeto, inclusive, bajo un régimen legal minucioso, que hoy nos parece aberrante. Era preciso obtener, por ese conducto, la admisión de la culpabilidad del procesado, sin reparar que esa admisión podía -y solía- reñir con la verdad histórica y ser, apenas, un resultado del sufrimiento infligido al reo.

El método brutal de investigar -una inquisición en la peor de sus acepciones- persiste en manos de policías ineptos y alterados. Contra esta práctica corrupta e inadmisibile ha luchado la Legislación Mexicana, y contra ella han trabajado, con desvelo, innumerables funcionarios públicos, que honran su cargo, en contraste con los otros, también numerosos, que por este u otros medios lo desacreditan. Las Constituciones y las leyes secundarias se han ocupado en proscribir el tormento -y otras medidas crueles, inhumanas, inusitadas, trascendentales o degradantes-, y privar de efectos -tanto de admisibilidad como de eficacia procesales- a las supuestas pruebas obtenidas por esta vía reprobable. De ello son testimonios, entre otras muchas, las reformas de 1990 a la Legislación Procesal Penal y las sucesivas leyes para prevenir y sancionar la tortura, de 1986 y de 1991.³¹

Si rememoramos, un factor que destaca en la reforma del Procedimiento Penal Mexicano de 1917, es la supresión de la incomunicación que conservaron los Códigos Procesales de 1880 y de 1894, y que resultaba el más efectivo, entre otros medios de coacción, para que se compeliere al inculpado a declarar en su contra. También quedaron suprimidos otros procedimientos infamantes, como los azotes, los palos, las marcas, etc., o cualquier otro medio coactivo que tuviese por objeto arrancar la confesión. Por su parte, Emilio Reus dice: "que como la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española no resuelve si es lícito obligar al inculpado a declarar, no pueden presumirse, y es notorio que ni directa ni indirectamente se le haya impuesto al inculpado tal obligación". Para ello, se funda en que desde la Legislación de Aragón, en la mayoría de las legislaciones europeas, se exime de juramento a los inculpados para no ponerlos en el predicamento de faltar a la verdad, que por otra parte es tolerable como medio de defensa. Cualquier coacción que se emplease con el

³¹ - El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Ira. el. pág. 77., El. Porrúa, S.A., México 1994.

inculpado, sería contraria al principio de libertad en la expresión de la defensa y viciaría su dicho. De este modo, debe proibirse el apremio o la amenaza empleados para conturbar su ánimo y provocar su confesión. Al inculpado se le pregunta si desea declarar, si es su voluntad, debe rendirla de una manera espontánea, con pleno conocimiento de causa y sin coacción ni violencia: en caso de que quiera declarar se le hará la exhortación de que se produzca con verdad sin intimidarlo en ninguna forma, como sucede a veces en que se le indica que la ley toma en cuenta la veracidad con que se produce en la aplicación de las sanciones, y que el juez, al fijarle la garantía pecuniaria para que obtenga su libertad provisional, tomará en consideración las observaciones que ha hecho de la veracidad que ha empleado en su declaración. El inculpado no presta juramento, solamente se le exhorta a decir la verdad, advirtiéndole el juez, una vez que ha contestado los cargos, que debe responder, si lo desea, a las preguntas que se le hagan, de una manera precisa y clara. Tampoco está obligado a contestar las preguntas; si no quiere declarar ni contestar los cargos, así se asentará en la diligencia. La exhortación equivale a una recomendación que el juez hace al inculpado y su renuncia a decir la verdad no puede ocasionarle ningún perjuicio.³²

El interrogatorio del inculpado, para Florián, es un medio de prueba singularísimo, por cuanto al sujeto y en quien recae. En tanto que los testigos están obligados a comparecer ante el juez y a declarar, bajo protesta, sobre los hechos de que tengan conocimiento, sea porque los hubiesen presenciado o porque los hubiesen oído referir a otras personas, so pena de ser sancionados penalmente en caso de incumplimiento, el inculpado no tiene obligación de declarar; puede rehusarse a hablar, si lo desea, y el más absoluto silencio es un derecho suyo; hasta se le permite que mienta parcial o totalmente. El Código Penal Italiano sólo establece en los artículos 496 y 398 dos limitaciones: cuando se interroga al inculpado sobre sus condiciones personales y declare falsamente, o cuando involucre a otras personas, que a la postre resulten inocentes, como participantes en el delito de que se le acusa.³³

Zamora Pierce comenta que "en esta materia (se refiere al contenido de la fracción II del artículo 20 constitucional), nuestra Constitución se encuentra a la altura de las más avanzadas del mundo, la garantía que otorga prohíbe no sólo el tormento, sino también la incomunicación y, genéricamente, cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra... cuando un procesado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigírsele que rinda protesta de decir verdad, ni tampoco, si falta a ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declarase en su contra. A más de ello, debemos entender que la garantía protege tanto al indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante la Policía Judicial o ante cualquier otra autoridad, como al procesado que lo hace ante los Tribunales. Bien hueca e inútil

³².- Véase González Bustamante, Juan José. Derecho Procesal Mexicano. 9a ed. pág. 151-152. El Porrúa, S.A. México 1988.

³³.- Citado por García Ramírez. op cit. pág 155).

sería la norma que estudiamos sí, impidiendo a determinadas autoridades que obtuvieran confesiones coaccionadas dejará a otras mano libre para hacerlo... si, contrariando la disposición constitucional, alguna autoridad presionase a una persona para que se declarase culpable de un delito, la confesión así obtenida sería nula, dado que la conducta de la autoridad sería violatoria de garantías".³⁴

Se dice que la nueva fracción II del artículo 20 constitucional supera a la precedente, protege mejor al inculpado y aborda puntos que no recogía la anterior.

1º. Se reconoce y tutela el derecho al silencio.

Lo que la Constitución prohíbe es obligar al inculpado, es decir, compelerlo, forzarlo, imponerle cierta conducta por medios violentos o insidiosos. En tal virtud, una exhortación a declarar que el inculpado puede atender o desatender sin riesgo de presión o sanción alguna, no vulnera la norma constitucional. Tampoco la quebranta la explicación que el juzgador da al inculpado acerca de la naturaleza y los alcances de la declaración preparatoria. La protesta de decir verdad, en cambio, apareja la amenaza de sanción para quien falta a la verdad o miente, y cabe entender que el inculpado puede mentir impunemente -pues no se le podría exigir, en su situación, otra conducta-, con la salvedad, de incriminar a un inocente: la calumnia no puede quedar al abrigo de sanción: una cosa es mentir para salvarse, y la otra poner en riesgo al inocente.

2º. Se prohíbe y se sanciona la incomunicación, la intimidación y la tortura.

La incomunicación es, naturalmente, la privación de comunicaciones o medios de relación entre el inculpado y otras personas. Ahora bien, no parece razonable suponer que existe el derecho a una comunicación absoluta, con cualesquiera personas, en todo momento y de la manera que quiera el inculpado. Es preciso entender razonablemente esta garantía: se trata de evitar que el quejoso so pretexto de la indagación o del proceso penal quede excluido del conocimiento de la sociedad a la que pertenece, al margen del control que la opinión pública ejerce sobre la conducta de la autoridad y en riesgo, por todo ello, de ver menoscabados o perdidos sus bienes o derechos.

Es posible distinguir entre incomunicación y tortura aunque aquélla puede aparejar a ésta, pero no es sencillo deslindar la intimidación de la tortura. La intimidación resulta ser un elemento, un medio o un fin de la tortura, a no ser que se trate de una intimidación "leve", que no imponga severos sufrimientos a su destinatario. La vigente ley, para prevenir y sancionar la tortura, de 1991, indica que ésta consiste en la conducta de un servidor público -eventualmente, un tercero- que con motivo de sus atribuciones o en el ejercicio de su cargo inflija a una persona

³⁴ - Zamora Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 7a. ed. págs. 182-183. El Porrúa S.A. México 1984.

dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con alguno de los siguientes fines -que son los propósitos inquisitivos, intimidatorio o punitivo, respectivamente, que puede revestir la tortura-: "obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla (a la persona torturada) por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada".

3º. Principios de admisibilidad de la confesión.

La confesión es una especie de las declaraciones en el proceso. Se trata de una declaración del inculpado (no de otra persona; salvo que un tercero puede convertirse en confesante, y a su tiempo en inculpado, si su declaración tiene el sentido que enseguida se mencionará), en la que éste reconoce su participación delictuosa. No hay necesariamente, pues, reconocimiento de culpabilidad, sino sólo de participación en cualquiera de las formas previstas para esta figura en el artículo 13 del Código Penal, que después de la reforma de 1993 se refiere a autoría y participación.

Fue la confesión la "reina de las pruebas", y en este sentido toda la actividad indagatoria se concentró en obtener la confesión del inculpado; rigió en amplísima extensión, la regla "a confesión de parte, relevo de prueba". Hoy día, por los motivos destacados, esta probanza se ha desacreditado. En materia penal, es particularmente delicado el tema de la confesión, por el riesgo que ha existido -y existe, por supuesto- de que la autoridad, desviando sus atribuciones, recabe la confesión con el empleo de la violencia. La lucha contra estas prácticas reprobables debe desarrollarse por diversas vías. Una de ellas -acaso la más importante- es la selección y preparación debidas de quienes tienen a su cargo investigar los delitos. Otra vía relevante para combatir la práctica de arrancar confesiones, es el cuidadoso régimen legal de esta probanza; en él debe quedar claramente estipulado que la prueba confesional ha de ser espontánea, o en todo caso libre, no obtenida por medio de la violencia, el engaño o la amenaza.

Sólo con el consentimiento del indiciado podrá hipnotizársele, sometérselo al detector de mentiras o aplicársele alguna de las drogas llamadas suero de la verdad, pues todos ellos son medios que tienden a forzar su declaración. Con el abandono del proceso inquisitivo y el reconocimiento del acusatorio, se ha destacado que es necesario abandonar el primero cuando una nación ha llegado a un estado de civilización en el que se considera que la tortura, en todos sus grados, no es admisible, pues constituye un atentado intolerable en contra de la persona humana; que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, tal como lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11). De donde resulta que el órgano de acusación tiene la carga de la prueba, que no puede valerse de coacciones para obtener la confesión del inculpado y que éste pueda negar hasta el absurdo. Por tanto, a partir de la abolición de la tortura, la declaración del imputado ha dejado de tener valor como prueba de cargo, y

sólo subsiste como medio de defensa. La excepción será el caso del indiciado que movido por escrúpulos de conciencia decida libremente confesar su culpabilidad. El Ministerio Público no puede nunca presumir que contará con esa confesión, y está obligado a demostrar la culpabilidad por otros medios de prueba.³⁵

La asistencia del defensor en la hipótesis planteada por la fracción II del artículo 20 constitucional no es más que la de un testigo calificado, capaz de oponerse a la diligencia que se desarrolle ante el Ministerio Público o el juzgador, si hay vicios de procedimiento; la de un asesor jurídico del inculpado. Por ello parece preferible entender que en cualquier acto de confesión debe estar presente un defensor, así se trate, en la especie, de uno designado para el sólo efecto de asistir a tal diligencia. La palabra asistencia tiene un doble significado: puede entenderse como presencia, compañía, o como asesoramiento, auxilio jurídico, consejo. En relación con la fracción II del artículo 20, la palabra asistencia tiene el primero de los sentidos mencionados, es decir, el de presencia o compañía, simplemente. No podría tener el segundo, porque esto privaría de espontaneidad a la confesión y alteraría el buen desarrollo de la prueba. Cabe que el defensor sugiera al inculpado hacer uso de su derecho al silencio, pero no que, resuelto aquél a declarar, intervenga y altere su declaración.³⁶

El párrafo penúltimo del artículo 20 constitucional amplía la garantía comentada para el indiciado en averiguación previa con el Ministerio Público, de lo que se sigue que ni éste, ni los agentes de los policías judiciales podrán obligar a aquél a declarar, máxime que el artículo 59, párrafo final, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que "no podrá consignarse a una persona, si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes, pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de todo valor probatorio".

c). Fracción III.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria".

El presupuesto indispensable para hacer valedera la garantía señalada es que exista de parte del Ministerio Público, la promoción de la acción ante el juez penal competente, ya sea porque la ejercite con detenido al darse el caso de flagrancia o urgencia, y aquél quede a disposición del juzgador en el interior del Reclusorio

³⁵ - Cfr. Zamora Piñero, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*, 7a. ed. págs. 183 y 184. El Porrúa S.A. México 1994.

³⁶ - Cfr. García Ramírez.

Preventivo de que se trate, o bien, porque al ejercitarse la acción penal se solicite al juzgador, gire la orden de aprehensión o comparecencia en contra del presunto responsable, de tal manera que si se satisfacen los requisitos a que alude el artículo 16 constitucional se obsequiará tal pedimento. Una vez que se lleve a cabo materialmente su cumplimiento por parte de la Policía Judicial y sea internado el detenido en el Reclusorio Preventivo en cuestión, o presentado en el local del juzgado, según sea el caso, y puesto además a disposición del juzgador en el primer supuesto por parte del Director del Reclusorio Preventivo, es hasta cuando corre el plazo de las 48 horas para que se le tome su declaración preparatoria. Un caso de excepción donde el plazo constitucional de las 48 horas no adquiere tanta importancia, se da cuando el indiciado voluntariamente comparece ante el Juzgador sometiéndose a su potestad -incluso llevando consigo copia del auto donde se le concede la suspensión provisional del acto reclamado, si es que promovió amparo contra la orden de aprehensión-, y le solicita que le tome su declaración preparatoria. La diligencia judicial que estudiamos se desarrollará en audiencia pública, esto es, donde tengan libre acceso todas las personas que deseen presenciarse, y en la que se le hará saber al indiciado el nombre de su acusador -no el formal que lo es el Ministerio Público-, sino el que materialmente le impute los hechos -si es que existe-, la naturaleza y causa de la acusación, o sea, ¿de qué se le acusa?, ¿por qué se le acusa?, ¿quien lo acusa?, etc., todo ello a fin de que conozca bien los hechos que se le atribuyen y pueda defenderse; la Constitución dice: para que pueda contestar el cargo.

Las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión en la perpetración de los hechos que pudieran presumirse o alegarse, deben hacerse del conocimiento del presunto responsable, con palabras que pueda fácilmente comprender; no debe conducirse el juzgador en términos jurídicos que muy difícilmente se encuentran al alcance del entendimiento del detenido, por ejemplo decirle que se le acusa de conducirse con intención lasciva, móviles abyectos, o bien, tratándose de un delito de violación sería inadecuado, que se le preguntará si impuso cópula a la ofendida, pues en todo caso deberá preferirse una expresión diversa que pueda ser asimilada por el indiciado, llegando al extremo si las circunstancias lo ameritan, de emplear palabras "gruesas" o calificadas como "groseras"

La declaración preparatoria -según Gonzalez Bustamante- es el acto procesal de mayor significación en el curso del proceso y tiene por objeto ilustrar al juez para que determine la situación jurídica que ha de guardar el inculpado, después del término de 72 horas, y capacitar a éste para que obtenga exacto conocimiento de los cargos que existen en su contra y esté en condiciones de contestarlos y de preparar su defensa. Es el momento propicio en que el juez se pone en contacto con el presunto responsable, y lo conoce mediante sus propias observaciones o a través de los informes de los peritos psiquiatras. La información la obtiene el juez en el interrogatorio del inculpado que puede revestir la forma de medio de defensa o de medio de prueba. El inculpado sirve como órgano de prueba, cuando explica su conducta y suministra informes sobre los hechos que se le atribuyen. Es objeto de prueba, cuando el juez o los peritos

examinan su persona en lo que se refiere a sus circunstancias peculiares, como su edad, educación e ilustración, costumbres, conductas anteriores, los móviles que lo indujeron a delinquir, sus condiciones económicas y, en general, todas aquellas circunstancias que tengan relación con el delito y con el delincuente. Creemos que lo más apropiado es llamarle **declaración preparatoria** no sólo porque el término corresponde al sistema de enjuiciamiento que reconocen nuestras leyes en vigor, sino porque permite distinguirlo de otras locuciones empleadas en los sistemas de enjuiciamiento inquisitorio y mixto, declarar significa exponer hechos; es una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer a alguien para alguna acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene como finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos.

La declaración preparatoria se rinde después del auto de radicación, tratándose de consignación con detenido o una vez lograda la captura del indiciado al cumplimentarse la orden de aprehensión o comparecencia que se hubiere girado en su contra, debe siempre observarse el requisito cronológico de que se verifique dentro de las 48 horas, contadas desde el momento en que el imputado está a disposición del juez de la causa, y consiste en que la persona a quien se atribuye un delito comparezca por primera vez ante un juez a explicar los móviles de su aparente conducta, que se le pone a cargo, después de ser informado de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión que presumiblemente rodean el hecho típico, pudiendo conducirse ya sea en su aspecto de inculpación o en los de atenuación o exculpación. Por su importancia, conviene estudiarla como garantía constitucional o como acto procesal.

El aberrante sistema que prevalece en la jurisprudencia de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consiste en que la confesión rendida durante la averiguación previa, prevalece sobre la declaración preparatoria. Por tanto, si el inculpado ratificaba su declaración inicial (por ejemplo la rendida ante el Ministerio Público), semejante ratificación hacía inútil la declaración preparatoria, y confirmaba el valor pleno de lo actuado por y ante el Ministerio Público; si no la ratificaba, decía la Corte, debemos olvidarnos de la preparatoria y otorgar valor a la declaración inicial, de acuerdo con el principio de inmediatividad procesal, o bien poco servía al acusado pretender que su declaración inicial le había sido arrancada con violencia, y que era nula, por haber sido obtenida contrariando lo dispuesto por el artículo 20 constitucional. A ello, la Corte le respondía arrojándole la carga de la prueba de las violencias de que decía haber sido objeto. Decía la Corte "CONFESION COACCIONADA, PRUEBA DE LA. Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal".

El inculpado, en la casi totalidad de los casos, encontraba que le era imposible rendir la prueba que la corte le exigía. Recordemos, ante todo, que la garantía a estudio no se limitaba a prohibir la tortura (a la que ni siquiera mencionaba en forma expresa), sino que extendía su interdicción a "cualquier medio" que tienda a compeler a un acusado a incriminarse. Quedaban, pues, vedadas tanto las violencias físicas como las morales. Estas últimas, por su naturaleza misma, no dejan rastros que puedan ser, posteriormente, objeto de prueba. Por lo que hace a la violencia física, sería infantil suponer que la víctima, como en la Edad Media, ostentara un hueso roto o tuviera unas carnes desgarradas, como prueba de la ordalia por la que ha atravesado. La tortura, al igual que la industria, se ha tecnificado en nuestro siglo, y se vale de los recursos que han puesto a su disposición la psicología, la química, la electricidad, etc. ¿Cuáles son, pues, esas violencias, de que se decían víctimas numerosos procesados?³⁷

En otro orden de ideas, no vemos inconveniente en que primero pueda obtenerse la libertad provisional y después el indiciado, ya estando en libertad, declare ante el juez, habida cuenta de que la Constitución establece que "inmediatamente que se solicite", lo que significa que no debe haber demora alguna, ni siquiera pretextando la autoridad judicial el acatamiento de otra disposición constitucional, como por ejemplo tomarle al indiciado su declaración preparatoria, habida cuenta de que para ésta el juzgador cuenta con 48 horas.

Se establece en la Constitución, como hemos dicho, que todo inculpado debe rendir su declaración preparatoria en audiencia pública, dentro de las 48 horas siguientes de su consignación a la justicia, lo que equivale al reconocimiento de los principios de publicidad, oralidad e inmediatividad procesal.

A partir del año de 1917, la declaración preparatoria no se hace en secreto, sino en audiencia pública; el inculpado la producirá oralmente ante el personal judicial y el juez conocerá por sí mismo a la persona que la produce. No significa un quebrantamiento al principio de la oralidad el hecho de que la declaración del inculpado se conserve en el proceso por medio de la escritura, como medio para autentificar la validez del acto, y en cuanto a la vinculación física del juez con el órgano a prueba, para que lo conozca y pueda interrogarlo, no es otra cosa que la consagración del principio de la inmediatividad. El juez, antes que el inculpado explique su conducta, le hará saber el nombre del querellante o denunciante y cuál es la naturaleza y causa de la acusación; esto debe entenderse en el sentido de que ha de explicarle cuáles son los elementos constitutivos del delito y por qué se le consignó ante la autoridad judicial, pero el legislador quiso que el inculpado estuviese en condiciones de conocer claramente el hecho punible atribuido; no habló del delito para evitar que le confundiese con su denominación técnica, y esto es natural, si se tiene en cuenta que lo que se pretende es hacerle saber los cargos existentes y ponerlo en

³⁷ - Cfr. Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*, 7a. ed. pág. 185 El Porrúa S.A. México 1994.

condiciones de contestarlos, lo que no sería posible si los ignorase o no lo entendiese. Resulta en ocasiones que, aún para los versados en las disciplinas jurídicas, es difícil obtener un cabal conocimiento del delito. Por esto quiso el legislador que el juez emplease los términos más sencillos y adecuados al hacer saber al inculpado el hecho punible que se le atribuye para facilitarle su comprensión.³⁸

Los problemas prácticos que se suscitan en la toma de la declaración preparatoria, son los siguientes:

1º Hay ocasiones en que el Ministerio Público ejercita la acción penal dejando a disposición del juez de la causa al indicado, en el interior de algún hospital.

Es frecuente que esto suceda cuando el presunto responsable durante la comisión del delito o al ser sorprendido, o perseguido materialmente y detenido, sufra consecuencias graves en su persona, como puede ser el hecho de que resulte lesionado, y pudiera quedar internado por uno o varios días, o incluso semanas o meses, en el nosocomio respectivo. En tal virtud, si existe la consignación de parte del Ministerio Público, el juez penal debe respetar el plazo constitucional de las 48 horas y, al efecto, se trasladará al lugar donde aquél esté para tomarle la declaración preparatoria. Sin embargo, si el consignado se haya en condiciones de no poder declarar, dadas las lesiones que presenta, o bien, está bajo los efectos de medicamentos o de anestesia, es obvio que existirá una imposibilidad factica para cumplir con el mandato constitucional; empero, deberá certificar en autos tal situación, para así justificar el hecho de no tomar la declaración preparatoria, postergando la diligencia hasta que el consignado esté en condiciones de rendirla, sin que por ello transcurra el plazo (artículo 19 constitucional) de 72 horas para resolver su situación jurídica, dado que de no hacerlo, se le dejaría al presunto responsable en estado de indefensión, al no poder contestar el cargo.

2º. Si el consignado no sabe o no entiende suficientemente el idioma español, si pertenece a un grupo étnico indígena, si es extranjero, mudo o sordomudo, se deberá pedir la intervención de peritos traductores o interpretes, con el objeto de no hacer negatoria la garantía de defensa de que venimos hablando.

d. Fracción IV.

"En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"IV Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra".³⁹

³⁸ - Cfr. Gonzalez Bustamante, 9º ed., pág. 151. El Porrúa, S.A. México, 1988.

³⁹ - Cfr. Artículos 225, 226, 227 y 228 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que respectivamente establecen: 225.- Siempre que el procesado lo solicite, será careado en presencia del juez con los testigos que depongan en su contra. 226.- En todo caso se careará un solo testigo con otro, con el procesado o con el ofendido; si se practicare esta diligencia durante la

Es característico de los llamados procesos sociales y públicos, el conocimiento de la verdad histórica. Entre las probanzas que mejor permiten al juzgador adquirir la verdad histórica y, no menos, comprensión acerca de las personas que intervinieron en el hecho punible, figura el careo. Este es, como se sabe, una confrontación entre sujetos cuyas declaraciones discrepan o pueden diferir, para que discutan entre sí sobre esas discrepancias o diferencias, a fin de que el juzgador avance en el conocimiento de la verdad. Se trata de una prueba complementaria de las declaraciones, de la confesión y el testimonio. En ella se puede advertir, con viveza, la emoción de quienes participan en la diligencia, sus cargos y descargos, atrevimientos y alusiones; su serenidad, su desasosiego, sus impulsos y violencias. Toda una enseñanza para el juzgador atento que verdaderamente quiere saber, en puntual cumplimiento de su obligación, sobre los hechos y la participación del delincuente. Saber, en suma, para juzgar y sentenciar con suficiencia.

La anterior garantía, de ser una norma imperativa, obligación para el juzgador, antes de la reforma, cambió a facultad exclusiva del procesado, ya que ahora sólo éste puede solicitar ser careado -en presencia del juez- con quienes depongan en su contra. Sin embargo, en la práctica es conveniente que el juzgador certifique en autos, del conocimiento que se le hace al procesado de tal garantía, o sea, que se le preguntó si era o no su voluntad carearse, de tal manera que si su respuesta es en sentido negativo, deberá asentarse tal cuestión, para que posteriormente no pueda alegarse que no se le hizo saber el derecho público subjetivo consignado en la fracción IV del artículo 20 constitucional. Incluso si es su voluntad carearse, también debe obrar certificación al respecto en el expediente, pues de lo contrario pudiera parecer que fue obligado y que no se celebró a petición suya el careo. Ahora bien, el careo siempre se llevará a cabo en presencia del juez, por lo tanto, debe erradicarse la práctica viciosa de que la diligencia se ejecute exclusivamente con el Secretario de Acuerdos, para no hacer negatorio el principio de inmediatividad del juez con las partes y demás intervinientes en el proceso.

Es criticable la reforma a la fracción V del artículo 20 constitucional, porque muchas veces del careo resultaban elementos para resolver en definitiva, ya dictando una sentencia condenatoria, ya una absolutoria. Sin embargo, como ahora su práctica está a disposición o impulso del procesado, es evidente que éste no querrá carearse en caso de existir testigos u ofendidos fidedignos que pudieran sostenerle la imputación de los hechos. De esta forma, se presenta el peligro de hacer más difícil el ya de por sí intrincado conocimiento de la verdad histórica, que es el que se busca, como se ha

instrucción, no concurrirán a ella más personas que las que deban carearse, las partes y los intérpretes, si fuere necesario. 227.- Nunca se hará constar en una diligencia más de un careo. La autoridad que contravenga esta disposición incurre en responsabilidad. 228.- Los careos se practicarán dando lectura a las declaraciones de los careados, a fin de que entre sí reconvergan, el resultado del careo se asentará en el expediente.

reiterado siempre, en materia penal, en tanto los medios de prueba se van limitando en su efectividad o si los que obran en autos no son idóneos para tal fin, deviniendo todo ello en perjuicio de la administración de justicia.

El careo a que alude el artículo 20 ha sido considerado, tradicionalmente, como un medio de defensa, no de ataque, pues forma parte del conjunto de garantías del inculpado, al igual que la declaración preparatoria y los demás actos referidos en la fracción III, del citado numeral. No sería razonable prescindir, porque lo pide el inculpado, de la información a éste acerca de las personas que lo incriminan y sobre las imputaciones que se le hacen, aun cuando se le reconozca el derecho a no rendir declaración preparatoria. Del mismo modo, la supresión de los careos puede redundar en perjuicio del inculpado, en la medida en que nos estemos refiriendo a las confrontaciones que mencionó el texto anterior de la fracción IV: con quiénes deponen en contra del inculpado, y para que éste "pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa". La nueva redacción hace tabla rasa de los careos y no distingue entre los favorables y los desfavorables -potencialmente hablando- al inculpado.

¿Qué ocurrirá cuando el inculpado exija la observancia de ese derecho con respecto a personas que se localizan en lugares distantes, dentro o fuera del país, acaso impedidas por cualesquiera razones, para comparecer en el juicio que se sigue a aquél? En estos casos, ¿se hará de lado la garantía constitucional, que no admite salvedades, o se insistirá en presentar al requerido, suspendiéndose o demorándose el procedimiento, o se volverá, por último, a la práctica del careo supletorio?

e. Fracción V.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentre en el lugar del proceso".

El momento adecuado para que al presunto responsable se le reciban testigos y las demás pruebas que ofrezca, coincide generalmente con la etapa procesal llamada de instrucción, pero además tenemos que ello puede suceder durante el plazo que se abre para resolver sobre su situación jurídica incluso cuando opta por ampliarlo, o finalmente, en razón de la última reforma al artículo 20 constitucional, dicha garantía se extiende a la etapa de procedimiento de averiguación previa. Consecuentemente, el monopolio unilateral del Ministerio Público en la investigación del delito y de los probables responsables -de corte netamente inquisitivo-, se supera hoy día mediante el establecimiento de una indagatoria substancialmente acusatoria, en la que si bien es cierto que la decisión última sigue correspondiéndole al Ministerio Público, también es

verdad que al indiciado debe dársele oportunidad de probar que no existe delito, que operó a su favor algún aspecto negativo del mismo, que se presenta alguna circunstancia que extingue la acción penal, que se actualizan circunstancias atenuantes, o de plano, que él no es el presunto responsable de esos hechos, al no haber tenido intervención alguna en su comisión.

No vemos, por todo lo anterior, obstáculo alguno para que los abogados defensores realicen funciones inherentes a su cargo, con la sola limitación de sujetarse a los reducidos tiempos y plazos que conlleva la etapa de averiguación de un delito, cuando existe un detenido. Por tanto, el Ministerio Público y el juzgador deberán auxiliar al presunto responsable y al que legalmente patrocine sus intereses, para hacer comparecer, a la brevedad, a las personas cuyo testimonio soliciten, siempre claro está, que se encuentren radicados o domiciliados en el lugar de la indagatoria o del proceso.

f. Fracción VI.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"VI.- Será juzgado en audiencia pública por un Juez o Jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiera el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un Jurado los delitos cometidos por medio de la prensa, contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación".

El primer aspecto que se advierte de esta garantía es que el procesado sea juzgado en audiencia pública, lo cual significa que se destierra la vieja y abominable práctica de los juicios secretos, a escondidas, de tal manera que en las audiencias que se ventilen para el desahogo de pruebas, tendrán libre acceso todas las personas que quieran estar presentes, sin más limitación de no obstruir la normal actuación del personal del Juzgado, la del de los auxiliares de la Administración de Justicia (defensores y peritos), así como la del Ministerio Público y las restantes personas que intervengan como ofendidos o testigos.

El artículo 59 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece una limitante respecto a la publicidad de las audiencias, en el sentido de que "tendrán lugar a puerta cerrada en los casos en que se trate de un delito contra la moral, o cuando en el proceso sea ésta atacada, sin que puedan entrar al lugar en donde se celebre más que las personas que intervengan oficialmente en ella". Tal disposición nos parece adecuada porque en determinadas clases de delitos, particularmente los de carácter sexual, resulta que el ofendido está expuesto al dicho, morbo y publicidad de las personas ajenas, que quisieran presenciar la audiencia, no obstante la penosa y traumática situación de haber sido víctima de un delito de esas características y ser requerida para que intervenga, generalmente en un largo proceso.

Asimismo, nos parece desacertado que en el párrafo tercero del artículo 59 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se determine que "las audiencias se llevarán a cabo, concurran o no las partes salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas. En la diligencia de declaración preparatoria comparecerán el inculpado asistido de su defensor y en su caso, la persona de su confianza que el inculpado pueda designar, sin que esto último implique exigencia procesal".

Decimos que es censurable el contenido del anterior párrafo porque se deja en estado de indefensión al procesado, ya que la audiencia puede llevarse a cabo sin asistencia de su defensor, o incluso de aquél y de éste, situación que se asimilaría a un juicio penal en rebeldía, cuestión aberrante atentos a los principios que inspiran el proceso penal.

Los órganos que juzgarán al procesado solamente pueden serlo: un Juez Técnico, o un Jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito. Afortunadamente se han relegado a segundo plano los juicios por jurado, limitándose su intervención a los delitos cometidos por medio de la prensa, contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación. Mucho se ha criticado la actuación del jurado de ciudadanos, básicamente porque al no ser técnicos en la materia de Derecho Penal, se limitan a juzgar en conciencia, esto es, de acuerdo con la disposición de ánimo a que estén sujetos, que puede ser aprovechada eficazmente por el abogado defensor o el Agente del Ministerio Público, según su mayor o menor sagacidad, capacidad oratoria y retórica, y llegarse al grado de que sean contrarios a los hechos los fallos que se dicten, quedando las más de las veces en libertad un delincuente y en prisión un inocente.

g. Fracción VII.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"VII.- Le serán facilitados todos los datos que soliciten para su defensa y que consten en el proceso".

La garantía señalada de conformidad con lo dispuesto por el párrafo penúltimo del artículo 20 constitucional, también debe observarse ante el Ministerio Público. Por tanto, en la etapa de averiguación previa, los datos que obran en el acta que se forme con ese fin, deberán serle facilitados al indiciado, traduciéndose esto en que se le expidan fotocopias de las actuaciones ejecutadas, si así lo solicita; lo mismo sucedería cuando ante el juez de la causa se estuviere ventilando un proceso. Todo ello en aras de que pueda hacerse valedera la garantía de la audiencia, que se traduce en un derecho de defensa, donde el gobernado puede impugnar los actos de autoridad a través de los recursos que la misma ley prevé, lo que trasciende a que pueda ofrecer

pruebas, que se le admitan, se desahoguen y valoren, tanto por el Ministerio Público como por el juez de instrucción.

Suele suceder en los juzgados penales que el Ministerio Público tenga, libre acceso a los autos que conforman el expediente de una determinada causa, que pueda incluso llevárselo físicamente a su oficina, lo cual no sucede tratándose del defensor particular, puesto que siendo de oficio, rigen las mismas reglas que para el Ministerio Público. Lo anterior resulta obvio si se estima que el expediente que conforma las constancias de autos es un documento oficial y por ello, con las limitaciones del caso, debe preservarse, pues incluso hay ocasiones en que determinados documentos que corren agregados a los autos, y que pueden constituir una prueba fundamental para el conocimiento de la verdad histórica, pudieran ser destruidos o sustraídos, por el defensor del indiciado o por este último.

h. Fracción VIII.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"VIII.-Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa."

Suele atribuirse a los juzgadores la lentitud exasperante de la justicia, que arroja las terribles cifras de los "presos sin condena", esto es, el nutrido contingente de los reclusos en prisión preventiva, cuyo número supera largamente, a veces, al de los condenados a pena de prisión.

Hay mucho de cierto en ese señalamiento, sin duda, pero también es necesario reparar en la parte que corresponde aquí a los propios asesores de los inculpados, y aun a estos mismos, cuya conducta procesal desemboca en obstáculos y demoras que a menudo carecen de sustento en la alegada necesidad de mejorar la posición de defensa del inculpado, a través de promociones frecuentes y numerosas. Por ello, es preciso extraer de la ley todas las posibilidades de celeridad en la justicia, sin prescindir, por supuesto, de las formas del debido proceso legal ni culminar en soluciones injustas y precipitadas.

La jurisprudencia y la doctrina han admitido, generalmente, que esos plazos corren desde el momento en que se dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso -como **dies a quo**- hasta aquel en que se falla en primera instancia -como **dies ad quem**- y no abarca, así, ni la segunda instancia ni el juicio de amparo directo, en su caso, que por supuesto también operan para la seguridad jurídica del inculpado -cuestión que campea en las preocupaciones constitucionales y legales en materia de plazos- y suelen ocupar algún tiempo, que debe sumarse, para efectos jurídicos y prácticos, al consumido en primera instancia.

Procede recordar, igualmente, que la jurisprudencia federal resolvió plenamente un problema importante en este ámbito, a saber, la posible colisión entre la garantía de plazo, estipulada por la fracción VII que venimos examinando, y la garantía de defensa, que se manifiesta en la posibilidad que en no pocos casos exige más tiempo del autorizado por la Constitución para concluir el juicio. La jurisprudencia determinó, acertadamente, que prevalece la garantía de defensa, con mayor rango que la de plazo. Interesa al inculpado, ciertamente, ser juzgado en poco tiempo -para resolver la incertidumbre jurídica en la que se halla-, pero le importa más que se le permita agotar sus medios de defensa, en aras de obtener una sentencia absolutoria, si puede, o menos grave de la que recibiría si no tuviese oportunidad de acreditar, por el apremio de los plazos, lo que a su derecho conviene.⁴⁰ Consecuentemente, no incurre en responsabilidad el juzgador que culmina un proceso y dicta la sentencia definitiva después de los plazos señalados por la Carta Magna, si ello se debe al respeto de la garantía de defensa, y es que se privilegia esta garantía respecto a la rapidez del proceso.

i. Fracción IX.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución, y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera".

Las leyes secundarias, Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal y Código Federal de Procedimientos Penales, reglamentan esta garantía precisando en artículos expresos que "tanto durante el procedimiento de averiguación previa ante el Ministerio Público como desde el momento que está vinculado al proceso el indiciado con el jugador, se le hagan saber todos y cada uno de los derechos que a su favor consigna la Constitución" Al respecto los artículos 269 y 290 párrafo final, del Código Distrital y los 128 y 154 párrafo final del Federal de Procedimientos Penales, enumeran las garantías, de forma ejemplificativa, que deberán hacerse saber al indiciado en la etapa de averiguación previa y al tomársele la declaración preparatoria.⁴¹

⁴⁰ - Cfr. García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. I.a. el pag. 91-92 El Porrúa. México 1994.

⁴¹ - Artículo 269.- Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma: I Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido; II Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante; III Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichos

La Constitución establece que el indiciado o procesado podrá defenderse por sí, por abogado o por persona de su confianza. Tal parece que está prevista de forma alternativa la intervención del abogado o persona de confianza; sin embargo, creemos que si el indiciado o procesado decide defenderse por sí, e incluso si se trata de un experto en la materia, debe obligadamente el Ministerio Público o el juzgador nombrarle un abogado, esto es, una persona con título de Licenciado en Derecho, ya que resulta obvio que en la hipótesis de que estuviera incomunicado se le dificultaría allegarse las probanzas que pudiera requerir, verbigracia entrevistarse con testigos, recabar un documento que estuviera en manos de particulares o en alguna institución gubernamental. Lo mismo sucedería para el caso de que el indiciado o procesado nombrara exclusivamente, para que lo defienda, a una persona de su confianza, cuando ésta no sea abogado, esto es, Licenciado en Derecho. Al efecto tenemos que la Ley General de Profesiones, que por cierto no ha sido modificada, establece que la persona que se haga cargo de una defensa debe tener título de Licenciado en Derecho, sin que ello implique obstáculo alguno para que también junto con éste, ejecute actos de defensa quien con el carácter de persona de confianza del presunto responsable intervenga en un procedimiento penal.

La negativa del inculpado para nombrar defensor, se convierte en obligación para el Ministerio Público o el juzgador de asignarle un perito en Derecho, el cual recibe el nombre de Defensor de Oficio. Este es remunerado por el Estado, y su gestión no representa cargo o costo alguno para el indiciado o sus familiares. En caso de que el encausado nombrara defensor, este deberá comparecer en todos los actos de la averiguación previa o del proceso, con la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Esta última obligación trasciende tratándose del defensor de oficio, ya que su desempeño siempre será en la agencia del Ministerio Público respectiva o en el local del juzgado a que esté adscrito.

derechos, son: a) No declarar si así lo desea; b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio; c) Ser asistido por su defensor cuando declare; d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa; f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código. Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y IV Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda. De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa. En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención. Artículo 290, párrafo final.- "Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso". Por lo que respecta a los artículos 128 y 154 párrafo final del Código Federal de Procedimientos Penales, idénticamente señalan lo mismo que los anteriores.

j. Fracción X.

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías":

"X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo".

El artículo 18 constitucional nos da a entender "que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva", de tal manera que exclusivamente en estos casos podrá ser privado de su libertad el indiciado. El artículo citado no fue modificado y sigue conteniendo la expresión "pena corporal", que de acuerdo con la interpretación tradicional, envuelve a la pena privativa de libertad y a la pena de muerte.

Ahora bien, en ninguna caso y por ningún motivo podrá prolongarse la prisión o detención de un procesado por falta de pago de honorarios, por ello, suponiendo que el tiempo que estuviera privado preventivamente de su libertad fuera equivalente o excediera al que como pena máxima se le pudiera imponer por el delito que se le impute, necesariamente el juzgador o el director del Reclusorio Preventivo donde se halle interno, tendrían la obligación de dejarlo en inmediata libertad, no obstante que se alegara por parte de defensores, ofendidos o del propio Ministerio Público, la falta de pago de honorarios, de la reparación del daño, de la multa que pudiera imponérsele de resultar con sentencia condenatoria, o bien, la falta de culminación del proceso. Algo similar acontecería, tratándose de un condenado por sentencia ejecutoria, cuando hubiere compurgando la pena privativa de libertad que se le impusiera, no obstante reiteramos, la falta de pago de las multas, de la reparación del daño, o de los honorarios de sus defensores.

La Constitución en esta fracción que comentamos del artículo 20 es clara, cuando expone que toda responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito no podrá restringir o limitar la libertad personal de un individuo. Consecuentemente, incurrirán en delito quienes mantengan privado de su libertad a un procesado o condenado en los supuestos que hemos mencionado líneas arriba. Al efecto es aplicable el contenido del párrafo segundo de la fracción X del numeral en cuestión, que establece que "tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso".

Al tiempo de la prisión preventiva según lo establece el párrafo tercero de la fracción X del artículo 20 constitucional "se computará el de la pena de prisión que se imponga", lo cual significa que deberá descontarse de la pena de prisión asignada en sentencia, el correspondiente al que dure la prisión preventiva; esta tarea se

encomienda básicamente a la autoridad ejecutora, quien deberá hacer el cómputo correspondiente.

Los párrafos penúltimo y último de la fracción X del artículo 20 constitucional establecen lo siguiente:

"Las garantías previstas en las fracciones V, VII, IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna".

"En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes".

¿Qué requisitos y límites puede introducir al respecto, razonablemente, la ley secundaria, si ya la fracción V alude al tiempo que "la ley estime necesario" y reduce el auxilio al caso de comparecencia de testigos que se hallan en el lugar en que se sigue el proceso, que en la especie es el lugar de la averiguación previa?

El único límite razonable en este punto será el que imponga el tiempo muy reducido que la Constitución otorga al Ministerio Público para ejercitar la acción penal en contra de un detenido o ponerlo en libertad.

La fracción VII, también acerca de la prueba, previene que "le serán facilitados (al inculcado) todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso". ¿Cuáles podrían ser aquí los requisitos y límites que la ley establezca? Puesto que se trata, en rigor, de acceso al expediente, aquéllos tendrían que ver con restricciones para conceder al inculcado y a su defensor ese acceso, lo que les evitaría tener el panorama completo de la averiguación previa y los obligaría a aguardar hasta el momento en que se radique la causa y quede el expediente en el tribunal a disposición de las partes, lo cual no ocurre, por lo demás, antes de que se libre y cumpla la orden de captura, en su caso. En suma, la posibilidad implícita en esa cautelosa redacción del artículo 20 es que se impida al indiciado, de plano, el acceso al expediente, o sólo se le muestren algunas constancias, pero no todas; habría constancias o "datos" de carácter secreto o reservado inclusive ente el inculcado mismo.

El penúltimo párrafo del artículo 20 concluye diciendo que "lo previsto en la fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna". Esto quiere decir -se supone- que las facultades establecidas ahí se reconocerán al indiciado sin más requerimientos por parte de la ley secundaria, y que sólo se tomarán en cuenta las condiciones o elementos restrictivos que estipulan las propias fracciones constitucionales invocadas.

Si es válido el entendimiento de que esos derechos sólo quedan condicionados, restringidos o perfilados por la propia Constitución, pero no por nuevas normas secundarias que vengan a estipular mayores requisitos o límites, se arriba necesariamente a la conclusión, por lo que toca a la libertad provisional del indiciado, de que éste tiene derecho a exigirla del Ministerio Público, y este tiene, a su vez, el deber funcional de concederla, en los casos de averiguación de cualesquiera delitos, con la única salvedad de aquéllos en que se prohíbe al tribunal conceder la libertad. Será el Ministerio Público quien fije la naturaleza y cuantía de la caución, con las siguientes reglas: que sean "asequibles para el inculpado" y que "se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado".

Si para el juez resulta difícil precisar el monto de la garantía tomando en cuenta esas condiciones, que no siempre se hallan suficientemente acreditadas al momento de solicitarse y acordarse la libertad, más difícil será para el Ministerio Público, que se encuentra en una etapa menos avanzada que el juzgador en la prueba de los extremos de la conducta delictuosa y sus consecuencias patrimoniales. Empero, puesto que el Ministerio Público debe respetar una garantía constitucional, ha de esforzarse en fijar razonablemente la garantía -que debe tener sustento adecuado, para no ser arbitraria o inmotivada- con los muchos o pocos elementos de juicio de que pueda disponer.

Al igual que el juzgador, el Ministerio Público debe hallar en la ley las circunstancias que le permitan -faculten, no obliguen, si nos atenemos al texto del precepto- a disminuir el monto de la caución inicial

Por último, el Ministerio Público puede -no debe, también en atención a los términos precisos de la ley- revocar la libertad provisional concedida cuando el indiciado incumple gravemente las obligaciones inherentes a la libertad precaria y derivadas, a su cargo, del proceso.

En virtud del expreso mandamiento del penúltimo párrafo del artículo 20, reformado y adicionado, el indiciado también tiene ante el Ministerio Público, sin nuevas condiciones legales, los derechos que la fracción II de ese precepto reconoce al procesado ante el tribunal. Así, puede invocar el derecho al silencio, queda a cubierto de incomunicación, intimidación o tortura, y la confesión que rinda, de ser el caso, sólo tendrá valor probatorio -será admisible en el procedimiento de averiguación, y luego en el proceso judicial- si se presta precisamente ante el agente del Ministerio Público -nunca sólo ante los agentes de la Policía Judicial- y se halla presente, en este acto, el defensor del inculpado.

En tal virtud, no podrá haber confesión -procesalmente válida, se entiende- sino hasta que concurra el defensor, lo cual implica, entre otros actos naturalmente preparatorios de éste, la comunicación entre el indiciado y dicho defensor, y la

constitución del defensor en el procedimiento, con formalidad en la designación, identificación y asunción del cargo. El defensor de que se trata queda presidido por la norma de la fracción IX: abogado o persona de la confianza del inculcado.

Vale hacer notar que el derecho al silencio y la proscripción de la tortura son garantías que tampoco en el caso de los indiciados en averiguación previa se hallan sujetas a condición alguna.

M. Derechos de la víctima o el ofendido.⁴²

Dice el precepto que se trata de "la víctima o el ofendido". Si estas voces no tienen el mismo alcance, tampoco sería posible que tanto el ofendido -concepto más estrecho o riguroso- como la víctima -noción más amplia- tuviesen exactamente todos y cada uno de los derechos que se enuncian en ese párrafo. Si se entiende que son expresiones sinónimas, equivalentes, no tiene caso recoger ambas en la Constitución; probablemente bastaría con hablar de ofendido, que es, con la mayor probabilidad, el sujeto al que se refiere esta disposición.

El ofendido es el titular del bien jurídico que el infractor afecta. A este sujeto, entonces, se conceden derechos públicos subjetivos, facultades para exigir del Estado ciertas acciones o prestaciones. Son estos, sin duda, los derechos a asesoría jurídica y atención médica. Por otra parte, la Constitución compromete al legislador a crear en la ley secundaria instituciones que permitan la reparación del daño causado al ofendido y la coadyuvancia de éste con el Ministerio Público.

La calidad de ofendido provendrá de los primeros datos que arroje la averiguación, en la medida en que no se vean rectificadas o contradichos por las constancias que luego figuren en el expediente. Exigir otra cosa -mayor precisión en la titularidad del bien jurídico vulnerado por el delito- equivaldría a negar o regatear un derecho cuyo ejercicio puede ser apremiante. Se desatendería la intención manifiesta del legislador constitucional.

Se ha querido -y en esto radica uno de los aciertos más notables de la reforma- colocar al menos en igualdad de condiciones al infractor y al ofendido por lo que respecta al derecho a recibir asistencia jurídica. Vale decir que últimamente se han desarrollado medios para facilitar a los ciudadanos el acceso a la asistencia legal. Este dato, recogido en el Derecho comparado, constituye una suerte de núcleo de la "seguridad en materia jurídica".

⁴². En este punto seguimos de manera particular lo expuesto por García Ramírez en su obra "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", 1ª ed., págs. 116 a 126. Ed. Porrúa, S.A. México, 1994.

No parece equitativo que el Estado asista gratuitamente al infractor y no haga lo mismo en todos los casos con respecto al ofendido, salvo cuando éste prefiera -como sucede con el propio inculpado- atenerse a una asesoría particular.

Por otra parte, también se estima equitativo que la asesoría al ofendido se brinde tanto en sede penal como en sede civil, cuando aquello deviene impracticable y resulta necesario acudir a la segunda, en los términos del tercer párrafo del artículo 34 del Código Penal, sin embargo, en este último caso será por lo menos discutible la existencia de un "ofendido" por "delito", si en la averiguación o en el proceso penal se determinó que no hay delito que perseguir o no existe responsabilidad penal a cargo del inculpado, aunque pudiese haber un ilícito civil y un consecuente deber de esta naturaleza.

Habla el precepto constitucional de "asesoría jurídica". Se trata, entonces, de una asistencia legal limitada: consejo, orientación, opinión, pero no necesariamente representación en el juicio, constitución formal en éste, como lo hace, en cambio, el defensor particular o de oficio. En tal virtud, la "defensa" del ofendido es más reducida que la provista para el infractor.

Puesto que el derecho a la reparación existe frente a quien debe reparar, que es el infractor o, eventualmente, su corresponsable civil, el Estado satisface la garantía que impone el artículo 20 mediante la creación de normas e instituciones destinadas a asegurar, en la medida de lo posible, el resarcimiento del daño y el perjuicio privados.

En este punto se actualiza también la garantía sobre coadyuvancia del ofendido con el Ministerio Público, puesto que se trata -o así se ha tratado, en los términos del Derecho procesal secundario- de una coadyuvancia encauzada a obtener la reparación de daños y perjuicios. La reforma no parece especialmente necesaria en este punto, porque la coadyuvancia ha sido ampliamente aceptada de tiempo atrás en la legislación secundaria.

La coadyuvancia del ofendido se concreta en la posibilidad de allegar elementos probatorios sobre su derecho vulnerado, a fin de que el juzgador los considere al tiempo de dictar sentencia. Esta posibilidad se ha extendido: no sólo se allegan esos elementos a través del Ministerio Público, sino también es posible hacerlo directamente al juzgador, y también puede el ofendido alegar en lo que toca este punto. Asimismo, se le concede legitimación para recurrir la sentencia por lo que hace al resarcimiento.

Aquí se introduce el ofendido, insensiblemente, en el debate de fondo. En efecto, para acreditar su derecho, así como la entidad de la reparación que se le debe, necesariamente ha de referirse a los elementos constitutivos del delito y a la responsabilidad del inculpado. Aquél, el delito, la conducta ilícita, es la fuente de la

obligación que se atribuye al inculpado y del derecho que esgrime el ofendido; y lo segundo, la responsabilidad del imputado -entendida como nexo entre la conducta de éste y el resultado típico producido- es la referencia para exigir precisamente de cierta persona el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Resulta imposible, pues, deslindar con rigor hasta donde puede ir el inculpado en el manejo procesal de sus pretensiones. Debe ir hasta donde sea necesario para justificar su derecho, porque la ley lo autoriza, y esto apareja, afirmaciones, pruebas y alegatos acerca del delito y la responsabilidad penal del procesado.

Bien está que el nuevo texto constitucional garantice al ofendido "atención médica de urgencia cuando lo requiera" Esta obligación pública deriva tanto de las disposiciones a propósito de derecho a la salud -que también tienen raíz constitucional: artículo 4o., tercer párrafo, de la Ley Suprema-, como de las disposiciones características del enjuiciamiento penal, acerca de la atención de heridos y enfermos. Se debió otorgar al ofendido derecho a recibir la más amplia atención médica, no apenas la de urgencia.

No parecía necesario, y ni siquiera pertinente, colocar esta norma en el artículo 20 Constitucional, puesto que solo se trata de una proyección de la salud que estatuye, el tercer párrafo del artículo 4º. Si se trataba de subrayar una especie o circunstancia de esta protección, queriendo tomar en cuenta las alteraciones de la salud que tienen como origen -directo o indirecto, inmediato o mediato- un hecho delictuoso, entonces hubiera sido necesario aludir también a la atención médica del inculpado. En este aspecto no es posible hacer distinciones incluyendo a uno y excluyendo a otro, pues los sujetos de que se trata reciben el servicio médico público a título de individuos -como dice el artículo 2º de la Constitución-, no de víctimas de hechos ilícitos.

N. Artículo 21.

El artículo 21 establece que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en una multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".

"Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día."

"Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso".

"Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley".

"La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez"

"La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública".

Este artículo posee precedentes a partir de la Constitución de Cádiz, la cual estuvo vigente en nuestro país en algunos periodos anteriores a la independencia. Su artículo 172, fracción undécima prohibió categóricamente al rey, es decir, al ejecutivo, "privar a ningún individuo de su libertad ni ponerle por sí pena alguna", y por su parte, el diverso artículo 242 dispuso que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenecía exclusivamente a los tribunales".

Varios preceptos de las constituciones posteriores consignaron disposiciones similares en cuanto a la prohibición al ejecutivo, y en especial, al Presidente de la República para imponer penas, las que se consideraban exclusivamente competencia de los tribunales, a través del proceso correspondiente. En este sentido pueden mencionarse, entre otros, los artículos 112, fracción II de la Constitución Federal de 1824; 45, fracción II, de la Cuarta de las Leyes Constitucionales promulgadas el 29 de diciembre de 1836, 9º fracción VIII, de las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843; y 58 del Estatuto Orgánico Provisional de 15 de mayo de 1856.

Por lo que se refiere a la autoridad administrativa, su facultad para imponer sanciones, se restringió especialmente a las de tipo económico y a los arrestos, cuya reglamentación puede mencionarse en los artículos 83, fracción XI, de las Bases Orgánicas de 1843, en el cual se faculta al Presidente de la República para imponer multas hasta de quinientos pesos, y 58, y 117, fracción XXIX, del Estatuto Provisional de 1856, sobre las sanciones pecuniarias y arrestos de acuerdo con las leyes de la policía y bandos de buen gobierno.

El antecedente inmediato del artículo 21 constitucional vigente es el precepto del mismo número de la Carta Federal de 5 de febrero de 1857, según el cual:

"La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podría imponer, como corrección, hasta quinientos pesos de multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley".

El citado artículo 21 constitucional en vigor, tal como fue reformado por decreto publicado el 3 de febrero de 1983, comprende tres disposiciones diversas:

1º. En primer término la declaración de que la imposición de las penas es exclusiva de la autoridad judicial;

2º. La persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial, y

3º. Las facultades de las autoridades administrativas para imponer sanciones a los infractores de los reglamentos gubernativos y de policía.

1º. Imposición de las penas por la autoridad judicial. Este mandamiento tiene su origen en la Constitución de Cádiz, según se expresó anteriormente, y es una consecuencia del principio de la división de poderes. El precepto vigente está relacionado con los artículos 13, 14 y 16 de la carta federal en vigor, en cuanto la atribución exclusiva de los tribunales tanto penales como militares, en sus respectivas esferas de competencia, para imponer las penas estimadas en sentido estricto, a los que se consideren culpables de una conducta delictuosa; sólo puede efectuarse a través de una sentencia condenatoria fundada y motivada con un proceso en el cual se respeten el derecho de defensa y las formalidades esenciales del procedimiento.

2º. La persecución de los delitos por parte del Ministerio Público y la policía judicial. Este es el aspecto de mayor trascendencia del artículo 21 constitucional, puesto que fue introducido por el Constituyente de Querétaro después de un extenso debate y mereció una explicación muy amplia en la exposición de motivos del proyecto presentado por don Venustiano Carranza.

En efecto, en la citada exposición de motivos se insistió en la necesidad de otorgarle autonomía al Ministerio Público el que, de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas, en el proceso penal, puesto que la función de policía judicial no existía como organismo independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados.

Los debates del Congreso Constituyente durante los días 2 a 13 de enero de 1917, se centraron en las funciones persecutorias del Ministerio Público, y en la creación de la policía judicial como organismo de investigación bajo el mando

inmediato del primero, tomándose como modelo, según la extensa explicación de José Natividad Macías el 5 de enero de 1917, a la organización del Ministerio Público Federal (**Attorney General**) de los Estados Unidos, y a la policía bajo su mando directo, por lo que el objetivo del precepto constitucional consistía en otorgar una verdadera participación al Ministerio Público en la investigación de los delitos y en el ejercicio de la acción penal, para evitar los abusos de los jueces porfirianos, constituidos en acusadores al ejercer funciones de policía judicial, como se denunciaba en la exposición de motivos.

La citada disposición del artículo 21 constitucional ha dado lugar a un debate que todavía no termina sobre si el Ministerio Público posee o no la exclusividad no sólo en la investigación de las conductas delictuosas en el periodo calificado como averiguación previa, sino también en el ejercicio de la acción penal, que se ha calificado como verdadero monopolio.

Se ha impuesto en la legislación y en la jurisprudencia, la interpretación que considera al propio Ministerio Público como el único autorizado para ejercer la acción penal y la función acusatoria durante el proceso penal, de tal manera que los Códigos Procesales Penales, tanto el Federal como los de las entidades federativas, no reconocen la calidad de parte, ni siquiera con carácter subsidiario, a la víctima del delito.

Si bien un sector de la doctrina (Teófilo Olea y Leiva y Juventino V. Castro, ente otros) estima inconveniente esta interpretación radical del citado artículo 21 constitucional, la mayor parte de los tratadistas sostiene que es conveniente el monopolio del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. A su vez, la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia ha establecido el criterio de que, contra las determinaciones del Ministerio Público cuando decide no ejercitar la acción penal, desiste de la misma o formula conclusiones no acusatorias, no pueden impugnarse a través del juicio de amparo, en virtud de que el propio Ministerio Público sólo puede considerarse como autoridad en sus actividades de investigación, pero se transforma en parte cuando comparece en el proceso penal. Además, de aceptarse lo contrario, se otorgaría al particular afectado la posibilidad de participar en el manejo de la acción pública (tesis 198, pág. 408, Apéndice publicado en 1975, Primera Sala). Este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, necesariamente caerá en desuso cuando se reglamente lo relativo a la adición al artículo 21 constitucional, llevada a cabo por el artículo único del Decreto de 30 de diciembre de 1993 publicado en el Diario Oficial de 31 del mismo mes y año, y en vigor al día siguiente.

Consecuentemente, la única posibilidad de combatir los actos del Ministerio Público en averiguación previa es a través de un control interno administrativo que regulan las leyes orgánicas respectivas.

El aspecto en el cual no existe un criterio preciso en la jurisprudencia de los tribunales federales, y que también con la adición señalada variará radicalmente, es el que se refiere a si el desistimiento de la acción penal o las conclusiones no acusatorias vinculan al juzgador, porque en algunas resoluciones se ha estimado que aun en el supuesto de que estas actuaciones sean autorizadas por el procurador respectivo, como jefe del Ministerio Público, el juez de la causa no está obligado por ellas, en virtud de que es facultad exclusiva de la autoridad judicial fallar de acuerdo con las constancias procesales, lo que nos parece un criterio acertado.

Sin embargo, ha predominado la interpretación que considera al desistimiento de la acción penal y a las conclusiones no acusatorias, autorizadas por el procurador respectivo, como obligatorias para el juzgador, quien debe decretar el sobreseimiento definitivo del proceso, con efectos equivalentes a la absolución del procesado. Este principio en la práctica, ha producido el fenómeno contrario a la extralimitación de los jueces, es decir, la hipertrofia del Ministerio Público.

Finalmente, debe tomarse en consideración que es incorrecta la denominación que se confiere a la policía que se encuentra bajo las órdenes del Ministerio Público, la que se debe atender a estimarlo como un cuerpo de investigadores, pues el calificativo de judicial proviene del sistema francés, en el cual se justifica porque se encuentra bajo las órdenes del juez de instrucción y no del departamento social.

3. Imposición de sanciones por la autoridad administrativa. El tercer precepto contenido por el artículo 21 constitucional también fue objeto de debates en el Constituyente de Querétaro, debido a la experiencia de la aplicación del precepto del mismo número de la Carta de 1857, que provocó muchos abusos, especialmente en perjuicio de los sectores más desprotegidos, debido a que dicho precepto sólo fijaba los límites máximos de las sanciones hasta quinientos pesos de multa y un mes de arresto, y dejaba a las leyes secundarias precisar sus alcances.

El texto original del citado artículo 21, tal como fue aprobado por el Constituyente de Querétaro, restringió las acciones administrativas, que consistían en multa y arresto hasta de treinta y seis horas. En el supuesto de que no se cubriera la multa, esta se podría conmutar por arresto hasta de 15 días, pero esta última disposición fue interpretada por la jurisprudencia como un derecho de opción del afectado, por lo que debe considerarse inconstitucional la imposición inmediata del arresto, sin dejar al agraviado la posibilidad de elegir entre la pena corporal o la pecuniaria (Tesis 418, pág. 694, Apéndice publicado en 1975, Segunda Sala).

Además se estableció que si el infractor fuese jornalero u obrero, no podría ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo de una semana.

El propósito esencial de la reforma constitucional publicada en febrero de 1983, fue precisar las facultades de las autoridades administrativas en la imposición de sanciones, pues como se afirma en la exposición de motivos:

"Si bien el propósito del Constituyente fue brindar al infractor de escasos recursos la posibilidad de optar por el arresto en lugar de cubrir la multa que se le impusiere, para así proteger su patrimonio, la realidad socioeconómica del país llevó a que el cumplimiento del arresto impidiera la obtención del salario o jornal..." En tal virtud, el nuevo texto limita la posibilidad del arresto opcional a treinta y seis horas, y además reduce la multa del infractor cuando sea jornalero, obrero o trabajador, al importe de su jornal o salario de un día, y tratándose de trabajadores no asalariados, a un día de su ingreso.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es muy clara en el sentido de que la autoridad administrativa sólo puede imponer sanciones a los infractores a través de un procedimiento que respete el derecho de defensa de los mismos y en virtud de una resolución debidamente fundada y motivada, de acuerdo con los lineamientos de los artículos 14 y 16 de la Constitución federal (tesis 419, página 195. Apéndice publicado en 1975, Segunda Sala).

Otra cuestión controvertida es la que se refiere a los reglamentos gubernativos y de policía mencionados por el propio artículo 21 de la Carta Federal y que se han calificado de autónomos, por no estar vinculados a un ordenamiento legislativo, por lo que su expedición corresponde al presidente de la República en el Distrito Federal, en los términos del artículo 89, fracción I, de la Constitución, y a los gobernadores de los Estados en sus respectivos ámbitos. Sin embargo lo anterior provocó una verdadera anarquía en la regulación de las normas que tradicionalmente se conocen como de "policía y buen gobierno".

Esta situación ha cambiado con motivo de la reforma constitucional al artículo 115 de la Carta Suprema, publicada el 3 de febrero de 1983, pues en su fracción II, se confirió a los ayuntamientos de acuerdo con las bases normativas que deberían establecer las legislaturas de los Estados, la facultad de expedir los bandos de policía y buen gobierno, así como los reglamentos circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

De acuerdo con este principio y a pesar de que en el Distrito Federal no existen Municipios, el Congreso de la Unión expidió una Ley sobre justicia en materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, que contienen los lineamientos de acuerdo con los cuales se deben expedir los reglamentos respectivos y

en los términos de las disposiciones que en esta materia contiene el artículo 21 constitucional para la imposición de sanciones de carácter administrativo.⁴³

El párrafo tercero del artículo en estudio apunta: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley".

Para el estudio del párrafo en cuestión habrá que considerar varios aspectos, como son: **a).**- Esclarecer la naturaleza jurídica de los actos del Ministerio Público durante la averiguación previa; **b).**- El tipo de determinaciones (resoluciones) que puede dictar durante el procedimiento de averiguación previa, **c).**- El medio de impugnación imperante antes de la reforma contra la decisión del no ejercicio de la acción penal (la llamada reconsideración administrativa), **d).**- El medio de impugnación que podría reglamentar la ley secundaria en atención a la reforma constitucional, contra el no ejercicio de la acción penal, y **e).**- En qué consiste el desistimiento de la acción (la reforma jurídica de 1983 al respecto), y su problemática con la actual modificación constitucional

a. Existe consenso en la doctrina, respecto de darle carácter formalmente administrativo a la función desarrollada por el Ministerio Público durante el procedimiento preliminar de investigación de un delito -en contraposición a la actividad jurisdiccional-; tan es así, que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial el 4 de Agosto de 1994, así como la nueva Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de 19 de diciembre de 1995 reconocen los actos del Ministerio Público como de tipo administrativo, aunque los excluye en el artículo 1o. de su regulación. Es decir, se trata de asignarle calidad de autoridad durante la indagatoria que lleva a cabo para acreditar los requisitos substanciales elementos del tipo penal (con la consiguiente comprobación del injusto) y la probable (culpabilidad) responsabilidad, y de esta manera ponerlo en aptitud de ejercitar la acción ante el juez penal; sin embargo, se le considera como "parte" cuando promueve la acción ante los tribunales penales. Este punto de vista que comentamos es admitido también en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sostiene que "el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso desde que ejercita la acción penal". No obstante lo anterior, nuestro parecer es en el sentido de que materialmente el Ministerio Público al llevar a cabo juicios de valoración de la prueba y determinar con base en ellos la existencia o no de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, del injusto penal, así como de la probable responsabilidad (culpabilidad) del imputado, desarrolla una función, desde el aspecto material, insistimos, jurisdiccional.

⁴³ - Véase Fix Zamudio, Héctor. En comentarios al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la colección popular de la ciudad de México, serie de textos jurídicos; por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; y por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. páginas 93-97 México, 1992.

b. La consideración anterior es importante porque si las determinaciones que puede dictar el Ministerio Público en averiguación previa son: **I.-** La promoción de la acción ante los tribunales penales; **II.-** La reserva, o, **III.-** El archivo; que obviamente estos dos últimos casos dan lugar al no ejercicio de la acción ante el juzgador, pudieran tales supuestos ser combatidos, por quien se guiara exclusivamente en atención a la naturaleza formalmente administrativa de los actos del Ministerio Público, ante un órgano jurisdiccional administrativo; sin embargo, tal postura extrema nos llevaría a aceptar que un juzgador no especializado en materia penal, se aplicará al estudio, sin conocimiento técnico jurídico reiteramos, de hechos de naturaleza penal, y pudiera tener por acreditados los requisitos esenciales: elementos del tipo, injusto y probable responsabilidad (culpabilidad), sin que en realidad ello aconteciera (error judicial), con la consecuencia de que ordenara (tácitamente) la promoción de la acción ante el órgano **jurisdiccional** competente para conocer del fondo de la litis. Decimos que esta autoridad -nuestra Constitución habla de jurisdiccional-, que pudiera ser la encargada del conocimiento del medio de impugnación contra la determinación del no ejercicio de la acción penal, sólo debe determinar fundada y motivadamente (artículo 16. párrafo primero, Constitucional) si se acreditan los extremos ya indicados -elementos del tipo, antijuridicidad y probable responsabilidad (presunta culpabilidad)-, puesto que de ordenar expresamente el ejercicio de la acción penal estaría invadiendo la esfera competencial del Ministerio Público.

c. El medio de impugnación que contemplan todavía nuestras leyes secundarias, dado que no se han reglamentado tales cuestiones por las leyes secundarias, es el denominado de "Oposición o Reconsideración Administrativa" que se orienta a dejar sin efecto la determinación del no ejercicio de la acción. Así la ley adjetiva penal federal lo prevé en el artículo 133 cuando establece que "en el caso de que se decida no ejercitar la acción penal, el que se considere ofendido puede ocurrir ante el procurador dentro de 15 días para que resuelva en definitiva si es o no de promoverse la acción penal". En el ámbito local se contiene una prevención semejante que se haya contenida en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

d. García Ramírez establece que "se han subrayado insistentemente los riesgos que aparece el no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, en cuanto que este podría, por benevolencia o mala fe, abstenerse de semejante ejercicio, no obstante estar reunidos los extremos pertinentes para ello (recuérdese al efecto el caso "Germán"), se han ideado sistemas diversos. En los términos del régimen Francés, si el Ministerio Público no actúa, el tribunal de apelación puede de oficio intervenir y ordenar a aquél que ejercite la acción penal, en cuanto al sistema de Alemania, quien se cree lesionado por la inactividad del Ministerio Público posee un doble recurso, a saber: jerárquico en primer lugar, ante el superior del funcionario

inerte, y jurisdiccional, en segundo lugar, dada la inercia de toda la institución. Bajo el sistema austriaco, en caso de inactividad o de abandono de la acción funciona la acción subsidiaria, depositada en el interesado particular. Finalmente, el régimen italiano es de control solamente interno, ejercitado por los mismos superiores jerárquicos del Ministerio Público".⁴⁴

e. Por nuestra parte, estimamos que el medio de impugnación, si se admite que vulnera garantías individuales a la víctima o al ofendido, que necesariamente debe instrumentarse contra el no ejercicio de la acción penal, lo constituye el Juicio de Amparo, habida cuenta de que no podría serlo un recurso, pues como enseña Guasp, el recurso es "una pretensión de reforma de una resolución ... dentro del mismo proceso en que dicha resolución ha sido dictada".⁴⁵ Y agrega Serrano Robles "que en el recurso se está en presencia, pues, del mismo conflicto, establecido respecto de las mismas partes y que debe ser fallado con base en la misma ley que debió regir la apreciación del inferior. En suma: se sigue dentro del proceso".⁴⁶ Nosotros coincidimos en que no se trataría de un recurso, sino de un medio de impugnación autónomo, de un juicio, si es que se tramita ante una autoridad jurisdiccional, la cual puede ser administrativa o una de jerarquía y especialidad idéntica a la que pudiera tener conocimiento posteriormente del proceso, basándonos, tratándose de este último caso, en la naturaleza estrictamente penal (no formal) de los hechos objeto de investigación, puesto que doctrinalmente no es admisible que hablemos jurídicamente de un recurso, toda vez que no implica prosecución o seguimiento de una acción ya iniciada o intentada en alguna instancia previa, esto es, no se establecería relación de continuidad entre las mismas partes, ni se estaría ante un mismo proceso en vía de impugnación, ello se debe, reiteramos, a la inexistencia de promoción de la acción procesal penal; además, en caso de que se diera tal conocimiento por estas autoridades (jueces penales), esta situación semejaría la tramitación de lo que civilmente se conoce como jurisdicción voluntaria o medios preparatorios a juicio, carente de obligatoriedad alguna, pues insistimos de vincular al Ministerio Público a promover la acción estaría invadiendo su esfera competencial delimitada constitucionalmente.

El medio de impugnación que nos parece más viable, sin desconocer la problemática que acarrearía, lo es el Juicio de Amparo, del cual conocería un juez de distrito en materia penal y no administrativa, en razón de tratarse de actos materialmente del orden penal. Ya la Ley Orgánica del Ministerio Público para el distrito y territorios federales, de 1919, establecía en su artículo 25, que "los agentes del Ministerio Público podrán desistirse de la acción penal que hubieren intentado cuando así lo resuelva el Procurador General oyendo a los agentes auxiliares". Asimismo el numeral 26 del citado ordenamiento, determinaba que "cuando un agente

⁴⁴ - Curso de Derecho Procesal Penal, 5a. ed., págs. 214-215 Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

⁴⁵ - Citado por Serrano Robles, en el libro Manual del Juicio de Amparo, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2a. ed., pág. 13. Editorial Themis. México, 1994.

⁴⁶ - Idem. Manual, pág. 13.

del Ministerio Público no presentare acusación por los hechos que un particular hubiere denunciado como delitos, el quejoso podrá ocurrir al Procurador General de Justicia, quien, oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe o no presentarse acusación. Contra esa resolución no cabe otro recurso que el extraordinario de **amparo** y responsabilidad".

Las consecuencias de admitir el señalado Juicio de Amparo, serían:

a'. Que el quejoso lo fuera el ofendido o la víctima, pudiendo interponerlo a través de su legítimo representante en el primer caso, ya se trate de personas físicas o colectivas;

b'. Que la autoridad responsable, lo sea precisamente el Ministerio Público;

c'. Que el tercero perjudicado, lo viniera a constituir el imputado;

d'. Que tuviera intervención el Ministerio Público Federal al ser también "parte" (artículo 5o. de la Ley de Amparo); y,

e'. Que el órgano de decisión, sea el Juez de Distrito en materia penal.

En efecto, dada la garantía de audiencia, el presunto responsable tendría que ser llamado a juicio, con la facultad de ofrecer pruebas, de que se desahoguen las mismas e incluso de interponer los medios de impugnación (revisión, queja y reclamación), igual facultad que ostentaría a nivel del proceso de garantías el Ministerio Público Federal, con lo cual pudiera presentarse la situación singular, de que en un caso de no ejercicio de la acción por la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público Federal figurará simultáneamente como autoridad responsable y "parte". Como se ha asentado anteriormente, la protección federal, atendiendo a la naturaleza del acto reclamado, es decir, de ser negativo (omisivo) y de concederse, se deberá circunscribir a obligar a la autoridad responsable a actuar, a que promueva la acción; sólo que con ello creemos que invadiría funciones competenciales reservadas constitucionalmente al Ministerio Público, ya que la autoridad federal directamente no podría consignar los hechos ante el juzgador competente, por lo cual pensamos que esa ejecutoria tendría que ser eminentemente declarativa, limitándose a amparar al quejoso, ya que de ordenar expresamente -como hemos dicho- el ejercicio de la acción penal, invadiría funciones competenciales del Ministerio Público. Más lo que se puede objetar a esta conclusión, en caso de que la autoridad responsable incurriera en incumplimiento, exceso y/o defecto, respecto a la ejecutoria de amparo, es que el quejoso (ofendido o víctima, o su representante legal), pudiera a su vez hacer valer el recurso de queja contra el exceso o defecto en el cumplimiento de la sentencia de amparo, o bien, de no acatarse, el agente del Ministerio Público pudiera

ser separado del cargo, y pasar a ser probable responsable del delito establecido en el artículo 208 de la Ley de Amparo.

Al ser tercero perjudicado el indiciado y consecuentemente tener la calidad de parte en el juicio de amparo, es claro que ante un fallo adverso a sus intereses podrá oponer los recursos previstos por la Ley de Amparo, retardando con ello en exceso la procuración y administración de justicia.

Si el Ministerio Público ejercita la acción penal (hecho del que tendrá conocimiento también el consignado, dada la calidad de parte que tuvo en el juicio de garantías), al no darse el supuesto de flagrancia ni de caso urgente, solicitará del juez penal competente que libre la orden de aprehensión, misma que difícilmente se podrá ejecutar, al tener noticia previsiblemente de ella el imputado, quien incluso puede impugnar esta medida a su vez por vía de amparo, retardando todavía insistimos, más la administración de justicia. Ahora bien, se hace "casi" obligatorio que el juez de la causa libre la orden de aprehensión, por la razón de que un precedente importante es que el juez de distrito que haya otorgado la protección de la justicia federal estableció la existencia de los elementos del tipo penal, del injusto y de la probable responsabilidad, y sería contradictorio, a primera vista, que un juzgador acredite tales supuestos y otro, el de la causa, no lo hiciere, sin que se desconozca que se presentan casos en que un juez de distrito gira una orden de aprehensión y otro juez de distrito otorga el amparo al quejoso.

La palabra desistimiento proviene del latín *desistere* que en términos genéricos se contrae al acto de abandono o renuncia que lleva a cabo el actor en un juicio, del derecho de demandar con posibilidades de éxito. Se considera como una autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso. El desistimiento de la acción extingue la relación jurídico procesal, porque quien la haya intentado la deja sin efecto legal.

De acuerdo con Ovalle Favela "la reforma (alude a la de 1983 al Código Federal de Procedimientos Penales) de los artículos 138 y 140 tuvo por objeto cambiar el nombre a la discutida y discutible institución del desistimiento de la acción penal, por el de "promoción del sobreseimiento y de la libertad absoluta del inculpado". Las hipótesis en las que procede esta promoción coinciden sustancialmente en las previstas en el propio artículo 138, antes de su modificación. Por su parte Díaz de León indica que "de atribuirse como poder o potestad del Ministerio Público, su autoridad de accionar en lo penal, con ello por error de esos tratadistas, ilegalmente lo convirtieron en titular del derecho de acción y, por lo mismo, ya en el proceso se le permitió disponer a su antojo de ese derecho, al extremo de que en el antiguo artículo 138 del Código Federal de Procedimientos Penales se le autorizó a desistirse de la acción penal. Independientemente de que el Ministerio Público Federal no es titular del derecho en sí de la acción penal y de que sólo la ejercita como deber, la Constitución Política del país en su artículo 102 jamás

le otorgó facultad ninguna ni tampoco al Procurador General de la República para desistirse, desde luego nunca a su perjuicio sino de la sociedad, de la acción penal, y esto por la sencilla razón de que no es, ni puede ser, titular de dicho derecho de acción en lo penal".

Vélez Mariconde, en relación con el sobreseimiento manifiesta que "es una declaración jurisdiccional que cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta", particularmente cuando estamos ante un desistimiento sobre la extinción de la pretensión penal.

Si el carácter asignado al Ministerio Público, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es el de ser parte durante el proceso penal, no procedería, en caso de desistimiento, el juicio de amparo, ya que recordemos que éste es un medio de control de la legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridad que afectan derechos públicos subjetivos del gobernado, consagrados en nuestra Carta Magna.

Si admitiéramos que el recurso a intentar en el supuesto que analizamos (desistimiento), es el de apelación ante el tribunal de alzada, convendríamos en que sería un recurso *sui generis*, puesto que lo que se impugnaría no es una determinación del órgano de decisión (del juez de la causa), sino un acto unilateral de una de las partes, por ejemplo cuando se formulan conclusiones no acusatorias, las cuales son ratificadas por el Procurador; pues para el caso de que **encubiertamente** se desistiera, verbigracia promoviendo el sobreseimiento del proceso, toda vez que en este supuesto se tiene que presentar un acto del juzgador, decretando precisamente el sobreseimiento, es indudable en esta hipótesis la procedencia de la apelación, porque el auto implicaría dejar en libertad al encausado; luego, dicho recurso ya se encuentra previsto en el Código de Procedimientos Penales para el D.F. (artículo 318, **cuando el auto conceda la libertad**) y en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 367 fracción II).

La acción jurisdiccional otorgada en el caso de que el Ministerio Público materialmente promoviera el desistimiento de la acción (aunque formalmente se hable de sobreseimiento) o formulara conclusiones inacusatorias ratificadas por el procurador o sus auxiliares, tendrá que ser combatida ante una autoridad diversa al juez de la causa, que bien pudiera asimilarse a la apelación ante el tribunal de alzada, teniendo que aclarar la situación de quiénes son los legitimados para recurrir la señalada determinación del Ministerio Público, puesto que al defensor (particular o de oficio) y al procesado le favorecen y no pudieran ser éstos, tampoco el Ministerio Público, ya que de él emana el acto impugnado; en todo caso lo serían el ofendido o la víctima o sus legítimos representantes y en ausencia de éstos habría que implementar un defensor de oficio de los derechos de las víctimas o del ofendido.

O. Artículo 22.

El artículo 22 preceptúa que "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

"No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109".

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

Nos señala Rodríguez y Rodríguez⁴⁷ que este precepto contempla la humanización de las penas, tratos, castigos otrora bárbaros, crueles y trascendentes, proscribiendo, específicamente la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, así como otras penas inusitadas y trascendentales.

Por lo que se refiere a la posibilidad de imponer la pena de muerte a alguno de los sujetos que resulten penalmente responsables de los delitos a que alude el párrafo tercero del numeral que se comenta, debe señalarse lo siguiente. En la actualidad los Códigos Penales Federal y Locales (con excepción del Código de Justicia Militar) no contemplan dentro de su catálogo de sanciones a la pena de muerte, y en virtud de ello no es factible su aplicación. No obstante debe derogarse la posibilidad constitucional de imponer la pena de muerte, para que en lo futuro las leyes reglamentarias no puedan instrumentarla, dado que los criterios de Política Criminal, en particular el principio de humanidad, aconseja erradicar este tipo de sanciones de los ordenamientos punitivos. Remitimos al lector al apartado de este trabajo en donde se desarrolla el contenido de dicho principio.

P. Artículo 23.

Establece el artículo 23 que "ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en le juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

⁴⁷. Cfr. Rodríguez y Rodríguez Jesús, comentario al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

El principio **non bis in idem** consagrado constitucionalmente, tiene el alcance para algunos autores, de prohibir el doble juzgamiento tanto en el caso de un proceso anterior agotado por sentencia (en cuyo caso habría lugar a la excepción de cosa juzgada, para evitar el doble juzgamiento sobre fondo) como en el de que exista una causa ya abierta por el mismo hecho, desenvolviéndose en ella una persecución penal idéntica a la que se quiere intentar, cualquiera que sea su estado (esto haría procedente la excepción de **litis pendentia**).

Por lo que hace al límite de las instancias en un procedimiento, debe estimarse a la instancia precisamente como un conjunto de actos procesales, que se inician en materia penal desde el momento en que la acción se ejerce por el Ministerio Público, y que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la litis por el actor y el demandado. La sentencia que establece dicha decisión es, pues, el acto culminatorio de una instancia procesal. Pues bien, cuando dicha resolución jurisdiccional es impugnada mediante algún recurso, que generalmente es la apelación, se abre un nuevo procedimiento, una nueva instancia, que comienza con el acto de interposición del medio procesal de impugnación y termina con la decisión que emite el órgano ante el cual se interpone el recurso, confirmando, modificando o revocando la sentencia atacada. La primera de las tres garantías contenidas en el artículo 23 constitucional prohíbe a los poderes legislativos de la Federación y de los Estados, la expedición de leyes procesales penales en que se instituya una "cuarta instancia".⁴⁸

El artículo 23 constitucional en la parte final de su texto indica que "queda prohibida la práctica de absolver de la instancia". Una vez que se inicie la primera instancia penal, el indiciado tendrá derecho a que se llegue a su fin, pues no podrá absolverse de dicha instancia. El fin de la instancia será una decisión judicial que resuelva sobre el fondo de la litis, y que, en consecuencia, absuelva o condene al acusado. El procesado será juzgado mediante un procedimiento que tendrá, como máximo, tres instancias, y una duración máxima de un año. Terminado el juicio por sentencia ejecutoriada, el mismo individuo no podrá volver a ser juzgado por los mismos hechos.

Q. Artículo 73.

El Congreso tiene la facultad:

XXI. Para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

⁴⁸ - Cfr. Burgoa. *Las Garantías Individuales*. 19 ed., pág. 656 y 657. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. También Zamora Pierce. *Garantías y Proceso Penal*, 7ª ed., pág. 355 y ss. Editorial Porrúa S.A., México, 1994

R. Artículo 102

El artículo 102 dispone lo referente a la organización del Ministerio Público Federal: "la ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, debiendo estar presididos por un Procurador General, el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia".

"Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine".

"El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias que se suscitaren entre dos o mas Estados de la Unión, entre un Estado la Federación o entre los Poderes de un mismo Estado".

En primer término, es preciso destacar que el texto primitivo del citado artículo 102, con modificaciones secundarias de 1940 y 1967, comprendía exclusivamente lo que en la actualidad ha pasado a ser el apartado A de dicho precepto, por lo que exclusivamente regulaba la organización y funciones de la Procuraduría General de la República, y sólo por medio de la reforma publicada el 28 de enero de 1992, se adicionó el ahora apartado B, relativo a los organismos protectores de derechos humanos, que se inspiran en el modelo escandinavo del **Ombudsman**.

1º. Por lo que respecta a la citada Procuraduría General de la República, es preciso señalar los antecedentes que pueden destacarse respecto de sus atribuciones.

En cuanto a las facultades del Ministerio Público Federal como órgano encargado de investigar y de perseguir ante los tribunales a los que hubiesen cometido delitos del orden federal, el apartado A del artículo 102 vigente posee antecedentes comunes a los del diverso artículo 21 de la Constitución Federal, por lo que hacemos una remisión a la parte respectiva del comentario al último precepto.

2º. En lo relativo a las funciones del Procurador General como cabeza del Ministerio Público, es conveniente destacar que de acuerdo con la tradición española, el citado procurador general formó parte de la Suprema Corte de Justicia, y se designaba en la misma forma que a los magistrados de

esta última, de acuerdo con lo establecido por los artículos 124, 127 y 140 de la carga federal de 4 de octubre de 1924, los que le daban la denominación tradicional de fiscal, y el último de esos preceptos regulaba al promotor fiscal, que debía formar parte de los tribunales de circuito.

En forma similar, los artículos 2º y 5º de la Quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 29 de diciembre de 1836, disponían que el fiscal formaba parte de la Suprema Corte de Justicia y era electo en la misma forma que los magistrados. De manera semejante, se ordenaba en el artículo 116 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 12 de junio de 1843.

A su vez, el artículo 91 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 establecía que: "La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general", los que, según el artículo 92, eran electos de manera indirecta en primer grado por un periodo de seis años.

Las atribuciones de estos dos funcionarios adscritos a la Suprema Corte de Justicia fueron precisadas en el Reglamento del citado alto tribunal, expedido por el presidente Juárez el 29 de julio de 1862, en el cual se dispuso que el fiscal debía ser oído en todas las causas criminales o de responsabilidad; en los negocios relativos a la jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de ley, siempre que él lo pidiera y la Corte lo estimara oportuno; y por lo que respecta al procurador general, este debía intervenir ante la Corte en todos los negocios en que estaba interesada la hacienda pública, sea porque se discutieran sus derechos o se tratara del castigo de sus empleados o agentes, de manera que se afectaran los fondos de los establecimientos públicos.

Esta misma distribución se acogió en los artículos 64 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles Federales, expedido el 14 de noviembre de 1895, en los que se delimitaban con mayor detalle las funciones del procurador general, del fiscal y de los promotores fiscales, estos últimos adscritos a los tribunales de circuito y juzgados de distrito.

Como puede observarse, primero el fiscal y posteriormente también el procurador general, que formaban parte de la Suprema Corte de Justicia, no tenían facultades de Ministerio Público en sentido estricto, sino de representación de los intereses nacionales y la procuración de la impartición de justicia, por lo que se les colocaba dentro del Poder Judicial federal.

Esta situación se transformó sustancialmente, por influencia francesa, con la reforma constitucional de 22 de mayo de 1900, que modificó

los artículos 91 y 96 de la Constitución Federal, ya que suprimió de la integración de la Suprema Corte de Justicia al procurador general y al fiscal, y por el contrario, se dispuso en el segundo de estos preceptos que: "Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo", precepto reglamentado en la reforma al título preliminar del Código de Procedimientos Civiles Federales del 3 de octubre de 1900, y por la Ley de Organización del Ministerio Público Federal del 16 de diciembre de 1908, expedida por el Ejecutivo federal en uso d facultades extraordinarias para legislar.

3°. Como precedente de las atribuciones de representación de los intereses económicos nacionales y de asesoría jurídica al Ejecutivo federal, puede mencionarse el artículo 9° de las Bases para la Administración de la República, hasta la promulgación de la Constitución de 27 de abril de 1853, en el cual se introdujo el cargo de procurador general de la Nación, con las facultades de representar los intereses nacionales ante los tribunales, en especial los relativos a la hacienda pública, y además con la obligación de formular los informes jurídicos solicitados por el gobierno de la nación.

El artículo 102, apartado A, de la Constitución Federal, se encuentra situado dentro del capítulo IV, del título II, relativo al Poder Judicial Federal, en virtud de la inercia de su encuadramiento en el texto original de la Constitución Federal de 1857, debido a que entonces el procurador general formaba parte de la Suprema Corte de Justicia, según se ha dicho, pero a partir de la reforma de 1900 y después, en la Carta de 1917, pertenece al Poder Ejecutivo de la Federación. Este precepto fue modificado en aspectos secundarios por los decretos legislativos de 11 de septiembre de 1940 y 25 de octubre de 1967.

En su regulación actual la normativa constitucional confiere al Ministerio Público Federal y a su titular el procurador general de la República, tres funciones diversas: a) La investigación y persecución de los delitos federales y la procuración de la impartición de justicia; b) La representación jurídica del Ejecutivo federal ante los tribunales en los asuntos que se consideren de interés nacional, c) La asesoría jurídica del gobierno de la federación.

4°. Los dos primeros párrafos del mencionado artículo 102, apartado A, regulan las funciones del Ministerio Público Federal en consonancia con las que se atribuyen genéricamente a la institución en el artículo 21 de la propia Carta federal, es decir, las relativas a la investigación y persecución de los delitos, que en el precepto que examinamos, únicamente son aquellos que se consideran de naturaleza federal. El mismo artículo establece, en su segundo párrafo de manera específica, las atribuciones del

propio Ministerio Público Federal para solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; pedir la aplicación de las penas, e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

Una atribución muy importante es la que concierne a la procuración, es decir, la vigilancia para que los procesos se sigan con toda regularidad, para que la impartición de la propia justicia sea pronta, completa e imparcial como lo requiere el artículo 17 de la Carta federal. Esta última función está regulada por el artículo 2º, fracciones I y II, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, promulgada el 17 de noviembre de 1983, en los siguientes términos: "Vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente corresponden a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas", y "Promover la pronta expedita y debida procuración e impartición de justicia, el intervenir en los actos que sobre esta materia prevenga la legislación acerca de planeación del desarrollo".

5º. Una segunda función que se confiere al procurador general de la República es la relativa a la defensa de los intereses nacionales ante los tribunales. Dicho precepto señala en su texto actual, que dicho procurador está obligado a intervenir personalmente en las controversias que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, ente un Estado y la Federación o entre los poderes de un mismo Estado, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 de la misma Constitución federal.

Por lo que se refiere a todos los negocios en que la Federación fuese parte, en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales, según el texto original del citado precepto constitucional debía intervenir directamene el procurador, pero ahora y en los demás en que debe participar el Ministerio Público Federal, el procurador general lo hara por sí o por medio de sus agentes.

6º. Las dos atribuciones anteriores se habían establecido con anterioridad a la Constitución federal de 1917, así fuese de manera imprecisa. En el texto de la Carta vigente se introdujo la relativa a la asesoría jurídica del gobierno federal según el modelo del **Attorney General** de los Estados Unidos, como se desprende de la explicación que proporcionó el licenciado José Natividad Macías al Constituyente de Querétaro en su conocida intervención de 5 de enero de 1917.

7º. Las dos últimas funciones, es decir, la relativa a la representación del Ejecutivo federal y la asesoría jurídica del gobierno

nacional, han sido objeto de amplios debates, el principal de los cuales se desarrolló en el Congreso Jurídico Mexicano de 1932, entre los distinguidos juristas Luis Cabrera y Emilio Portes Gil, este último, entonces procurador general de la República. El primero señaló la necesidad de separar las atribuciones del Ministerio Público y las de representación y asesoría, que consideró incompatibles, y propuso que se encomendaran las primeras a un fiscal general de carácter autónomo, es decir, independiente del Ejecutivo, y las últimas al procurador; en tanto que Portes Gil defendió la unidad de las funciones establecidas para el mismo procurador por el citado artículo constitucional, ahora en su apartado A.

Al respecto, es preciso destacar que los argumentos expuestos por el ilustre Luis Cabrera representan una tendencia contemporánea, primero en cuanto a la independencia del Ministerio Público respecto del Ejecutivo, si se toma en cuenta que la Constitución italiana de 1948, actualmente en vigor, sitúa al propio Ministerio Público como parte del organismo judicial, y lo mismo se hace en varias Constituciones de las provincias argentinas promulgadas entre 1986 y 1990.

En segundo término, se advierte en los ordenamientos latinoamericanos la corriente para separar las atribuciones del Ministerio Público de la asesoría y representación del gobierno ante los tribunales. Un ejemplo evidente se encuentra en los artículos 200 a 218 de la Constitución federal venezolana de 1961, de acuerdo con los cuales, la Procuraduría General de la República se encuentra bajo la dirección del procurador general nombrado por el presidente de la República con aprobación del Senado federal, con las funciones de representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes, y asesorar jurídicamente a la administración jurídica federal.

Por el contrario, el Ministerio Público está a cargo y bajo la dirección del fiscal general de la República, designado por las cámaras reunidas del Congreso Federal.⁴⁹

"En todos los negocios en que la Federación fuese parte; en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes".

⁴⁹. Véase Fix Zamudio, Héctor. En comentarios al artículo 102 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la colección popular ciudad de México, serie de textos jurídicos; por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. páginas 422-425. México, 1992.

"El Procurador General de la República será el consejero jurídico del Gobierno. Tanto él como sus agentes serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley, en que incurran con motivo de sus funciones..."

S. Artículo 107.

El artículo 107 constitucional alude a que "todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes":

"I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;"

"II.- La sentencia sera siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare".

"En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución".

"Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados".

"En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobresentimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de esta".

"III.- Cuando se reclamen actos de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:"

"a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o

que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia".

"b) Contra los actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y"

"c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;"

"IV.- En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar estos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo requiera como condición para decretar esa suspensión;"

"V.- El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:"

"a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean estos federales, de orden común o militares".

"b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;"

"c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común."

"En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y"

"d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado."

"La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales así lo ameriten;"

"VI.- En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución señalarán el trámite y los términos a que deberán someterse los tribunales colegiados de circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones;"

"VII. El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;"

"VIII.- Contra las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de distrito, procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:"

"a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del Distrito Federal, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;"

"b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución."

"La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión que por sus características especiales así lo ameriten."

"En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;"

"IX.- Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;"

"X.- Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público."

"Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;"

"XI.- La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los tribunales colegiados de circuito, y la propia autoridad responsable decidirá al respecto; en todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de distrito;"

"XII.- La violación de las garantías de los artículos 16. en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el juez de distrito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII."

"Si el juez de Distrito no residiere en el mismo lugar que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;"

"XIII.- Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron

sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cual tesis debe prevalecer."

"Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el procurador general de la República, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en Pleno decidirá cual tesis debe prevalecer."

"La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, solo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;"

"XIV.- Salvo lo dispuesto en el párrafo final de la fracción II de este artículo, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y términos que señale la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida;"

"XV.- El procurador general de la República o el agente del Ministerio Público federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca, a su juicio, de interés público;"

"XVI.- Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, sera inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el Juez de Distrito que corresponda;"

"XVII.- La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente, cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare; y"

T. Artículo 108.

El artículo 108 constitucional nos dice que "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la

Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones."

"El presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común."

"Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales."

"La Constitución de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios."

U. Artículo 109.

"El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:"

"I.- Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho."

"No procede el juicio político por la mera expresión de ideas;"

"II.- La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y"

"III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones."

"Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza."

"Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por su causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan."

"Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo."

V. Artículo 110.

"Podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano u órganos de gobierno, del Distrito Federal, el procurador general de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y los Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y fideicomisos públicos."

"Los Gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas locales para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda."

"Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público."

"Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculcado."

"Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en Jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado."

"Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables."

W. Artículo 111.

"Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado."

"Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación."

"Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúe con arreglo a la ley."

"Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable."

"Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de justicia de los Estados, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda."

"Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables."

"El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste

culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto."

"En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia."

"Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya omisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita."

"Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios o de los daños o perjuicios causados "

X. Artículo 112.

"No se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando alguno de los servidores públicos a que hace referencia el párrafo primero del artículo 111 cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su encargo."

"Si el servidor público ha vuelto a desempeñar sus funciones propias o ha sido nombrado o electo para desempeñar otro cargo distinto, pero de los enumerados por el artículo 111, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto."

Y. Artículo 113.

"Las leyes sobre responsabilidad administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados."

Z. Artículo 114.

"Al procedimiento de juicio político solo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un periodo no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento."

"La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la Ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111."

"La ley señala los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años."

2. El derecho penal y los Derechos Humanos.

"El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas"

"Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales".

"El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados".

Como colorario a las relaciones del Derecho penal con la Constitución es importante citar a continuación el pensamiento de Zaffaroni.⁵⁰

La Declaración Universal de Derechos Humanos no es un tratado internacional, sino una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los países de América Latina votaron este texto como también la Declaración de Therán (1968) que proclamó su obligatoriedad jurídica, que hoy es generalmente aceptada en el plano internacional; cuestión que acontece la Convención Americana

⁵⁰.- Véase Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. págs.97, 98. 2ª. reimpresión México, 1994.

sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) El texto de la Convención Americana contiene disposiciones incluso más precisas y claras que las de la Declaración Universal respecto de nuestra materia.

La competencia internacional de la Comisión Internacional, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 2º), es indispensable en el entendimiento de las leyes nacionales de acuerdo con el texto de la Convención Americana, so pena de someter al país al riesgo de sanciones internacionales. Estas razones se traducen, a su vez, en razones teóricas: al saber penal importa proyectar jurisprudencia, y es inconcebible dar soluciones a conflictos que sean antijurídicos y que, como consecuencia de su ilicitud, puedan aparejar sanciones que recaigan sobre la totalidad de los habitantes de la nación.

1º. El artículo 1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella respecto de toda persona sometida a su jurisdicción, "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Esta precisión, si bien se halla implícita ya en la garantía de igualdad ante la ley, obliga más que antes a tener en cuenta en el saber penal el dato real acerca del funcionamiento del sistema penal y de sus consecuencias sociales verdaderas, muy particularmente en cuanto a la discriminación en razón de la posición económica o de la condición social, que parecen ser las discriminaciones más usuales de nuestro sistema penal.

2º. El mismo artículo 1 establece que para la Convención Americana "persona" es "todo ser humano", de modo que no será posible alegar la inaplicabilidad de los Derechos Humanos con pretexto de edad, tutela o cultura.

3º. El artículo 4 de la Convención Americana protege la vida en términos explícitamente amplios, similares a nuestra constitución, sin embargo aquí precisa que lo hace a partir de la concepción, lo que abarcaría la prohibición de la experimentación *in vitro* o con fetos humanos. Prohíbe la extensión de la "pena de muerte" a nuevos delitos y su restablecimiento cuando hubiese sido abolida. Precisa que no es aplicable a delitos comunes conexos con los políticos, a menores de diez y ocho años, mayores de setenta y a mujeres grávidas.

4º. El artículo 5 establece el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Prohíbe las torturas, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Prescribe el respeto a la dignidad humana del detenido, el principio de intranscendencia de la pena, la separación de condenados y procesados y de mayores y menores. El párrafo 6º del artículo 5 dispone que las penas privativas de libertad tienen como principal objetivo la prevención especial. "Las penas privativas de

libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

5°. Los artículos 7 y 8 se refieren a la libertad personal y a las garantías judiciales en términos muy precisos y con requerimientos en el ámbito del Derecho procesal penal como la prisión preventiva; igualmente hay una disposición del párrafo 5 del artículo 7 que previene que toda persona "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

6°. El artículo 9o contiene el principio de legalidad y la retroactividad de la ley más benigna: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"

7°. El artículo 10 fundamenta el derecho a la indemnización al condenado por error judicial.

Las disposiciones citadas no son más que las directamente vinculadas al Derecho penal, y de manera general se pueden enumerar los trabajos obligatorios, las detenciones arbitrarias, la protección de la conciencia, de la privacidad, de la honra, de la familia, etc.

A nuestro juicio, manifiesta Zaffaroni, hay un Derecho penal común u ordinario que se integra con el Código Penal, como también con las leyes penales especiales que se remiten a la disposiciones de la parte general del Código Penal.

Se llaman "Derechos penales especiales" aquellos que sin dejar de ser Derecho penal, modifican los principios de la parte general en razón de especiales requerimientos de la materia punible. Entre sus manifestaciones más importantes tenemos el Derecho penal militar y el Derecho contravencional.

Hay otras ramas jurídicas que se integran con legislaciones paralelas al Derecho penal, pero que tienen carácter *sui generis* y no son, estrictamente hablando, Derecho penal. La naturaleza de sus consecuencias jurídicas no es penal, porque se separa notoriamente de los fines de la pena. Esto es lo que sucede con el Derecho de la minoridad, que es paralelo al penal en cuanto queda sometido a su catálogo, pero cuyas consecuencias jurídicas deben tener carácter tutelar, puesto que el menor se halla en una situación de inferioridad bio-psíquica. En otro sentido, el Derecho penal administrativo, cuya parte más considerable es la concerniente al Derecho penal fiscal, persigue con sus sanciones un doble objetivo: reparar el perjuicio y prevenir conductas futuras. En este segundo sentido, la sanción tiene carácter parcialmente

penal y, por ende, la ley debe observar las mismas garantías constitucionales que para la ley penal, pero no es un Derecho penal especial, porque su función preventiva es sólo parcial.

Por otra parte, los Derechos penales especiales, al igual que el Derecho penal común, se complementan con una rama de las ciencias jurídicas que interpreta la legislación que fija los pasos a seguir para realizar judicialmente el Derecho penal en los casos concretos, ante la **notitia criminis**. Este es el Derecho procesal penal. Una vez cumplida la función de investigar el hecho, declarar la responsabilidad y pronunciar la condena, hay otra parte de la legislación que se ocupa de la forma de ejecutar la pena. Este es el Derecho de ejecución penal, Derecho penal ejecutivo o Derecho penitenciario.

3. Relaciones con el Derecho procesal penal.

La vinculación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal es íntima, puesto que el último es el que regula la forma en que se realiza el primero. Debido a ello se habla de "Derecho penal de fondo" y "Derecho penal de forma" (que sería el Derecho procesal penal). Esta denominación induce a error, puesto que da la sensación de que el Derecho procesal penal es una rama del Derecho penal cuando, en realidad, es una rama del Derecho procesal, que se subdivide en Derecho procesal civil, penal, comercial, administrativo, laboral, etcétera.

Para deslindar el campo del Derecho penal y del Derecho procesal penal nos basta con tomar en cuenta las siguientes características:

1°. El Derecho penal impone la sanción cuando hay un delito; el Derecho procesal penal pone en funcionamiento la acción penal monopolio del Ministerio Público cuando sólo media una apariencia de delito.

2°. Cuando por el Derecho penal una conducta no puede penarse, procede la absolución; cuando por el Derecho procesal penal no puede ejercerse la acción por un "delito" (falta de principio de igualdad) no hay proceso.

3°. La sanción penal es la pena y la procesal penal la nulidad.

Si tomamos en cuenta estas distinciones entre ambos Derechos, resulta claro que las citadas disposiciones de nuestro Código Penal cuya naturaleza (penal o procesal) es problemática, son disposiciones procesales.

4. Derecho penal y Derecho de ejecución penal.

Las sanciones que corresponden a otras ramas del Derecho, debido a su carácter reparador, son de fácil ejecución. Así, una indemnización civil se hace

efectiva mediante un procedimiento de embargo y ejecución que el mismo Derecho procesal civil tiene previsto y que es llevado a cabo por funcionarios que dependen administrativamente del mismo Poder Judicial. En su lugar, la ejecución de la pena, debido a su pretensión preventiva, presenta una enorme complejidad, particularmente cuando se trata de penas privativas de libertad, lo que ha motivado un gran desarrollo de su regulación legal.

Este desarrollo ha dado lugar a una rama accesoria del Derecho penal que se conoce como Derecho penitenciario, Derecho de ejecución penal o Derecho penal ejecutivo.

En tanto que el Derecho penal fija el objetivo general de la pena y establece la cuantía de bienes jurídicos de que se puede privar al penado para procurar la prevención especial, el Derecho de ejecución penal es el que regula la forma en que se debe realizar esta tarea preventiva.

No obstante, hay un sector de la doctrina que le niega autonomía al Derecho penal ejecutivo, afirmando que se trata de un conjunto de preceptos que pertenecen al Derecho penal, al procesal penal y al Derecho administrativo, en tanto que otro sostiene que todo el Derecho de ejecución penal es Derecho administrativo. Estas simplificaciones no responden a las características del Derecho de ejecución penal, cuyos principios propios los distinguen de todas las ramas a las que se ha pretendido asimilarlo.

En la ejecución penal no se pueden afectar los límites señalados por la sentencia judicial, pero, para la interpretación de las leyes que rigen la ejecución, el principio de legalidad no rige con la misma extensión que en el Derecho penal, pues el principio de ley más benigna debe armonizarse con el de la ley más idónea para la prevención (**Lex aptior**), sin que por ello pueda afectarse la legalidad de la pena.

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica de esta problemática, lo innegable es que existe y no puede faltar "un conjunto de normas positivas que se refieren a los diferentes sistemas de penas; a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internados y liberados" (Pettinato). En todo el mundo civilizado hay leyes que regulan este ámbito de la realidad y que guardan una estrecha conexión con el Derecho penal, en función de complementación y accesoriadad. La cuestión de la autonomía científica de la ciencia jurídica que se ocupa de su interpretación (que por nuestra parte reconocemos), es una cuestión casi académica.

5. Derecho Penal y Derecho penal militar.

El más importante Derecho penal especial -desde el punto de vista de la gravedad de sus penas- es el Derecho penal militar. Esta rama modifica algunos de los principios generales del Derecho penal común, de acuerdo con la particular función tutelar que cumple.

La circunstancia de que el Derecho penal militar sea una rama del Derecho penal de carácter especial, no significa que se trate de una rama completamente autónoma del mismo, sentido en el cual el Derecho penal común también sería un "Derecho penal especial", concepción que conduciría a atomizar el Derecho penal, disolviéndolo en una cantidad de Derechos penales "especiales" sin ninguna unidad vinculante.

El Derecho penal militar, por otra parte, es un sector del llamado Derecho militar, que es prácticamente una unidad formal (no material), es decir, una unidad que surge de su legislación conjunta, pero que abarca el Derecho penal militar (Derecho penal especial), el Derecho militar disciplinario (Derecho administrativo) y el Derecho procesal militar (Derecho procesal).

El Derecho militar disciplinario es el que se ocupa de las faltas militares, sancionadas con medidas disciplinarias militares, que tienen carácter administrativo (baja, degradación, arresto disciplinario).

No debe confundirse el Derecho penal militar con el Derecho penal humanitario, que tiene otra fuente (el Derecho internacional de guerra) y cuya estructura fundamental está dada por las normas que limitan las penas, regulan las condiciones de los procesos, la de la ejecución penal y otras, respecto de los prisioneros de guerra, disposiciones cuyo grueso se haya en los artículos 82 a 108 del "Convenio de 1949" (convenio número 3).

6. Derecho penal y Derecho del menor.

En el curso de nuestro siglo se ha ido formando una legislación referida a los menores que suele llamarse Derecho del menor. Su autonomía científica se discute mucho, pero lo cierto es que en varios países se ha codificado en un único cuerpo legal.

Las medidas que se aplican a los menores que realizan conductas típicas, no son penas. La pena tiene por objeto la prevención especial, como medio para proveer a la tutela de bienes jurídicos. En cambio, el Derecho del menor pretende tutelar, en primer término, al menor mismo. El Derecho del menor pretende tener carácter tutelar porque el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, debido a su incompleto desarrollo físico, intelectual y afectivo. Se trata, pues, de un Derecho que aspira a ser "formativo" del hombre. El adulto nunca puede ser considerado como un hombre en inferioridad de condiciones en cuanto a su ser,

siempre que sea tratado por el Derecho penal de un Estado de Derecho que respete la autonomía moral de la persona. De allí que este Derecho penal deba conformarse con una imagen incompleta del hombre: el hombre que no delinque. Por supuesto que socialmente no podemos conformarnos con un hombre que no delinca, pero la mayor precisión de la imagen del hombre corresponde al hombre mismo, y su posibilidad y fomento corresponde a otras instituciones sociales que el Derecho también fomenta o sostiene: La familia, la universidad, la escuela, la Iglesia, los partidos políticos, las asociaciones civiles, etc., cuyo cometido social es ajeno al Derecho penal, que sólo debe ocuparse de que no se las lesione o perturbe.

El Derecho del menor, por el contrario, no puede contentarse con una imagen imperfecta del hombre, porque su cometido tiene lugar generalmente ante el fracaso de una institución social básica: la familia. Cuando un padre educa a su hijo no se orienta sólo con la imagen del hombre que no delinca; se impone que pretenda algo más para él. Por ello, el Derecho del menor debe aspirar necesariamente a ser formador del hombre y esto plantea una problemática por entero diferente a la del Derecho penal. Un Derecho penal formador sería un Derecho penal totalitario, en tanto que un Derecho del menor que no sea formador no alcanzaría a cumplir su cometido.

7. Derecho penal y derecho administrativo.

Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se han vuelto problemáticas. Una tendencia -por lo general autoritaria- pretende ampliar el campo del Derecho administrativo a expensas del penal; otra tendencia contraria penaliza verdaderas cuestiones administrativas.

8. Relaciones del Derecho penal con el Derecho internacional.

Sin pretender profundizar en la naturaleza del Derecho internacional, podemos decir que es el que se ocupa de las relaciones entre los Estados, en tanto que el Derecho internacional privado es el que determina la legislación y la jurisdicción nacional que debe ocuparse de cada caso. La relación del Derecho penal con el Derecho internacional se denomina Derecho internacional penal y Derecho penal internacional (Sánchez de Bustamante), según sea con el Derecho internacional público o privado respectivamente. El Derecho internacional penal tiene como principal cometido el estudio de la tipificación internacional de delitos por vía de tratados y el establecimiento de la jurisdicción penal internacional determina el ámbito de validez de la ley penal de cada Estado y la competencia de sus tribunales penales.

Las cuestiones que ocupan a uno y otro son de incumbencia del Derecho internacional, debiendo, por ende, explicarse conforme a los principios de esta rama jurídica. Pese a ello, es común que los autores de nuestra materia las traten, particularmente las referidas al Derecho penal internacional, con la denominación de

"ámbito de validez especial de la ley penal" o similares. Si bien consideramos que son aspectos de gran importancia para la interpretación y aplicación del Derecho penal, no podemos pasar por alto que no pertenecen a él, puesto que si cada rama jurídica pretendiese retener la parte de ella que incumbe al Derecho internacional, éste desaparecería disuelto en el Derecho civil, penal, mercantil, etc. Precisamente estas problemáticas componen la parte especial del Derecho internacional privado, que sin ellas quedaría sin contenido.

Los problemas del Derecho internacional penal (Derecho internacional público) se plantearon con todo dramatismo y urgencia al término de la Segunda Guerra Mundial. El 8 de agosto de 1945 se publicó el estatuto legal que rigió el Tribunal Militar Internacional encargado de juzgar a los "grandes" criminales de guerra. Dicho tribunal entendió de los "crímenes contra la paz" (violación de tratados de paz), "crímenes de guerra" (violación de normas de iniciación y prosecución de guerra) y "crímenes contra la humanidad" (asesinatos, exterminio, deportación y otros casos inhumanos contra la población civil). El tribunal sesionó en Nuremberg y la fueron sometidos 22 acusados de los cuales condenó a 19. Un tribunal similar funcionó en Tokio. También ejercieron jurisdicción internacional los tribunales menores establecidos para crímenes de inferior importancia en las respectivas zonas de ocupación aliada.

Se cuestionó al tribunal de Nuremberg y a sus similares, argumentando que violaban el principio de legalidad, puesto que los delitos no se hallaban legalmente tipificados con anterioridad, no teniendo tampoco una pena legalmente prevista. También se cuestionó la competencia misma del tribunal, por haber sido establecida con posterioridad a los hechos que se juzgaban. A nuestro juicio, el **nullum crimen sine lege** no estaba violado, porque los crímenes contra la humanidad no son más que crímenes tipificados en las leyes internas cometidos en números masivo, en tanto que los crímenes de guerra eran violaciones a convenciones internacionales, como por ejemplo la de la Haya de 1909. No obstante, no se puede decir lo mismo de la legalidad de la pena ni de la competencia del tribunal, que en verdad era la jurisdicción que sólo se había atribuido al vencedor.

En general, el proceso de Nuremberg suele ser criticado por los partidarios del positivismo jurídico y defendido por el jusnaturalismo. Debe tenerse particularmente en cuenta que en la constitución y funcionamiento del tribunal desempeñó un papel importante la concepción jurídica anglosajona, conforme a la cual el precedente jurisprudencial crea el Derecho. Puesto que en el caso no había precedente, suele argumentarse que la propia jurisprudencia de Nürnberg es creadora de Derecho. La creación jurisprudencial de los tipos penales siempre es una violación al principio de legalidad, sea cual fuere el sistema que la adopte, importando una incuestionable merma de la seguridad jurídica. Esto es reconocido por los mismos teóricos británicos de nuestra disciplina, al punto de que en Gran Bretaña la facultad

jurisprudencial de crear delitos se fue restringiendo hasta que, en 1972, quedó totalmente suprimida.

El juicio de Nuremberg se ha basado sobre la mera circunstancia de ser fuerza de ocupación y de ser el vencedor. No hubo ninguna organización internacional que lo legalizara, como no fuera la del vencedor. El vencedor nunca se declarará a sí mismo autor de una agresión. Una mínima exigencia para darle carácter jurídico hubiese sido hacerlo ante un tribunal organizado por la ONU con la participación de los neutrales (Jescheck). Se ha dicho todo esto, por su puesto, al margen de cualquier juicio personal sobre la conducta de los acusados ante este tribunal.

El más importante texto de posguerra que tipifica un delito de naturaleza internacional es la convención sobre genocidio, de la Organización de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1948.

Su artículo 2o. dispone: "En la presente convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos que a continuación se determinan, cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como: a) Homicidio de miembros del grupo; b) Atentado grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) Sumisión internacional del grupo o condiciones de existencia que lleven a su destrucción física total o parcial; d) Medidas que tengan por objeto impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Transferencia forzada de niños de un grupo a otro". El art. 6o. dispone: "Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el art. 3º., serán llevadas ante los tribunales competentes del Estado sobre cuyo territorio haya sido cometido el acto, o ante la corte criminal internacional que sea competente con respecto a aquellas partes que hayan reconocido su jurisdicción". La prevención y la pena se reservan a la legislación interna de cada Estado, conforme al artículo 1º.: "Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un crimen de Derecho de gentes, que se comprometen a prevenir y castigar". Los autores de genocidio quedan excluidos del tratamiento preferencial que corresponde a los delincuentes políticos.

En cuanto a la problemática del Derecho penal internacional (Derecho internacional privado), se conocen en la legislación comparada cuatro principios por los que se rige la materia, es decir, por los que se determina el alcance de la validez espacial de la ley penal. Ellos son: el de territorialidad, el de nacionalidad (o personalidad, el real (o de defensa) y el universal (o de la justicia universal).

Según el principio de territorialidad, la ley rige exclusivamente en el territorio del Estado y en los demás lugares sometidos a su jurisdicción (artículo 1º del Código penal); conforme al principio de la nacionalidad o de la personalidad, la ley aplicable es la del país de que es nacional el autor del hecho (ver C.P.); de acuerdo

con el principio real o de defensa, la ley penal aplicable es la del Estado que tutela jurídicamente el bien que en el caso concreto resultó afectado por el hecho (ver C.P.); al estar al principio universal o de la justicia universal, el Estado que detiene al autor le aplica su ley, sin que sea relevante el lugar de comisión, la nacionalidad ni la pertenencia del bien jurídico (ver C.P.).

En cuanto a los delitos "a distancia", que son aquellos en que la conducta tiene lugar en un territorio y el resultado se produce en otro, hay dos criterios: el del lugar de la conducta y el del lugar del resultado. Esta disparidad puede dar lugar al conflicto de competencia de carácter negativo, que se traduciría en la impunidad del autor. En efecto supóngase que un sujeto dispara a través de la frontera, matando a otro, si el país desde donde se disparó adopta el criterio del resultado no podría aplicarle su ley; si el país donde murió la víctima adopta el criterio de la conducta, tampoco podría aplicarle su ley. Para evitar esta consecuencia, se sostuvo la llamada "teoría de la ubicuidad", según la cual el delito se comete en el lugar de la conducta o en el del resultado. No obstante, esta teoría sirve únicamente para evitar la impunidad en estos casos, pero no soluciona la cuestión de fondo, porque en caso de que dos países la adopten no dice cuál es la ley aplicable.

Materia propia del Derecho internacional son la extradición y el asilo. No obstante, estas instituciones suelen acudir a conceptos penales como el de "delito político", que incumbe determinarlo a nuestra materia. Respecto del concepto de delito político, hemos manifestado que nos inclinamos por la teoría subjetiva. El problema que puede surgir con este criterio, frente a la convención sobre genocidio, es que el delito de genocidio puede cometerse por motivación política y, por ende, debería ser calificado como tal, lo que la citada convención rechaza.

9. Relación del Derecho penal con la Criminología.

Se llaman **ciencias de la conducta** a las que estudian la conducta humana desde el punto de vista del ser de la misma. El Derecho penal precisa qué conductas son desvaloradas y cómo se traduce ese desvalor en consecuencias jurídicas, pero no se pregunta acerca del ser de esa conducta, de lo que ella representa en la biografía del sujeto, de la general problemática de las conductas criminales en la vida social, etc. Estas cuestiones corresponden a otras ciencias, que son la Biología, la Psicología y la Sociología, es decir, las ciencias que estudian la conducta humana. No se trata de ciencias que estudian objetos distintos, sino de disciplinas que estudian un mismo objeto (conducta humana) en tres diversos niveles de complejidad (Bleger).⁵¹

⁵¹ - Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. págs. 121, 122. 2ª reimpression. México, 1994. Porte Petit, considera que "el contenido de la criminología consiste en aquellas disciplinas que se refieren a los factores endógenos y exógenos que producen el delito, o sea, la antropología criminal, la psicología criminal, la psiquiatría criminal y la sociología criminal, las cuales tienen plena autonomía, desarrollando entre sí una labor armónica, coordinada, para los fines que persiguen". Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14a. ed., págs. 29 y 30. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

Dado el objeto de estas ciencias, necesariamente que padecen una incesante lucha de escuelas y tendencias, profundas crisis casi permanentes y, como es natural, la tremenda carga emocional que siempre perturba la objetivación científica de todo lo inherente a lo humano.

Las relaciones entre las ciencias que pretenden explicar la conducta y la que pretende decir qué conductas se desvaloran, no pueden ser sencillas y pacíficas, sino que frecuentemente han sido borrascosas. Actitudes inmaduras de los cultores de ambos bandos han hecho que con harta frecuencia sea más propio hablar de choques que de contactos. La falta de un lenguaje común y el encastillamiento en posiciones parcializadoras han contribuido a ello. En ocasiones se pretendió reducir el Derecho penal a Sociología, en tanto que otros han pretendido construir los conocimientos de la ciencia jurídico-penal despreciando cualquier dato brindado por las ciencias de la conducta.

Pese a estos abarates, de esta relación surgió un área de conocimientos que tiene fundamental importancia para el Derecho penal, y que se distingue nitidamente del mismo: la Criminología. Criminología es la disciplina que estudia la cuestión criminal desde el punto de vista bio-psico-social, es decir, se integra con las ciencias de la conducta aplicadas a las conductas criminales.

Frecuentemente se cuestiona a la Criminología, argumentando que no es una ciencia, y es común en nuestro medio la afirmación de que se trata de una "hipótesis de trabajo" (Soler). Por nuestra parte, creemos que lo más importante no es la respuesta que demos a esta cuestión, porque tendrá una importancia casi especulativa y carente de relevancia práctica: ciencia o hipótesis de trabajo, la Criminología nos brinda conocimientos que representan datos de gran utilidad para el Derecho penal y para la Política penal de cualquier país que quiera manejarse racionalmente en este aspecto del control social.

A. La Criminología positiva.

Hasta hace pocos años se decía que la Criminología era una disciplina causal-explicativa del delito o, por lo menos, que trataba de esclarecer las causas o los orígenes de las conductas criminales. Esto chocaba con varios inconvenientes, entre los cuales no era el menos notorio la dificultad que había en establecer el objeto de estudio de la Criminología, pues venía dado por la ley penal, es decir, por un acto del poder político.

La primera contradicción se fincaba en que la Criminología era considerada una ciencia, objetiva y aséptica ideológicamente, pero que presuponia un objeto delimitado por el poder político. Esto llevó a que se buscara primero un "delito natural" y que luego se apelara a conceptos jurídicos comparados, sobre la

base de un cierto consenso universal que garantizase una actitud conceptual cierta, contra la arbitrariedad del poder. Sin embargo, eso no eliminaba la contradicción de una "ciencia no valorativa" con un objeto delimitado valorativamente.

No menos contradictoria era una criminología que buscaba causas, frente a un Derecho penal que presuponia una capacidad humana de elección. Aunque se buscara toda forma de transacciones ideológicas, la Criminología era enemiga de la culpabilidad y muy especialmente de la culpabilidad de acto.

La Criminología así entendida se originaba con la obra de Cesare Lombroso y tenía su propia historia, independiente por completo de la del Derecho penal, pese a que desde su origen biologista había evolucionado hasta el marcado tinte sociológico de los norteamericanos.

B. La Criminología de la "reacción social" Lógicamente, esta situación no podía sostenerse y hace algunos años se produjo el estallido de su horizonte de proyección, que hasta entonces se había centrado en la conducta de los criminalizados, y que pasa a abarcar el mecanismo mismo de criminalización y el funcionamiento de todo el sistema penal como parte del control social. Allí la historia de la Criminología pasa a confundirse con la del Derecho penal y la de la Política criminal, pues al revelarse su contenido ideológico, abarca la discusión y justificación de la actividad represiva penal, lo cual hace que su comienzo no se ubique ya con Lombroso, sino con la Ilustración.

A nuestro entender, su historia ideológica es anterior, porque siempre hubo requerimientos de sistemas de respuestas justificantes por parte de la Política criminal, sólo que en otros tiempos se le formulaban a la teología y a la filosofía y sólo más recientemente se le formularon a la biología, a la psicología o a la sociología.

Lo cierto es que ya superada la criminología que se centra en la conducta criminalizada, surge la llamada "Criminología de la reacción social", al reflexionar simplemente en que sin criminalización no hay "crimen". No obstante, este agnosticismo no es nada satisfactorio y la Criminología, por vía marxista o no marxista, va demandado un nuevo límite a su objeto, un nuevo horizonte de proyección, que se va acercando a abarcar como tal a todas las violaciones a los Derechos Humanos, lo cual parece demasiado ambicioso, porque no hay capacidad humana que pueda abarcar semejante campo. La Criminología, así entendida, llegaría a abarcar prácticamente toda la crítica social.

No es nuestro propósito resolver aquí una cuestión entre diversas corrientes criminológicas, particularmente porque es difícil establecer límites entre las tendencias nuevas, dado que, en cierta medida, todas son "críticas". De toda la discusión, a nuestro entender queda claro lo siguiente:

1º. Hay una "Criminología positivista" o "tradicional" que estudia las conductas de los criminalizados y que, al dejar fuera de su objeto al sistema penal, está aceptando la ideología del mismo, con lo cual se convierte en una ideología de justificación del sistema penal y de control social del que forma parte.

2º. Hay una serie de conocimientos sociológicos y psicológicos que, aplicados al sistema penal y a su operatividad, ponen de manifiesto procesos de selección estigmatizantes, corrupción y compartimentalización que denuncian claramente el contenido ideológico de los discursos jurídicos y criminológicos tradicionales.

3º. La Criminología tradicional deja fuera de su objeto el análisis y la crítica al poder criminalizante. Procede únicamente a estudiar a los criminalizados (seleccionados). Aunque repele al Derecho penal de culpabilidad y de acto, se combina perfectamente con un Derecho penal de acto que se limita a los caracteres "jurídicos" del "acto" sin entrar al sentido teleológico de la punición y a su crítica.

4º. Al criticar la Criminología al poder criminalizante y al preguntarse el Derecho penal por el sentido ideológico de la punición, vuelven a encontrarse en un campo común, que es el de la Política criminal (política), que debe tener siempre un fundamento antropológico (Filosofía).

Por cierto que seguirá habiendo rechazos y malos entendidos, y que en modo alguno puede pretenderse una "integración" científica, pero lo que queda fuera de duda es que ya se ha quebrado definitivamente el espléndido aislamiento de la Criminología, el Derecho penal y la Política criminal.

Las "ciencias penales". Suele hablar de Biología criminal, Psicología criminal y Sociología criminal, lo cual tiene sentido en la Criminología tradicional, como partes de la misma. En la Criminología actual no puede considerarse que son disciplinas, sino aportes que se hacen desde distintas disciplinas al análisis y crítica de la criminalización.

Se ha hablado en varios sentidos de "Antropología criminal". Si por tal se entiende la Antropología física, será uno de los aportes de la Biología al estudio del fenómeno criminal. Si por "Antropología criminal" se entiende el estudio del "hombre delincuente" se tratará de una disciplina muy difícil de distinguir de la Criminología positivista. También puede entenderse la expresión en un tercer sentido, si con "Antropología" se quiere hacer referencia a la Antropología cultural, es decir que por tal se entendería el estudio de las "culturas" o "subculturas" criminales o la consideración del delito en las distintas culturas. Predomina hoy el concepto de que la Antropología cultural es parte de la Sociología, de modo que en este tercer sentido sería un capítulo de la Sociología criminal, y por ende, de la Criminología.

Al margen de estas disciplinas en que se parcializa la Criminología, el Derecho penal se vincula con otras disciplinas no jurídicas, cuya autonomía y denominación frecuentemente se discute. Son todas ellas "ciencias penales" y suele incluirse en este rubro a la Psicología judicial, a la Criminalística (policía científica o técnica de investigación criminal de casos concretos), a la Medicina legal, a la Psiquiatría forense, a lo que otros autores añaden -a nuestro juicio erróneamente- la Historia penal, la Filosofía penal y la Política criminal. Por supuesto que entre las ciencias penales ocupa un lugar destacado la Criminología. Cuando se excluye del cuadro al Derecho penal suele denominarse a las restantes disciplinas "ciencias auxiliares", lo que es por demás incorrecto, porque son auxiliares desde el punto de vista del penalista solamente.

La Psicología judicial (que se ocupa por ejemplo de problemas como la psicología del testimonio) no es una ciencia distinta de la Psicología general, ni la Sociología procesal, una ciencia independiente de la Sociología general, sino aplicaciones particulares de las mismas.

En cuanto a sus relaciones con la historia, puede dar lugar a la historia de la legislación penal, a la historia de las ideas penales, a la historia de las ciencias penales en particular (lo que, por otro lado, es una parte de la historia de la ciencia general), y a la historia del delito, rama que está cobrando importancia en la investigación criminológica.

10. Relación del Derecho penal con la filosofía.

El Derecho Penal sostiene, entre otras, relaciones con la filosofía.

A. Siempre ha habido viva discusión respecto a las relaciones del Derecho penal con la filosofía, y pueden señalarse dos corrientes:

a. La de quienes sostienen que no existe ninguna relación entre el Derecho penal y la Filosofía, y

b. La de los que admiten dicha relación.

Consideramos que no es posible una concepción diáfana del Derecho penal si no se tienen en cuenta las ideas filosóficas que le dieron vida. Es importante el punto de vista de Novoa Monreal al respecto: Fueron las investigaciones filosóficas las que hicieron de la mera casuística y explicación de textos en que se sumieron los prácticos, una verdadera ciencia. Por aquella vía se indagaron, primero, las causas últimas de las instituciones penales y, luego, se desarrolló toda una teoría general de nuestra disciplina. Hoy día continúa recibiendo el Derecho penal el rico aporte de la Filosofía en la dilucidación de sus mas difíciles problemas. Y no puede ser de otro modo, porque siendo ésta la ciencia de las ciencias, encargada de hurgar en los

últimos porqués de los problemas a que se aplican la inteligencia humana, a ella han de acudir los penalistas que quieran llegar hasta los ápices racionales de su disciplina. Por otra parte, siempre el Derecho penal toca a lo fundamental del Derecho y del hombre, y esto entra de lleno en el campo del saber filosófico.⁵²

A manera de ejemplo de la decisiva influencia del pensamiento filosófico en la materia penal, tenemos el fundamento aportado a las diferentes concepciones en la evolución de la Teoría del Delito. Así, ya en la primera mitad del siglo XIX el concepto clásico del delito, también llamado causal naturalístico, fue producto del pensamiento jurídico característico del **positivismo científico**. Se entiende por tal una concepción estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Al no responder tal concepción a los fines del Derecho, se buscó posteriormente construir el concepto de delito apartir de aquellos fines y de las perspectivas valorativas que le sirvieron de base (teoría teleológica del delito). A esta evolución ulterior se le ha dado el nombre de concepto neoclásico del delito o causal valorativo, que vino determinado de forma especial por la teoría del conocimiento de Stammler, Rickert y Lask que, junto al método científico-naturalístico del observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y el valorar. Esto fue lo que movió a contemplar la esencia del Derecho penal orientado a valores e ideas, aunque su contenido no pudo apenas concretarse a causa de la característica renuncia del **neokantismo** al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor. A su vez, el concepto de delito del finalismo se erigió sobre la base **ontológica** del comportamiento humano; vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del **neokantismo**, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las "**estructuras lógico-objetivas**" previas a toda regulación jurídica, y en edificar el Derecho sobre la base de la "**naturaleza de las cosas**".

Para el conocimiento de los valores ahora se acudió a lo que precede a la existencia humana: "el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales".

Finalmente, cabe señalar que la influencia del pensamiento filosófico se haya imbuida en los métodos de interpretación de los ordenamientos jurídico penales y en toda la evolución de las teorías de la pena y de las medidas de seguridad.

11. Relación del Derecho penal con la Teoría General del Derecho.

⁵² - Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno, I, p. 52 Editorial Jurídica de Chile, 1960.

Nadie puede negar la relación del Derecho penal con la Teoría General del Derecho, pues esta ciencia jurídica es la que formula las nociones o principios básicos generales del Derecho, creando consecuentemente, las instituciones de Derecho generales aplicables a todos los ordenamientos jurídicos. Por ello es certero decir que "las relaciones en que se hallan las dogmáticas de las ramas particulares del Derecho respecto a la Teoría General del Derecho, son las que comunmente existen entre ciencia general y ciencias particulares".⁵³

12. Relación del Derecho penal con el Derecho civil.

En tiempos anteriores, el Derecho penal era abarcado por el Derecho civil. Posteriormente el Derecho penal cobra independencia, no sin tener relación muy estrecha con aquél. Una demostración de ello la encontramos:

A. Cuando el Derecho penal se tiene que basar en conceptos meramente civilísticos, remitiéndose en consecuencia, el Derecho penal al civil, para la aplicación jurídica de algunas cuestiones.

B. Al establecer determinados tipos penales que tutelan ciertas instituciones creadas por el Derecho civil.

13. Relación del Derecho penal con el Derecho mercantil.

El Derecho Penal tiene relación con el Derecho mercantil:

A. En su aplicación, cuando se basa en conceptos de Derecho mercantil.

B. Al tutelar o proteger instituciones de esta rama del Derecho penal.

14. Relación del Derecho Penal con la Historia del Derecho penal.

El Derecho penal se relaciona muy íntimamente con la Historia del Derecho penal.

La Historia, nos dice Vélez Mariconde⁵⁴, pone de relieve las necesidades sociales que inspiraron la costumbre o la obra legislativa, los factores que determinaron las instituciones jurídicas y el ideario triunfante de las diversas épocas. En relación con el proceso penal, especialmente, la evolución demuestra esa eterna lucha entre los intereses de la sociedad y del individuo, que aquél debe tutelar,

⁵³ - Crispini. Derecho Penal italiano, II, p. 35 Ed. Depalma. Buenos Aires, 1948.

⁵⁴ - Derecho Procesal Penal. Tomo I, 2ª ed, pág. 16 y ss. Editorial Lerner. Buenos Aires, Argentina, 1969.

lo mismo que la última conexión que existe entre el Derecho político y el Derecho procesal penal.

Así las cosas, tenemos que la historia pone de relieve las necesidades sociales que inspiraron la costumbre o la obra legislativa, los factores que determinaron las instituciones jurídicas y el ideario triunfante en las diversas épocas. En relación con el proceso, especialmente, la evolución demuestra esa eterna lucha entre los intereses de la sociedad y del individuo, que aquel debe tutelar, lo mismo que la íntima conexión que existe entre el Derecho político y el Derecho procesal penal.

La concepción política imperante conduce en ciertos casos a un predominio exagerado de alguno de esos intereses, es decir, a una visión unilateral del proceso, ya sea porque se le considere como la palestra de un litigio privado donde se magnifican los poderes del individuo y se consagra la pasividad del juzgador, ya sea porque la atención exclusiva del interés colectivo determine los más cruentos sacrificios de la dignidad y libertad del hombre. Pero también se advierte después, ya bajo la vigencia de la doctrina moderna, la búsqueda afanosa de un equilibrio adecuado de esos intereses, el cual descansa, aunque todavía se discrepe acerca de los medios prácticos de conseguirlo, en una concepción dualista que estima el proceso como un instrumento formal de la justicia y una garantía individual.

A pesar de las dificultades que se oponen a nuestro intento, es preciso que esta visión histórica no sea meramente externa, sino que penetre en el sentido de las formas, en su razón de ser, en las necesidades que la determinen, puesto que sólo así podremos reparar -como aconseja Altamira⁵⁵- en "los acontecimientos políticos y sociales que más han influido en el desarrollo jurídico" y en el auténtico significado de las instituciones que se han ido originado, considerando o reformando.

Si la ley, en sustancia, lejos de ser una creación del legislador, es el resultado de las necesidades sociales y de las ideas imperantes en cada ciclo de cultura y un producto de experiencias, anteriores o foráneas, puestas bajo el ojo crítico del legislador, es el resultado de las necesidades sociales, tuvo razón Avrault⁵⁶ cuando dijo que "hay leyes como los ríos: para conocer que son, no se observa el contorno por donde pasan, sino su fuente y origen", aunque cabe agarrar que también conviene seguir su cauce, dado que ahí yacen los factores que orientaron la corriente.

"Pocas lecciones son más conmovedoras, como expresión del esfuerzo del hombre por elevarse -escribe Soler⁵⁷ como la de tomar una institución jurídica y recorrer hacia atrás su cauce vivo; ver como una larga acumulación de sufrimientos, crueldades e injusticias va limando las palabras, cambiándolas alternando la

⁵⁵. - Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal. 2ª ed. pág. 16 y 17 Tomo I. Levner. Buenos Aires, 1969.

⁵⁶. - Cfr. Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, I. Doctrinas Generales, traducción de Santiago Sentis Melendo Ediciones Jurídicas Euro-América. Buenos Aires, 1963. pág. 25.

⁵⁷. - Soler, Sebastian. Fé en el Derecho y en otros ensayos. Buenos Aires, 1956.

concepción distinguiendo situaciones. Los Códigos son monumentos de experiencia y sabiduría acumuladas".

Para no convertirse en un legislador improvisado -agrega el eminente maestro- "el jurista debe conocer a fondo el contenido histórico de la materia" que trata, si es indudable que "aún la norma renovadora y novedosa juega en función de la norma anticuada a la cual sustituye".

¿Pero qué extensión debe tener este ensayo para que sea realmente fructífero?

Como también debe animarnos el propósito de evidenciar el atraso de la legislación que rige en el orden nacional, lo mismo que en los países de América Latina que todavía permanen fieles al antiguo Derecho español -puesto que de este modo hemos de facilitar su reforma- no deberíamos limitarnos a estudiar la historia en nuestro país. De este modo quedarían ocultos sus antecedentes próximos (el Derecho castellano) y remotos (el Derecho romano).

Un panorama integral del desarrollo histórico del proceso penal, que comience por el Derecho griego, siga por el romano y continúe por el español, sin olvidar las legislaciones que más han influido en su formación, será el mejor aporte a la política procesal y penal y permitirá valorar los diversos sistemas vigentes en nuestro país.

Ante este panorama de un presente que necesita recoger las enseñanzas del pasado, las Facultades de Derecho tienen un deber ineludible que muchas veces no cumplen: no pueden limitarse a estudiar un Derecho Positivo que repugna a nuestras instituciones democráticas, es decir, el Derecho constitucional que el procesal debe reglamentar, que se opone a exigencias racionales y a las experiencias a veces desastrosas de otros pueblos. Es preciso crear en el estudiante -si aspiramos a que sea un jurista y no un mísero picapleitos- la conciencia del valor y significado real del sistema jurídico vigente en el orden nacional, poniéndolo en contacto con las ideas centrales que suministran la historia y el derecho comparado.

El caudal de conocimientos que estos estudios nos permite adquirir -aunque sean esquemáticos y deficientes- deben darnos la sensibilidad jurídica de que hoy adolecen gran parte de los abogados los que creen en la bondad de nuestro sistema penal porque no conocen otros, y que son enemigos del progreso institucional mas por deficiencia de sus estudios universitarios que por la comodidad mental que depara el simple hecho de no innovar.

A los estudiosos del Derecho penal les importa sobre manera conocer la evolución histórica de los ordenamientos jurídicos para comprender el alcance de los vigentes y darles una correcta interpretación, así como para poder tomar de

aquéllos el material jurídico que sea conveniente para una reglamentación jurídico penal.

En conclusión, el estudio histórico tiene importancia en cuanto:

a. Pone de relieve los factores y necesidades sociales que determinaron las instituciones fundamentales penales y las ideas imperantes en cada ciclo de cultura;

b. Revela una lucha incesante entre los intereses sociales e individuales afectados por el delito y el interés por la libertad individual;

c. Acredita la íntima conexión que existe entre el régimen político y el Derecho penal.

d. Demuestra que el sistema penal dominante en nuestro país está en pugna con los postulados y el espíritu de la Constitución;

e. Favorece el estudio comparativo del Derecho penal y la valoración correcta de las instituciones vigentes del orden nacional y estatal.

15. Relación del Derecho Penal con el Derecho Comparado.

El Derecho penal tiene relación con el Derecho Comparado, pues aquel en su creación, modificaciones y reformas, se sirve de ordenamientos de otros países de los que toma lo que considera más conveniente para proteger los bienes jurídicos del país en el que está legislando. E igualmente el Derecho Comparado es útil para la interpretación del ordenamiento jurídico-penal

16. Relación del Derecho Penal con la Política.

La Política tiene indudable relación con el Derecho penal, si la entendemos como "el complejo de los principios tradicionales y de las corrientes de ideas éticas, filosóficas, económicas, estéticas, científicas, sociales, y religiosas, que en un determinado momento histórico, constituyen la fuerza de cohesión espiritual de un pueblo, de su organización en Estado, de su vida, de su conservación y de su gobierno".⁵⁸ De tal manera, que es patente la influencia que tiene la Política o sea el ideario político para la creación o reforma o interpretación de las leyes penales, como se puede comprobar lo primero en aquellos pueblos que han tenido profundos movimientos ideológicos políticos.

17. Relación del Derecho Penal con la Política criminal o penal.

⁵⁸ . Cavallo. Diritto Penale, I, p. 62. Napoli, 1948.

La Política criminal o penal, nos dice Stephan Hurwitz es la teoría de los medios a emplear en la represión del crimen.⁵⁹ Desde la década de los 60 Claus Roxin a puesto de relieve la importancia de la Política criminal en el sistema de Derecho penal las ideas de Von Liszt.

A. Concepto.

En términos muy elementales puede decirse que <la Política criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho penal de la forma más eficaz posible para cumplir su tarea de protección de la sociedad>.⁶⁰

B. Política criminal y Criminología. Evolución histórica reciente.

Uno de los problemas más difíciles de la Política criminal como ciencia que quiere institucionalizarse, es el de su delimitación con respecto a la dogmática penal (o interpretación y sistematización del Derecho vigente, que debe ser tenido en cuenta como un dogma de ahí su nombre) por un lado así como con relación, y a la Criminología (que estudia las causas y efectos del delito, la pena y la medida de seguridad con métodos empíricos), por otro. Se trata, pues de la dificultad de una Política criminal separada de la superada "Política criminal positivista", que pretendía sustituir al Derecho penal por la Criminología, y que se entiende ahora con mejor criterio, como necesidad del Derecho penal de renovarse continuamente.

Trás la segunda guerra mundial, los países occidentales sostuvieron de una ideología que había servido para que los juristas permanecieran impasibles, ante los totalitarismos que la desencadenaron; esta ideología del positivismo jurídico, sostenía que la ley es la ley, cualquiera que fuese su contenido, y que había de cumplirse aunque entrañara una lesión de los Derechos humanos. La vía para superar tal positivismo fue la de consagrar en los textos constitucionales derechos fundamentales de la persona y normas de organización del Estado que el legislador ordinario tenía que respetar, ya que en caso contrario sus mandatos carecerían de virtualidad. Se trataba pues de crear un orden vinculante para los derechos positivos, que acabara con la ideología de la ley es la ley. Partiendo de la anterior premisa, se revisaron los Derecho penales occidentales de tal manera y anteponiendo los derechos del individuo y las necesidades reales de la vida social pacífica a la voluntad absoluta del Estado, un Derecho penal que no garantizara tales libertades, que no contuviese lo estrictamente necesario para la convivencia pacífica de los ciudadanos, se estaría excediendo en sus competencias y devendría inconstitucional. De ahí se derivaron consecuencias importantes, como la desaparición de delitos que no protegían la convivencia y las libertades, sino una determinada concepción de la vida y la

⁵⁹.- Criminología, p. 23. Ediciones Ariel, Barcelona, 1956.

⁶⁰.- Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Bosch Casa Editorial.S.A. Barcelona. 1981

orientación de la pena a la resocialización del delincuente (no a la pura retribución o castigo). Desde ese momento el Derecho penal no podía definirse ya de una manera meramente formal y estática, sino material y dinámica. De ahí la necesidad de la Política criminal que no se ocupa tanto del Derecho vigente como de su posible crítica y transformación a la luz básicamente de la Constitución (que permite controlar qué derechos puede restringir el Derecho penal, y dentro de que límites).

C. Política criminal y dogmática penal.

Por lo que se refiere a la delimitación Política criminal dogmática penal resulta esta particularmente difícil, porque sirve a finalidades de Política criminal. En efecto, si bien la dogmática penal no puede modificar el Derecho legislado (su tarea es precisamente la de facilitar su mejor aplicación por los tribunales de justicia), como quiera que el Derecho legislado siempre deja un margen de arbitrio para el intérprete (doctrina científica y jurisprudencia de los tribunales) tal situación colleva tal margen de libertad para realizar notas que son de auténtica Política criminal.⁶¹

No es por tanto exacto afirmar que la dogmática corresponde a una función conservadora y la Política criminal una función transformadora (Hassemer) ya que según esta opinión la Política criminal recibe los nuevos datos de la Criminología que permiten mejorar el Derecho penal.⁶² Sack a advertido contra esta fe ciega en las ciencias sociales, recordando que cuando Voltaire y Beccaria, indicaban el Derecho penal del antiguo régimen, al que querían ver sustituido por un Derecho no arbitrario igualitario y humano, estaban realizando la mayor aportación de Política criminal que ha conocido el Derecho penal moderna, y sin embargo no actuaban guiados al menos directamente por una orientación criminológica. En realidad la dogmática penal y la Política criminal tienen un objeto común, el delito definido o por definir. Es cierto que la dogmática se somete al límite Político criminal representado por el principio de legalidad,⁶³ pero a la hora de intervenir el legislador, la experiencia histórica acumulada por la dogmática será la mayor garantía que asegure la transición entre el pasado y el futuro.

D. Política criminal y Criminología.

La distinción Política criminal-Criminología, sólo es posible si se entiende a la segunda como Ciencia empírica pura, que excluya cualquier juicio de valor acerca de la finalidad que se persigue con la investigación a realizar, lo que resulta prácticamente imposible, porque la ciencia nunca puede ser totalmente neutra y está

⁶¹ - En realidad, dogmática penal y política criminal tienen un objeto común: el delito, definido o por definir. Ver Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, pág. 129. Bosch Casa Editorial.S.A.Barcelona, España, 1975. Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. pág. 72. Editorial Tecnoa.

⁶² - Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal. Parte General. pág. 11 Bosch Casa Editorial. S.A. Barcelona. España. 1984.

⁶³ - Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal. Parte General. pág. 204 y ss. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1984. Las relaciones entre Criminología, dogmática penal y política criminal están muy bien establecidas en Bustos Ramírez, Pensamiento Criminológico II. Estado y Control. pág. 24 y ss. Ediciones Península. Barcelona. España 1983.

guiada por el prejuicio que dirige la investigación, sería posible decir que la Política criminal, se ocupa de extraer conclusiones (juicios de valor) de los datos empíricos que proporciona la Criminología.

Müller-Dietz se ha ocupado de la formación histórica de la ciencia criminológica.⁶⁴ Durante algún tiempo se discutió mucho si la investigación criminológica constituye una ciencia del espíritu o una ciencia de la naturaleza. En medida creciente, con el transcurso del tiempo se ha ido imponiendo la convicción de que se trata de una ciencia experimental o del ser, de una ciencia empírica que se ocupa de la realidad del delito. De esta manera cobró estatuto de autonomía frente a la ciencia dogmática normativa del Derecho penal. Sin embargo, a este entendimiento de la Criminología como pura ciencia experimental se siguen oponiendo algunas voces que cifran el interés de la criminología en un estudio totalizador, filosófico, antropológico, que obliga a integrar elementos procedentes tanto de la ciencia natural o social con otros procedentes de la ciencia del espíritu histórico hermeneútics referidos a la criminalidad; que tratan de conectar a un tiempo, consideraciones empíricas con el método hermeneútico de la comprensión del sentido, a cuyos efectos aquellas consideraciones puramente empíricas serían insuficientes e ininteligibles. Solo en el marco de una estimación antropológica que vea al hombre como totalidad y, de esta manera su forma de ser como parte del mundo de los valores culturales y de las normas jurídicas que se otorga, podrán tener sentido los hallazgos criminológicos que, a su vez han debido ser indagados desde una determinada finalidad antropológica no puramente empírica. En la medida en que la Criminología como mejor se caracteriza es por su objeto: la criminalidad, ya que los métodos de estudio se los proporcionan las restantes ciencias sociales que la integran (la personalidad del delincuente por ejemplo, se estudia con los métodos de la Psicología y la Psiquiatría, las cifras de criminalidad con la Estadística, la realidad social del delito, con la Sociología etc.) y la seguridad de sus resultados se basa en la objetividad y verificabilidad intersubjetiva que proporcionan esas ciencias, el problema de la neutralidad de la Criminología es común al de la neutralidad de las ciencias sociales planteado en su día por Max Weber: ¿Es la Criminología una ciencia puramente empírica? ¿Pueden prescindir las ciencias sociales de toda consideración sobre los presupuestos valorativos y los fines últimos de su práctica?

Esta controversia tiene su origen en la distinción neokantiana entre el ser y el deber ser y las diferencias entre las ciencias que se ocupan de uno y otro. Así, según Max Weber, que aplicó la distinción en su Sociología a principios del siglo, mientras que las ciencias normativas, se preguntan sobre lo que debe hacer el hombre, pregunta harto difícil que ha llevado a algunos científicos sociales a negarle la cualidad de científica por su carácter especulativo y su ambigüedad (de donde resulta su imposibilidad de objetividad y verificación) y reduciéndola a ideología o

⁶⁴ - Cuello Contreras. El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General. Nociones Introductorias. Págs. 81, 433 y ss. Editorial Civitas. S.A. Madrid. España. 1993.

emotivismo (en la ética por ejemplo) las ciencias empíricas se ocupan de la realidad, para indagar como es, sin valorarla siendo con tales conocimientos con los que se puede saber que habría que hacer para transformarla (Max Weber: Una ciencia empírica no permite enseñar a nadie que debe hacer sino sólo que puede hacer); frente a lo que ocurre con las ciencias normativas que, respondiendo a la pregunta sobre que se debe hacer, no dispone todavía de información acerca de la realidad sobre la que sus objetivos hayan de realizarse. De esta forma, mientras que el método de las ciencias experimentales, se basa en técnicas de investigación que permiten comprobar hipótesis, su verificación o demostración de falsedad, que dan lugar a declaraciones legaliformes (por ejemplo. la investigación sobre la escasez de recursos aumentan su precio y repercute sobre la inflación) el método de las ciencias normativas se basa en interpretaciones de carácter básicamente histórico interpretativo (por ejemplo, el valor que el principio democrático puede tener, contrastando lo que ha sido la vida política en nuestra historia, en los países de nuestro entorno, de nuestra tradición cultural y en nuestro concepto ético de la justicia)

El modelo de ciencia del positivismo, se basó arrancando de la anterior distinción en una ciencia libre de valoraciones que registraría los hechos omitiendo valoraciones sobre los mismos y prescindiendo de las opiniones subjetivas y convicciones del investigador, que no deben influir de ningún modo en el proceso del conocimiento. Frente a este planteamiento que también arranca de Max Weber se problematizó en seguida el auténtico enfrentamiento entre la ciencia normativa y la experimental, sosteniéndose que ya en la elección de los temas a investigar, como en los resultados a los que llegar y en la misma conexión entre los hechos sociales estudiados, se deslizan valoraciones cuya omisión por la ciencia positiva daría lugar precisamente a una falsificación de la realidad social (consistente en ocultar que la consecución y la utilidad de los conocimientos están más condicionadas por las fuerzas que determinen la vida que por la pura ciencia: por ejemplo la investigación sobre como organizar los hospitales en sociedades desarrolladas, encaminada a mejorar su administración a lo que sirve es a afianzar en absoluto que a lo mejor lo problemático es que nuestro concepto enfermedad sea lo más adecuado).

El principal develador de este dilema de la ciencia contemporánea ha sido Habermas quien relativizando la dicotomía ciencia empírica-ciencia normativa trata de superarla en unidad dialéctica en la que apuntando la ciencia experimental hacia hipótesis legaliformes sobre uniformidades empíricas y su comprobación se vea, sin embargo mediatizada (no absolutizada en si misma) por el estudio simultáneo de la tradición cultural en la que el proceso de investigación empírica tiene lugar (con métodos de la ciencia valorativa), para reflexionar críticamente sobre ambas en orden a la meta utópica del mejoramiento de la humanidad.

De esta forma el conocimiento siempre aparece inserto en la situación social en que se produce, a la vez que la consideración de la realidad social impide inclinarse al extremo opuesto representado por la creencia del hombre en su

capacidad de transformarlo todo sin consideración alguna a la realidad social que condiciona toda actuación. Frente a este planteamiento, se ha objetado sobre todo por Popper y Albert, que la posición de Habermas desemboca en filosofía social y atenta contra el principio de la ciencia, según el cual sólo caben en su seno observaciones comprobadas empírica e intersubjetivamente por lo que manteniendo el concepto tradicional de ciencia social, las impurezas que pueden deslizarse en el proceso de investigación por las valoraciones subjetivas del investigador, pueden resolverse por dos caminos. Por el del consenso entre los distintos investigadores a cerca de que descripciones de la realidad son puras, frente a declaraciones exclusivamente teóricas y subjetivas mediante el entendimiento del proceso de investigación como un sistema de **trial and error**, en el cual sus resultados debido al limitado número de observaciones en comparación con la infinidad de casos a los que el principio recogido en la fórmula legal establecida debía ser aplicado para poder afirmarlo, tienen el valor de hipótesis válidas mientras que no se vean refutadas por observaciones que las invaliden.

A estas alturas del siglo XX cuando la ciencia ha alcanzado un nivel inusitado de complejidad y roza objetivos que ni pudieron soñar nuestros antepasados (piénsese en la investigación genética), aislar el fenómeno de la ciencia del contexto social en que se produce es cuando menos arriesgado, y a todas luces no cabe confiar sólo en el buen saber de los investigadores. Es por ello por lo que el postulado fundamental de Habermas según el cual los presupuestos de la ciencia han de situarse en un plano no reducido a pura ciencia, debe servir para reflexionar sobre el para que de la ciencia, al objeto de dirigirlo por causas que resulten comprensibles y admisibles para la sociedad. La vía para ello es la de la intercomunicación en un plano que pertenece más al ámbito de la ética de las ciencias valorativas que al de las empíricas. Con ello por lo demás no existe peligro de manipulación ideológica del conocimiento, ya que la reflexión crítica sobre los presupuestos de la ciencia no excluye la utilización de los métodos empíricos verificables sino que justamente lo que excluye es una forma de ideología como la constituida por el prejuicio tecnológico y su cadena de deshumanización.

La Criminología es una ciencia muy representativa de lo acabado de decir: el carácter de ciencia empírica o no de la Criminología se resume en que, ciertamente no puede ni debe renunciar a constituir la ciencia empírica del delito y su control pero ha de huir sin embargo de los prejuicios en que pueden caer sus cultivadores. Además la Criminología se enfrenta al problema que media entre el estudio, por ejemplo fenómeno social o lo que está represente en el contexto de la totalidad social, algo que requiere métodos muy diversos y que obliga a preguntar si los métodos de las ciencias del espíritu forman partes de la criminología o no, o sea, que relación guarda la Criminología con el Derecho penal. Se trata finalmente de si la Criminología debe otorgarse los presupuestos de la investigación empírica y de si es ella quien debe proceder a valorar los objetivos científicos alcanzados o, en su lugar pertenecen tales

tareas a otras disciplinas relacionadas con el mismo fenómeno de la criminalidad y su control.

Todo parece indicar, que estando todavía en los albores ya se puede decir que no cabe prescindir de tales instancias que configuran la criminalidad y las estrategias de su control, y que estas representan bastante bien el concepto unitario total de ciencia social, postulado por Habermas. Estas tres instancias son: El Derecho penal (incluida la Filosofía penal), la Política criminal y la Criminología.

En realidad, si bien es cierto que las ciencias sociales pueden ser útiles e incluso vinculantes para el Derecho penal de ello no cabe extraer su vinculatoriedad para él con éste con carácter general, pues de un ser (investigado por las ciencias sociales) no puede deducirse directamente un deber ser ni la investigación empírica es valorativamente neutra.

E. Dogmática penal, Criminología y Política criminal, como elementos de una ciencia total del Derecho penal. Criminología.

En definitiva, no cabe hablar de la Dogmática penal, la Política criminal y la Criminología como ciencias autónomas, distintas aunque si lo sean sus tareas y métodos dentro del ámbito total de lo penal; porque la Criminología sin Política criminal es ciega y está sometida a peligros de manipulación por las clases dominantes, y la Política criminal no es sino respuesta a la necesidad sentida por la Dogmática penal (si es ella quien se ocupa de la aplicación del Derecho positivo, nadie mejor para saber cuales son sus defectos y necesidades de mejora) de transformar el Derecho penal cuando el respeto al principio de legalidad (límite de toda interpretación de Derecho penal) se lo impide a ella misma; y pasada dicha necesidad de transformación del Derecho penal por el filtro verificativo y crítico (Criminología crítica) de la Criminología.

Las tesis de Criminología crítica merecen una valoración muy distinta según que se entiendan como el resultado de una investigación empírica empleando métodos científicos racionales -con todas sus posibilidades de error- o se conciban como dogmas que no tienen que ser demostrados, extremo por el que pierden buena parte de su valor. Es cierto que los órganos de control social pueden actuar de forma selectiva, llevados de prejuicios sociales muy arraigados, y que deben ser combatidos. Es cierto también por tanto que determinados grupos sociales están supra representados en las estadísticas de criminalidad y que algunos delitos cometidos por miembros de unos grupos sociales serán con seguridad el inicio de una carrera criminal, y los cometidos por miembros de otras clases no pasarán a las estadísticas. En cambio la Criminología crítica pretende ir más allá, invalidando la premisa de que parte todo Derecho penal, que se precie, según la cual es posible establecer normas generales de convivencia consensuadas democrática y racionalmente y que quienes las aplican pueden hacerlo con objetividad, esto es: Aplicarlas en los casos en que deben

hacerlo y no en los que no quepan en su seno. La censura fundamental de la Criminología crítica, es una obtención metodológica a la Criminología moderna aliada del Derecho penal, ya que cuestiona la existencia de algo a lo que poder llamar criminalidad, distinto al capricho de quien define lo que el quiere como criminalidad (la criminalidad como concepto-etiqueta). Lo que la Criminología crítica en suma niega es algo que también le compromete a ella como ciencia, al negar la posibilidad de que alguien pueda distinguir lo que ocurre en la realidad y lo que es sólo un producto de su mente.

Rebatido así la crítica metódica de la Criminología crítica, cabe decir de sus tesis fundamentales lo siguiente: 1) Que los órganos de control social tienen elementos para aplicar correctamente los criterios establecidos en la ley para perseguir lo que objetivamente se ha establecido como criminal. Estos criterios los proporciona el lenguaje, y si los hombres son capaces de entenderse por medio del lenguaje, también lo serán de ponerse de acuerdo acerca de cuando los órganos de control están aplicando correctamente el predicado de criminal definido previamente en la ley penal. 2) Que a su vez la criminalización de determinados comportamientos no es fruto al menos en los países democráticos, de conflicto social, en virtud del cual el más fuerte criminaliza comportamientos del más débil (aunque si es bastante cierto que los grupos sociales peligrosos tienen capacidad para impermeabilizarse frente al control: dificultades por ejemplo para definir la delincuencia financiera) sino lo que se pretende y se puede conseguir pese a las dificultades es un consenso social entre todos acerca de lo que debe ser criminalidad. Evidentemente esto nunca se consigue del todo, pero basta verlo realizado para darse cuenta de que el Derecho cada vez consigue más cotas de igualdad. 3) Finalmente y esto es digno de resaltarse aunque convenga seguir investigando la actuación selectiva de los órganos de control social, especialmente policía y tribunales, si alguna posibilidad hay de evitarlo, reside precisamente en la confianza a tener en el lenguaje, en la objetividad de la ley, aunque sea abstracta y se pueda perder algo (también se puede ganar), en el camino de la aplicación. Esto quiere decir que si fuesen acertadas las tesis de la Criminología crítica no habría ningún camino para asegurar la justicia y la paz en el mundo que consolara a los humildes y desfavorecidos.

Todo lo anterior no invalida la gran aportación realizada, por la Criminología crítica, consistente en llamar a atención sobre la necesidad de que la Criminología estudie los mecanismos de control social y de que el Derecho penal se revise constantemente asimismo en el aspecto de sus métodos de aplicación, que estaban demasiado incontrolados antes de su impacto.⁶⁵

⁶⁵ - Zipf. Introducción a la Política Criminal. Pág. 14. Editorial Revista de Derecho Privado S.A. España. 1979. Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal. pag. 131 y ss. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. España. De esta manera queda respondida la cuestión básica que antes se planteaba acerca del carácter de ciencia empírica de la criminología y de la incidencia en ella de los juicios de valor si quiere ser sutil y estar sometida al control de su práctica: la criminología sin perder su carácter de ciencia empírica, carácter sin el cual se quedaría en pura especulación vacía no es practicable sin una política criminal valorativa al servicio de una mejor práctica del Derecho penal en eficiencia y humanidad.

De esta manera, la Dogmática penal hace Política criminal pero dentro de los límites del principio de legalidad.

Por su parte la necesidad sentida por la dogmática de modificar el Derecho legislado para realizar lo mejor posible la justicia penal es ya Política criminal; que a su vez se convierte en Derecho legislado del futuro si tal cambio es aconsejable también según la Criminología (los datos empíricos no hacen temer consecuencias no deseadas del cambio por ejemplo que todos los reclusos se fuesen a escapar con motivo del tratamiento en semilibertad, sino que, por el contrario es aconsejable) y resulta realizable.

La Criminología, por último sirve a la Política criminal en cuanto que las investigaciones empíricas no son neutras sino que están guiadas por la decisión de Política criminal que se quiere realizar.⁶⁶

F. Función de la Política criminal.

Puede decirse, en conclusión con las matizaciones acabadas de realizar (conexión interna y dependencia multa de las tres disciplinas), siguiendo a Zipf, que la Política criminal asume la función de reunir los resultados proporcionados por la investigación empírica criminológica y las proposiciones normativas de la dogmática en un amplio programa que después lleva a cabo.

18. Relación del Derecho penal con la Economía Política.

Existe relación entre el Derecho penal y la Economía política. Basta para comprobarlo la reglamentación que por lo general contienen los Códigos Penales de los delitos contra la Economía. Así nuestro Código Penal en la Parte Especial, en el Título Decimocuarto alude a los "Delitos contra la Economía pública" (Art. 253-254).

⁶⁶.- Cuello Contreras. El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General. Nociones Introdutorias. Págs. 81, 433 y ss. Editorial Civitas. S.A. Madrid. España. 1993.

BIBLIOGRAFIA

BILIOGRAFIA

1. A.Latorre. Introducción al Derecho, 1ª ed. Barcelona. España, 1968.
2. Acosta Romero y López Betancourt. Delitos Especiales. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia, 2ª ed. págs. 25- 26. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
3. Alberto Donna. Teoría del delito y de la pena. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1992. Bacigalupo. Manual de Derecho penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1989.
4. Anderson. El Estado Absolutista. Editorial Siglo Veintiuno. Madrid. España, 1977
5. Andrade Sánchez. Comentarios al artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.
6. Anton Oneca, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid. España, 1949.
7. Anton Oneca. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Madrid. España, 1949.
8. Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed. Ediciones Akalis, S.A. Madrid, España, 1990.
9. Barajas Montes de Oca, Gerardo, en comentarios al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.
10. Baratta. Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Traducción de Alvaro Bünster. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1986.
11. Barreiro. Las medidas de seguridad en el Derecho español, Madrid, 1976.
12. Baumann. Derecho penal Parte General. Conceptos fundamentales y sistema Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1981.

13. Beccaria. De los delitos y de las penas, pág. 29 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.
14. Bettiol, Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1961.
15. Bettiol. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1977.
16. Burgoa, Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales. 19 ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
17. Bush. Modernas transformaciones en la teoría del delito. Editorial Temis Bogotá Colombia, 1969.
18. Bustos Ramirez y Hormazabal. Pena y Estado. Papers Revista de sociología, número 13 (Sociedad y Delito). Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial Peninsula Barcelona, España, 1980.
19. Bustos Ramirez, Estado y Control. La ideología del control y el control de la ideología, en "El pensamiento criminológico II Estado y Control. Editorial Peninsula, Barcelona. España, 1983.
20. Bustos Ramirez. Control social y sistema penal. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, España, 1987. Del mismo autor. Manual de Derecho penal. Parte General, 3a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, págs.58 y ss. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1989.
21. Calliess, Theorie der Strafe in demokratischen und soziakussion, Frankfurt an Main, 1974. Citado por Sainz Cantero en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1990.
22. Camargo Hernández, Introducción al Estudio del Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1964.
23. Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas. Derecho Penal Parte General. México, 1980.
24. Carrara. Programa del curso de Derecho Criminal, I, traducción de Jiménez de Asúa. 2ª ed. Madrid. España, 1925.
25. Casabo Ruiz, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, del Toro Marzal y Casabo Ruiz, Comentarios al Derecho Penal.

26. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, 35a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
27. Cavallo. Diritto Penale, I. Napoli, 1948.
28. Cerezo Mir. Curso de Derecho penal español Parte General, Tomo I. Editorial tecnos. Madrid, 1976.
29. Cerezo Mir. Problemas fundamentales del Derecho penal Culpabilidad y pena Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1982
30. Córdoba Roda en Notas al Tratado de R. Maurach, Tomo I
31. Córdoba Roda. Culpabilidad y Pena Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona España. 1977.
32. Córdoba Roda. Una nueva concepcion del delito Las doctrinas finalistas Barcelona España, Rodriguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General. 1974
33. Cuello Contreras. El Derecho Penal español Curso de iniciación Parte General Nociones Introdutorias, Vol I. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1993
34. De Molina, García-Pablos. Estudios penales Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona España, 1984.
35. Ensayos de la Teoria sociológica Editorial Paidos Buenos Aires Argentina, 1967
36. Fasso, Storia della filosofia del diritto, III Bogna Italia. 1970
37. Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal, Tomos Y y II Murcia. España, 1947
38. Ferri, Principios de Derecho Criminal Delincuente y delito en la Ciencia de la Legislación y en la jurisprudencia. Traducción de Rodriguez Muñoz, Madrid. España. 1933.
39. Fix Zamudio, Héctor, en comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal México, 1992.
40. Frank. Estructura del concepto de culpabilidad Publicación del seminario de Derecho penal. Universidad de Chile, 1966

41. Fromm. *Ética y psicoanálisis*, 16ª reimpresión de la 1ª ed. en español de 1953. Breviario 74 del Fondo de Cultura Económica. México, 1992.
42. Gabaldón. *El control social y las tendencias criminológicas actuales*. Revista *Criminalia*, Enero-diciembre, 1986. México.
43. Gallas. *La teoría del delito en su momento actual*, Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona. España, 1959.
44. García Ramírez. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
45. Gimbernat. *Estudios de Derecho penal*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1990.
46. Gimbernat. *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*. Revista de Ciencias Penales. Tercera época, enero-abril, núm. 1 Tomo XXXII. Santiago de Chile, 1973. Del mismo autor: *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1990.
47. Glagiar. *Diritto Penale. Parte Generale*. Cremona, 1957.
48. Gómez Benitez. *Teoría Jurídica del delito*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1984.
49. González Bustamante, Juan José. *Derecho Procesal Mexicano*. 9a. ed. El Porrúa, S.A. México 1988.
50. Gough, A. *Economía Política del Estado del Bienestar*. Editorial Blume. Madrid, 1980.
51. Gouldner, A. W. *La crisis de la sociología occidental*. Editorial Amorrortu. Buenos Aires. Argentina, 1970.
52. Grispigni. *Derecho penal italiano*, Vols. I y II. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1949.
53. Hassemer, en *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, con prólogo del primero. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1984.

54. Hernández Gil, Antonio. Las direcciones metodológicas de la ciencia del Derecho y la consideración de la realidad social, en "RELJ", año LXXXIX, número 6. Tomo 175. Madrid. España, junio, 1974.
55. M^a. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español, Parte General, pág. 141. Madrid España, 1976.
56. Jakobs, citado por Alberto Donna en Teoría del delito y de la pena. Editorial Astrea Buenos Aires. Argentina, 1992.
57. Jescheck. Tratado de Derecho penal. Parte General. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I Bosch, Casa Editorial S A. Barcelona España 1981. Del mismo autor Tratado de Derecho penal. Parte General. Traducción del Doctor José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.
58. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1950.
59. Jimenez Huerta. Derecho Penal Mexicano, Tomo III, 5a. ed., pág. 135. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
60. José Maria Silva Sánchez. Editorial Tecnos, S A. Madrid. España, 1991.
61. Juan del Rosal, Derecho penal español (Lecciones), 3a. edición, tomo I, Madrid, 1960.
62. Legaz y Lacambra, Filosofía del Derecho, 3^a ed., Barcelona, 1972.
63. Landrove Díaz. Las consecuencias jurídicas del delito. 3a. ed., págs. 1 y ss. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. España, 1984.
64. Landrove Díaz. Los fraudes colectivos. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona España, 1978.
65. Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, I, Doctrinas Generales. traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Euro-América. Buenos Aires, 1963.
66. Lüttger, Hans. Medicina y Derecho penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. España, 1984.
67. Madrazo, Jorge y Orozco Enriquez, J. Jesús, comentario al artículo 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección

Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.

68. Maggiore. Prolegomeni al concetto di colpevolezza, Palermo, 1950.
69. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Bosco Juan. Las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España, 1990.
70. Marco del Pont K. y Nadelsticher Miltrani. Delitos de cuello blanco y reacción social. Cuaderno número 8 del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1981.
71. Maria de la luz. Control social en México-Tenochtitlán. Revista Criminalia, Enero-diciembre, 1986. Editorial Porrúa, S.A. México.
72. Marsal, F. La crisis de la sociología norteamericana. Editorial Península. Barcelona España, 1977.
73. Maurach-Zipf. Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 7a. ed., alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1994.
74. Maurach. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Ariel. Barcelona. España, 1962.
75. Maurach. Tres Conferencias Dictadas los días 29 Y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965, en la Universidad de Externado de Colombia. Pereda Julián. Revista Criminalia, año XVII. México Distrito Federal a marzo de 1952, número 5. Bush.
76. Merkel, Derecho Penal, traducción española de P. Dorado Montero, Tomo I, Madrid.
77. Merton, R. Teoría y estructura sociales. Fondo de Cultura Económica. México, 1964.
78. Mezger. Derecho penal. Parte Especial. Libro de estudio. Traducción de Conrado Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.
79. Mezger. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2a. ed. Madrid. España, 1946.
80. Miaille. Etat su Droit. Editorial Maspéro. Grenoble, Francia, 1978.
81. Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España, 1976.

82. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 3a. ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona. España, 1990.
83. Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del Delito del Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 1979.
84. Mir Puig. Manual de Derecho Penal (Parte General. I. Introducción y Ley Penal Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992.
85. Moreno Hernández, Moisés, en "Hacia una reforma integral de la legislación penal y sus principios rectores", publicado en Revista Criminalia. Año LIX No 1 Enero-Abril, 1993. Editorial Porrúa, S.A.
86. Morillas Cuevas, Lorenzo. Manual de Derecho Penal (Parte General) I Introducción y Ley Penal, pág. 23. Editorial de Derecho Reunidas. Madrid. España, 1992
87. Muñoz Conde, en prólogo al libro de Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Reus, S.A. Madrid, 1981.
88. Muñoz Conde. Introducción al Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975.
89. Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal Chileno, I. Editorial Jurídica de Chile 1960.
90. Novoa Monreal. Progreso Humano y Derecho Penal. Trabajo publicado en Revista Mexicana de Derecho Penal. 5ª Epoca número 4. Julio- diciembre Editada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1978.
91. Novoa Monreal.- La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo. Trabajo publicado en el libro "LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo Vol 1 UNAM.- México.- 1979.
92. O'Connor. Estado y Capitalismo en la Sociedad Norteamericana. Editorial Periferia Buenos Aires. Argentina, 1974.
93. Orozco, Enriquez. Voz: "Estado de Derecho ", págs. 146 a 157, en Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

94. Parsons, Talcott. Citado por Bacigalupo, Enrique, en Principios de Derecho penal. Parte General, 2a. ed. Ediciones Akali, S.A. Madrid. España, 1990.
95. Polaino Navarrete. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1984.
96. Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 14ª ed Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Del mismo autor vease también Programa de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed. Editorial Trillas, S.A. Mexico, 1990
97. Porte Petit. Hacia una reforma del sistema penal Cuaderno numero 21 del Instituto Nacional de Ciencias penales. Mexico, 1985
98. Quitiliano Saldaña, Teoría pragmática del Derecho penal, extracto de la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", año XII. num 68 Talleres gráficos de la Penitenciería nacional, Buenos Aires. Argentina 1925
99. Rico, José M. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea. 3a ed. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1984
100. Ripollés. Compendio de Derecho Penal, I Madrid España, 1958
101. Rodríguez y Rodríguez al artículo 23 de la Constitución Federal. Comentada Instituto de Investigaciones Jurídicas. U N A M Mexico 1985
102. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español Parte General
103. Rodríguez Manzanera. Criminología, 4ª ed pag 21 y ss Editorial Porrúa, S A México, 1984.
104. Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Parte General pag 83 Editorial Civitas Madrid. España, 1977.
105. Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, que contiene los siguientes artículos: Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad; Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistematicas juridico-penales; La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena; Prevención y determinación de la pena; Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal; Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Reus, S A Madrid España, 1981.

106. Roxin. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1989.
107. Roxin. Problemas básicos del Derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal. Editorial Reus, Madrid. España. 1976.
108. Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España, 1990.
109. Sauer. Derecho Penal. Parte General. Traducción por Juan del Rosal y Jose Cerezo Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España, 1956.
110. Schroeder Cordero, Francisco Arturo, en comentarios al artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editada por la Colección Popular Ciudad de México, serie textos jurídicos, por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., y por la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal. México, 1992.
111. Serrano Robles. Manual del Juicio de Amparo, de la Suprema Corte de justicia de la Nación, 2a. ed. Editorial Themis. México, 1994
112. Silva Sánchez, Jesús María, en la introducción del libro de Bernard Schunemann titulado El sistema moderno el derecho penal cuestiones fundamentales. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España, 1991.
113. Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. México, 1990
114. Soler, Sebastian. Fé en el Derecho y en otros ensayos. Buenos Aires, 1956.
115. Stammler. Tratado de Filosofía del Derecho. Traducción de W Roces. México 1974.
116. Stampa Braun. Introducción a la Ciencia del Derecho penal. I. Valladolid. España. 1953.
117. Stampa Braund. Introducción a la ciencia del Derecho, Tomo II. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina, 1958.
118. Stratenwerth. Derecho Penal. Parte General, tomo I. El hecho punible. Edersa. Madrid. España. 1982.

119. Toccara, Fernando. Política Criminal en América Latina. Ediciones Librería del Profesional. Colombia 1990.
120. Véase Bergalli, Bustos Ramirez/ González Zorrilla/ Miralles/ De Solá/ Vidalás. Pensamiento Criminológico II, Estado y control Ediciones Península. Barcelona. España, 1982. Pavarini. Control y dominación. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1988.
121. Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, tomo I, 2ª ed Editorial Lerner Buenos Aires, Argentina, 1969.
122. Welzel Derecho Penal. Parte General. Ediciones de Palma Buenos Aires Argentina, 1956.
123. Welzel. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, 1970 También. El nuevo sistema del Derecho Penal. Ediciones Ariel Barcelona España, 1964
124. Wolfe, citado por Bustos Ramirez en Pensamiento Criminológico, II Estado y Control, págs.33 Ediciones Península. Barcelona España, 1982
125. Zaffaroni. Manual de Derecho penal. Parte general, 2ª reimpression Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1994.
126. Zaffaroni. Política Criminal Latinoamericana Editorial Hammurabi Buenos Aires Argentina, 1982
127. Zaffaroni. Tratado de Derecho penal. Parte General Tomo I Ediar Buenos Aires Argentina, 1980.
128. Zamora Pierce. Garantías y proceso penal, 7a ed Editorial Porrúa, S A México, 1994.
129. Zipf, Heinz. Introducción a la Política Criminal Traducción de Miguel Bajo Fernández. Editorial Revista de Derecho Privado Edersa. España 1979

LEGISLACION CONSULTADA

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