

0078124
251



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

División de Estudios de Posgrado

**Análisis dogmático de la naturaleza
jurídica de la punibilidad.**

Tutor: DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

Doctorando: César Miguel González Piña Nevárez.

Ciudad Universitaria, [REDACTED]

1999



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

273044



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Introducción.

La inquietud por realizar la presente investigación surge a raíz de que en la dogmática penal y específicamente, en la metodología analítica del delito, no hay criterios únicos, al tratar de construir una noción de aquél, encontramos que no todos los partidarios de esta teoría reconocen los mismos elementos con igual carácter, hay quienes omiten a la punibilidad como elemento esencial del delito, o admitiéndola, no la catalogan con exactitud; sin embargo, otro sector de la doctrina no sólo la menciona como elemento esencial, sino que inclusive como el principal del delito.

En el desarrollo de la presente investigación, indagaremos a cerca del concepto de la punibilidad, su naturaleza y sus diferencias con otras instituciones, como lo son la punición y la pena; además citaremos opiniones tanto a favor como en contra de la inclusión de la punibilidad como elemento del delito.

Es necesario darnos cuenta del verdadero sentido de la punibilidad, ello nos permitirá conocer el alcance y las consecuencias que trae consigo cada uno de los conceptos vertidos por la doctrina, lo que nos conducirá a comprender y justificar en cierta medida, las conclusiones a veces contrarias de diversos autores, y crear así nuestro propio criterio al respecto, nuestra posición ideológica que en un sentido u otro, es precisamente eso, nuestra posición, y es mediante ellas que a través del tiempo se ha desarrollado la ciencia, en la búsqueda eterna de la verdad.

En cuanto al problema de investigación pretendemos esclarecer sí: ¿La naturaleza jurídica punibilidad es el medio por el cual se lleva a cabo la prevención general de los delitos, y se delimita la sanción en la norma penal?

Las hipótesis donde se sustentarán los procedimientos son con sus variantes las siguientes:

Bajo alcances distintos ¿Qué problemática presenta la punibilidad si se sabe el límite de los mismos?

De acuerdo con la teoría atomizadora del delito ¿Podemos negar a la punibilidad carácter de elemento esencial de la noción jurídica de aquél? O ¿Debemos concebirla objetivamente sólo como su consecuencia?

¿Queda implícita la punibilidad como consecuencia de la antijuricidad y complemento del tipo delictivo?

Por su naturaleza jurídica ¿La función de la punibilidad es proveer certeza y prevención general de delitos?

¿Es la punibilidad? El medio idóneo del que se vale el legislador para mantener el control social.

Si no es convincente la realización de la amenaza con que persuade

¿De qué sirve la punibilidad?

No resulta ocioso ocuparse de este tema al que tradicionalmente se ha prestado muy poca atención.

Aún cuando existe en nosotros el ánimo de no salir del tema, el íntimo ligamen que existe entre la teoría del delito y la teoría de la ley penal, nos ha obligado a tratarlos con cierta acuciosidad.

Las interpretaciones y posiciones sobre la doctrina se han expresado de buena fe, sin más intención que encontrar la verdad.

En cuanto a la tipología del trabajo jurídico pretendemos ser descriptivos en relación con el material histórico, pragmáticos en su interpretación y propósitos en nuestras conclusiones.

Para abordar el problema se ha optado por los métodos deductivo, inductivo y analítico, cuya elección trataré de justificar primeramente a partir de la exposición del estado actual de la discusión sobre aquél. Conforme a los métodos elegidos se realizará un análisis particularizado del desarrollo y la evolución de las circunstancias que se suelen vincular a la punibilidad.

En los siguientes capítulos esbozaré mis ideas sobre los conceptos y función de la punibilidad, de esta manera pretendemos determinar su naturaleza jurídica, la última parte de la investigación tiene por objeto la búsqueda de un principio rector que dé unidad a sus tendencias y criterios vertidos, con la suficiente relevancia para justificar nuestras hipótesis.

Por lo que se refiere a la bibliografía empleada en la investigación, dado que el análisis particularizado de la punibilidad exige el manejo de un amplio aparato bibliográfico, se ha prestado especial atención, a la doctrina italiana; española, alemana, argentina y mexicana. Esta decisión se justifica, en primer término, por el hecho de que los grandes principios que se utilizan para fundamentar la punibilidad se han elaborado en ellas. Por otra parte, son los autores de estas nacionalidades los que probablemente han elaborado mayor número de alternativas en torno a la punibilidad, por lo que en su análisis se profundiza bastante en los puntos de vista relevantes para la cuestión.

Finalmente quisiera manifestar mi gratitud a las personas e instituciones que han hecho posible que esta investigación se haya llevado a cabo.

En primer término, al director de mi tesis doctoral, el doctor don RICARDO FRANCO GUZMÁN, por su inestimable apoyo personal y científico, a través de sus valiosas sugerencias, su continua predisposición a la discusión de los problemas y su aliento en los momentos de desánimo.

También deseo expresar mi agradecimiento a la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, a mis maestros y compañeros del área de derecho penal que con sus consejos y constantes muestras de ánimo me han ayudado a sortear no pocas dificultades.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUNIBILIDAD.

CAPÍTULO PRIMERO

ESTRUCTURA METODOLÓGICA.

I.- Justificación y relevancia del problema.

La denominada dogmática penal, identificada con la metodología analítica del delito, trata de construir una noción de éste mediante la atomización de sus elementos: conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad.

Sin embargo, si indagamos en el pensamiento de los escritores iuspenalistas a través la evolución histórica del delito¹ nos

¹ Vid. DAZA GÓMEZ, Carlos. Evolución de la doctrina del finalismo. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO Tomo XLVI Septiembre-Diciembre 1996, México D.F. Página 50 y ss.

convenceremos de que no todos los partidarios de la metodología analítica forman el mosaico del delito con igual número de piezas, unos no toman en cuenta la punibilidad y otros enunciándola, no la catalogan con exactitud.

Podemos entender la punibilidad como un fenómeno jurídico que emana del Estado para prevenir ciertos comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos y que se manifiesta en el momento legislativo, por medio del cual se crea la amenaza de sanción.

Sin embargo es necesario determinar si la punibilidad efectivamente forma parte o no del delito, y así determinar su naturaleza y sus alcances según las nociones que la doctrina ha construido y sobre las cuales no existe aún postura dominante, para contribuir en el desarrollo de la dogmática penal de la teoría del delito, nos servirá de apoyo partir de la idea de que la punibilidad se dirige básicamente a la prevención general del delito, ya sea en forma positiva por medio del convencimiento, o negativa por medio de la intimidación.

El desenvolvimiento de la punibilidad comprende los antecedentes de la institución, sus orígenes, desarrollo hasta su concepción tradicional, con teorías en favor de la punibilidad como elemento del delito y las contrarias que niegan ese carácter viéndola como una consecuencia; además hay quien sostiene que no es ni una ni la otra sino que es un presupuesto de la antijuricidad y por lo tanto complemento del tipo penal, por ello sería una forma tautológica volverla a ella, existen posturas eclécticas que dispersan aún más la certeza sobre la naturaleza jurídica de la punibilidad.

HANS HEINRICH JESCHECK señala que: "El sentido del concepto del delito es dividir teóricamente por medio de categorías formales la acción punible, de tal manera que el juez pueda incluir el caso individual en los elementos generales de la punibilidad y aprehenderlo así jurídicamente de modo fidedigno".²

² JESCHECK, Hans Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 12.

La tarea de formular los presupuestos conforme a los cuales se determina de forma general la punibilidad de una acción, parte todavía de la moderna dogmática penal alemana del concepto tripartito de delito como acción típica, antijurídica y culpable

II.- Alcance y ubicación en la ciencia del derecho penal.

Siguiendo a nuestro maestro el doctor RICARDO FRANCO GUZMAN nos dice: "El derecho penal objetivamente considerado es el conjunto de normas jurídicas que regulan el poder punitivo del Estado y que asocian al delito como antecedente de determinadas consecuencias penales. Existen tres conceptos básicos en todo derecho penal, a saber delito, delincuente y pena. La ciencia del derecho penal es pues, la disciplina que estudia al derecho penal objetivamente considerado".³

La ciencia del derecho penal esta dividida en dos grandes partes, la general y la especial, es en la primera donde se ubican la introducción

³ FRANCO GUZMÁN, Ricardo. En apuntes de la clase elementos y presupuestos del delito. El 1 de Septiembre de 1997.

al derecho penal, la teoría de la norma penal, la teoría del delito, la teoría del delincuente y la teoría de la pena, y en la segunda los delitos en particular.

Es en la teoría del delito donde se ubica la presente investigación, sin embargo aún y cuando existe en nosotros la idea de no salir del ámbito señalado, la misma interrelación de los temas provoca que en ocasiones estos pueden abarcarse desde dos ámbitos diferentes.

La punibilidad ha sido estudiada por diversos autores, sin embargo no existen criterios únicos respecto a ella, lo cual no resta importancia en su estudio como un tema acabado, por el contrario como lo expresa el nuestro profesor el doctor LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA "entre los temas más importantes de estudio del derecho penal encontramos a la punibilidad, y a las formas de extensión de la misma".⁴

⁴ Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 10ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996. Página 88.

Una de las finalidades de la punibilidad es la prevención, y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatoria negativa, sino como prevención integradora positiva.

Esto significará que: la punibilidad no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de una perpetración de delito, un efecto tal sólo esperar de una ilustración rápida y efectiva sobre el delito, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves, dar certeza jurídica y confianza en la comunidad.

A.- Contenido de las normas penales.

En la parte general del derecho penal se incluye las materias de introducción al derecho penal, la teoría de las normas jurídico penales, la teoría del delito, la teoría del delincuente y la teoría de las penas y medidas de seguridad.

Dentro de la teoría de la norma jurídico penal encontramos a la norma penal que tiene como sus elementos el precepto y la sanción.

Sus destinatarios son: a) órganos del Estado b) súbditos c) directamente a los órganos del Estado e indirectamente a los súbditos d) órganos del Estado como a los súbditos e) el precepto a los súbditos y la sanción a los órganos del Estado.⁵

HERBERT LIONEL ADOLFUS HART, sostuvo que las reglas confieren potestad como fragmentos de normas jurídicas, en su versión extrema este argumento negaría que aun las reglas del derecho penal, tal como se las formula generalmente, son normas genuinas. Es en esta forma en que el argumento ha sido adoptado por HANS KELSEN: "El derecho es la norma primaria que establece la sanción", no hay norma jurídica que prohíba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que

⁵ Vid PORTE PETIT, Celestino. Programa de derecho penal, parte general. 3ª edición, México, TRILLAS 1990. Página 140.

prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio.⁶

CARLOS BINDING⁷ no sólo se limitó a demostrar la existencia de las normas, la cual comienza a existir con la imposición expresa o con la proclamación concluyente por parte del legislador, la prohibición es dictada porque la conducta prohibida, en la medida en que excepcionalmente no se reconozca algún derecho o deber con respecto a su realización, se presenta como inadmisibile para el orden jurídico; el mandato, porque la realización de la acción ordenada se presenta como indispensable, es decir, que su omisión es inadmisibile.

A cerca del objetivo de la norma, "Este juicio acerca de la inadmisibilidat jurídica de determinadas acciones u omisiones es el presupuesto conceptual de todo dictado de una norma y, al mismo

⁶ Cfr. HART, Herbert Lionel Adolfus. *El concepto del derecho*. Trad. Genaro R. Carrio. 2ª edición, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1995. Página 45.

⁷ Citado por KAUFMANN, Armin. *En Teoría de las normas*. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, DEPALMA 1977. Página 15.

tiempo, su único motivo. La expresión jurídico positiva de este juicio se realiza en la formulación de la norma misma".⁸

Por lo tanto, el único objetivo de la norma es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efecto perjudicial al derecho y ordenar otras a causa de su inconveniencia; pero a este objetivo subyace una valoración de aquellas acciones y de estas omisiones, por parte de la ley.

Así, la base para la formulación de toda norma lo constituye el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas del comportamiento normado con relación a las necesidades del orden jurídico. Es correcta la concepción según la cual la norma, a través de sus prohibiciones pretende reconocer y, al mismo tiempo, reconoce la inadmisibilidad de las acciones y omisiones prohibidas.

⁸ Idem.

Pero de la prohibición y del mandato no se infiere que la valoración del legislador haya sido realmente la corrección, pueden existir otros fines, políticos, económicos o sociales dependiendo del momento histórico.

El delito surge por la norma; la posibilidad de su violación por parte de cada uno, a través de su toma de conocimiento y únicamente a través de ella. "El jurista humilla indignamente al derecho cuando considera que su existencia necesita de otra justificación, a más de la que obtiene la voluntad general a partir de la necesidad, libremente reconocida, de la regulación de la comunidad".⁹

Nuestras leyes penales bipartitas contienen primeramente una parte descriptiva de la acción u omisión que es el presupuesto de la segunda, que es prescriptiva.

Se plantea la cuestión de sí la prescripción de la segunda parte de la ley penal representa un imperativo real, una orden, que vale para

⁹ *Ibidem*. Página 16.

sujetos jurídicos perfectamente determinados o constituye tan sólo un caso de aplicación de la forma habitual. (la pena debe o no aplicarse).

De aquí surge que si la ley penal fuera un imperativo, surgiría entonces la cuestión de saber a quién se dirige este imperativo. Como sólo se trata de la imposición o no imposición de una pena y para ello existen dos sujetos, y tres posibilidades puede dudarse si la orden se dirige al que castiga, al que ha de ser o no castigado, o a ambos.

Nos dice ARMIN KAUFMANN¹⁰ sobre las tres posibilidades, primeramente a) Si el obligado fuese el criminal, entonces la orden le impondría el deber jurídico de aceptar la pena merecida. Toda sustracción de la pena sería otro delito más; el encubridor de un asesino actuaría contra la ley penal y contra el asesino. Es obvio cuán disparatado es relacionar el imperativo de nuestras leyes penales con esta clase de personas.

¹⁰ KAUFMANN, Armin. En Teoría de las normas. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, DEPALMA 1977. Página 15.

b) Pero la orden de la ley penal tampoco vale con respecto a los jueces penales o a los funcionarios encargados de ejecutar la pena. Si lo fueran, en caso de que se dejara de aplicar el derecho, las leyes penales no serían realmente obligatorias. Tampoco es asunto del juez castigar. El deber de decidir imparcialmente acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la acusación penal surge en el juez sólo de las tareas jurídicas de su puesto. Muy similar es la situación de los funcionarios encargados de ejecutar la pena.

c) Sólo quedaría como destinatario de la orden de la ley penal el Estado legislador. Este puede perfectamente auto obligarse. En este caso, la ley penal sería una norma para el detentador del poder penal, es decir, el Estado. Pero, como el jefe de Estado no sólo no tiene sino que no puede castigar en persona, aun cuando quisiera, fracasa también esta última posible interpretación de la ley penal como un imperativo.

De esto tenemos que el verdadero carácter de la ley penal será cuando se vea al derecho penal como una proposición jurídica legítimamente; CARLOS BINDING llama también a estas

proposiciones jurídicas afirmativas. Según él, la ley penal afirmativa es aquella proposición jurídica que regula el origen, contenido y fin de la relación jurídico penal entre quienes están autorizados a aplicar la pena y el criminal.

Como el derecho penal significa también deber penal y en la actualidad el Estado es el único que está autorizado a imponer penas, las leyes penales son todas las proposiciones jurídicas que norman el origen, contenido y desaparición de los deberes penales estatales. El deber penal legal no puede cumplirse de manera inmediata. Por esta razón, la ley penal no es una norma dirigida al juez, a las autoridades encargadas de ejecutar la pena o al jefe del Estado, sino sólo la razón obligante para el dictado de tales normas en servicio de la realización de la ley penal.

Las tareas de la ley penal que CARLOS BINDING¹¹ considera son:

¹¹ Citado por KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, DEPALMA 1977. Página 18.

1) Determinar cuáles son las normas cuya violación requiere pena.

2) Establecer en qué medida las violaciones de normas son crímenes, ya que sólo excepcionalmente las violaciones culpables de normas se presentan como punibles.

3) Asignar a los distintos crímenes y, dentro de un mismo género de crímenes, a las distintas manifestaciones de aquellos, el grado de punibilidad, es decir, la correspondiente pena, según la gravedad de los delitos.

Las leyes penales determinan, pues, qué delito es punible y cómo ha de ser medida la pena. CARLOS BINDING llama al delito punible crimen.

Para la imposición del derecho de sumisión que resulta de la norma, existen dos posibilidades de aplicación de la coacción: coacción de cumplimiento (coacción física) y coacción de seguridad (coacción psicológica).

Sin embargo, con relación al crimen ya cometido, fracasa la coacción de cumplimiento como medio para la imposición del derecho subjetivo de sumisión del Estado.

Tampoco la coacción de seguridad puede evitar la violación del derecho subjetivo de obediencia. En realidad, la ley penal pretende también actuar como amenaza psicológica; pero cada crimen es la demostración del poder limitado de esta prevención. Una vez cometida la desobediencia no hay nada que pueda volverla inexistente. Por lo tanto, sólo queda la posibilidad de que el derecho de obediencia violado se transforme en un derecho a la coacción por desobediencia, en contra de quien desobedeció. Esta transformación de una obligación de entregar una cosa, en una exigencia de compensación.

A la ley penal objetiva le cabe el papel de crear el derecho subjetivo a la coacción. La violación del derecho de sumisión es la fuente del derecho penal subjetivo, que es establecido por el derecho penal objetivo.

El derecho subjetivo de coacción, surgido mediante esta transformación exige el sometimiento del culpable al poder jurídico que no respetó, como represalia por la violación jurídica irreparable cometida. El derecho de sumisión se ha transformado en un derecho, a la conservación del señorío del derecho.

El objetivo de la norma es preventivo, como lo es también el de la ley penal, pero no lo es el fin de la imposición de la pena. Tampoco se castiga el hecho del criminal sino que éste es castigado a causa de su hecho. El hecho no puede ser redimido por la pena; así como tampoco es posible la eliminación ulterior del crimen. De esta manera, se niegan las llamadas teorías de la redención.

Según CARLOS BINDING, la prevención especial es al menos posible como objetivo subsidiario de las especies de penas. De manera indirecta, reconoce el efecto especial preventivo de la pena, desde el momento en que la concibe no sólo como dolor sino también como enseñanza. Este resultado es (por lo general) inmanente a cada pena. Pero, como la prevención especial puede ser tan sólo un fin subsidiario, CARLOS BINDING lo elimina del derecho positivo.

También es penado el autor con respecto al cual no puede tenerse una repetición del hecho, al igual que aquel de quien no puede esperarse una mejoría o intimidación. Además, la ejecución de la pena está delimitada exactamente y termina con independencia del objetivo de prevención especial que pueda haberse logrado. Así, pues, como efecto subsidiario de la pena puede ser considerado tan sólo el intento de mejorar o intimidar al penado mediante la ejecución de la pena adecuada.¹²

B.- Norma primaria y norma secundaria.

El origen de esta distinción normológica se remonta a CARLOS BINDING, Este constató que el delincuente no infringe la ley penal sino que actúa conforme a ella. Por tanto, no cabe hablar de infracción de la ley penal. Para tener una infracción es necesario que un sujeto realice lo contrario a lo prescrito en un precepto. Esto no significa que

¹² Cfr KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, DEPALMA 1977. Página 17.

no existan infracciones. El problema reside en que se identifica la ley penal con las leyes que realmente viola el sujeto.

Estas leyes se denominan normas, que son el presupuesto lógico de las leyes penales. La norma y la ley penal tienen diferentes destinatarios. La primera se dirige a los ciudadanos. La segunda sólo puede tener por destinatario al propio Estado, ejemplo de ello es el Estado Alemán.

En la actualidad la doctrina distingue entre normas primarias y secundarias o entre normas de conducta y de sanción. Mientras las primarias van dirigidas a los ciudadanos, las secundarias se dirigen a los jueces y tribunales. El contenido de la norma primaria depende de sí se la concibe como norma de determinación, de valoración o mixta.

La norma secundaria está integrada por el conjunto de presupuestos que desencadenan la pena. Entre norma primaria y norma secundaria existe una conexión en la medida en que el primer presupuesto de ésta es la infracción de la norma primaria.

Sin embargo, el contenido de la norma secundaria va más allá pues el ámbito de lo punible es más reducido que el de la infracción de la norma. Así, sólo se castiga con una pena la infracción culpable de la norma. Pues bien, no sólo la culpabilidad constituye un presupuesto de la norma de sanción, sino que también las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias forman parte de ésta.

La distinción entre norma primaria y norma secundaria en la elaboración de la teoría jurídica del delito, consiste en que la norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del derecho penal, de modo que se estima que tiene sentido necesario de dirigir una conminación penal y limitar consiguientemente el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena, a fin de disuadirles de la realización de tal conducta. En cambio, la norma secundaria expresa la segunda decisión político criminal fundamental: la que lleva no ya a limitar la esfera individual de libertad de acción a través de la amenaza de la pena, sino incluso a incidir directamente, en términos limitadores,

sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo.

Desde estas premisas considera que el delito ha de contemplar dos momentos esenciales: la infracción de la norma primaria y los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal. De este modo, el delito contiene dos categorías fundamentales: la antijuridicidad penal y la sancionabilidad penal que podría denominarse punibilidad, siempre que se entienda como la posibilidad de merecimiento de penalidad.

A su vez, dentro de cada una de ellas se distinguirían diversas subcategorías. En la sancionabilidad incluye la culpabilidad, el resultado y otros elementos eventualmente concurrentes y condicionantes de la punibilidad del mismo.

Ciertamente, el ámbito de la norma penal es complicado, sin embargo sostenemos nuestros puntos de vista apoyados en los dogmas que hasta la fecha se han elaborado sobre el mismo.

C.- La dogmática jurídica.

La dogmática como doctrina o cuerpo de creencias implica un grupo de verdades indiscutibles que sólo podemos asumir, no son cuestionables, lo que vuelve al derecho más controlable, al darle certidumbre conceptual.

Una construcción de tipo dogmático pretende establecer un núcleo de verdades indiscutibles, las cuales a su vez tienen como propósito volver al derecho un poco más controlable.

Al derecho penal científico se le conoce en la actualidad y más comúnmente como dogmática jurídico penal, su elaboración y fundamentación metódicas se deben, primordialmente, a CARLOS BINDING y FRANZ VON LISZT.

Más que una escuela se trata de un método para la investigación jurídica, método practicado en la actualidad por todas las doctrinas.

Sin embargo no sólo debemos hablar de sus iniciadores, sino de todos los que con sus aportaciones han permitido el desarrollo sostenido de la misma.

Entre los iuspenalistas la dogmática jurídico penal es entendida de diversas formas ejemplo de ello lo es el penalista JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA quien define: "La dogmática jurídico penal es el estudio general, abstracto, sistemático, critico y axiológico de las normas del derecho penal positivo y, en general, el sistema general de cada país".¹³ Resultan interesantes las actividades que según este autor son tarea de la dogmática.

También ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG nos dice: "La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue a un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por

¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. 2ª edición Bogotá, Colombia, Editorial THEMIS, S.A., 1989. Página 16.

consiguiente, al señalar límites y señalar conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerse a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, sino se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenadora y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho del que por no haber sido objeto de estudio sistemático y científico se desconoce su alcance y su límite”¹⁴

CLAUS ROXIN manifiesta al respecto: “La dogmática jurídico penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, en Estudios de derecho penal, Madrid, Citivas, 1976. Páginas 78 y 79.

ámbito del derecho penal. Aunque siempre se pueden oír repetidas voces críticas que declaran la dogmática jurídico penal un juego artificial intelectual sin mayor significación práctica.”¹⁵

Sobre el concepto de dogma, mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe. El dogma no está abierto al debate crítico ni al test de los hechos; se obvian los criterios que determina nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición (que es uno de los requisitos del conocimiento).¹⁶

Los criterios con que se juzga el carácter científico de una creencia pueden ser aceptados, ellos mismos, no científicamente sino dogmáticamente. Es decir que la distinción que consideramos no está dada por elementos definidos y terminantes sino que, presupuestas

¹⁵ ROXIN, Claus. Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal, Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992. Página 35.

¹⁶ Cfr NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. UNAM, serie G estudios doctrinales 7 México 1989. Página 17.

determinadas pautas (tal vez dogmáticamente) que nos habilitan a sostener la verdad de una proposición, cualquier aceptación de una proposición con ellas será admitida como científica.

Los criterios vigentes definitorios de la ciencia en una creencia requieren que ella no sea el producto de una mera convicción subjetiva, sino que haya sido confirmada directa o indirectamente por experiencias comunicables de un conjunto de individuos. Esta exigencia, se afirma, es el único medio que permite cierto grado de seguridad y control sobre las ilusiones, los prejuicios, las ideologías deformadoras, etcétera, que pueden motivar una convicción individual, como cuando la comunicación de resultados se hace en una línea de investigación.

También se habla de dogma con referencia a las prescripciones mandatos o normas. La dogmática religiosa por ejemplo, comprende, además de teorías sobre aspectos fundamentales de la realidad, prescripciones acerca de cursos de conducta vitales.

Aquí por supuesta, la calificación de dogmática no se refiere al modo de aceptar la verdad, ya que estas expresiones lingüísticas no son susceptibles de comprobación, sino a otro tipo de actitudes respecto a ellas. Las normas no son posibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera.

Dada esta característica distintiva del uso del lenguaje normativo, se dirá que se acepta racionalmente una norma si se le sostiene u obedece luego de haberla confrontado con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportuna, etcétera, y que se acepta dogmáticamente si se la acepta u obedece sin una previa confrontación con criterios de esa especie (los criterios, a su vez, puedan ser aceptados dogmáticamente).

La estimación axiológica puede ser directa o derivándola de otra norma que la implica y que ya ha sido objeto de apreciación valorativa. Pero este proceso de derivación no puede ser indefinido y, por lo tanto, habrá normas que por no ser derivadas de otras deben ser

confrontadas directamente con criterios axiológicos. Esto es análogo a lo que sucede con las proposiciones: una forma de justificar la verdad de una proposición es mostrando que deriva lógicamente de otra proposición cuya verdad está demostrada.

Con respecto a las proposiciones la derivación tampoco puede ser indefinida, y en algún punto nos encontraremos con proposiciones que nos se las haga de otra, por consiguiente, su verdad ha de ser establecida confrontándolas con los hechos.¹⁷

Uno de los problemas fundamentales de la teoría general del derecho consiste en establecer criterios para acotar el objeto de la ciencia del derecho.

Aquí supondremos que él mismo está constituido por norma, o sea por el contenido de ciertas expresiones lingüísticas con las que se intenta dirigir, justificar o criticar, la conducta de los individuos. Por supuesto

¹⁷ Cfr. NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. UNAM, serie G estudios doctrinales 7 México 1989. Página 18.

que esto acota sólo trivialmente el objeto de la dogmática: habría que intentar separar, como es usual, las normas morales, religiosas y de uso social, de las jurídicas.

Como tal tarea nos embarcaría en un tratado de filosofía del derecho, supondremos obviado el problema tampoco entraremos en el tema referido a cómo el dogmático selecciona por su vigencia territorial las normas que son el objeto de su estudio, por último, tampoco nos preocuparán aquí los criterios utilizados para seleccionar por su contenido las normas de que se ocupan los juristas de las distintas materias.

Los críticos apuntan, sobre todo, el carácter metafísico de muchas proposiciones de la dogmática, principalmente las vinculadas con concepciones iusnaturalistas.

Desde otro aspecto se ha imputado a la dogmática la comisión de una serie de confusiones debido a la falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje o sea sus reglas lógicas, semánticas y sintácticas, lo cual embarca a sus cultores en estériles polémicas.

Los abogados litigantes saben con frecuencia la suerte de un asunto depende en buen parte de la opinión de su jurista prestigioso, y cuando preparan un caso revuelven ansiosos las bibliotecas en busca de respaldo dogmático para su posición. Los jueces no sólo justifican sus decisiones en textos legales y en precedentes, sino también en opiniones doctrinarias. Los legisladores toman en cuenta de modo principal las interpretaciones dogmáticas en torno a una materia cuando se proponen normarla. Los profesores de derecho no solamente enseñan leyes y sentencias, sino que divulgan también doctrinas de escritores.

Estos hechos obvios, son demostrativos de que la actividad dogmática cumple una función relevante en la vida social y que no consiste, como muchas críticas parecen sugerir, en un parloteo vano. Por otra parte, los propios juristas saben que su actividad está sujeta a reglas metodológicas con algún rigor y que los resultados que obtienen son invariables por otros dogmáticos sobre la base de criterios compartidos.

Una construcción de tipo dogmático del derecho otorga estabilidad, genera objetividad, e impide la intromisión de criterios extrínsecos en la creación y aplicación del derecho, pero no hay que perder de vista que la dogmática no puede dar cuenta de la totalidad de la realidad dinámica, sólo esta posibilitada a determinar una parte de ella.

El derecho penal necesita la dogmática jurídica, pues ayuda a tipificar la realidad en el marco de la ley, es un amortiguador entre la realidad social y la ley.

Por otra parte, la concepción sobre la completitud, coherencia y precisión del derecho positivo es ciertamente equivocada, porque en general, el derecho tiene lagunas, contradicciones, vaguedad semántica y ambigüedad y sintáctica, pero aquí también el dogma se mantiene apoyado por una refinada técnica retórica basada en el presupuesto de la racionalidad del legislador.

El derecho no tiene lagunas, porque el legislador no puede querer dejar sin regular un ámbito de relaciones jurídicas. Si en apariencia hay alguna materia sin solución normativa, hay que descubrir algún

principio, que debe estar presupuesto por el legislador, del que se derive una solución para la misma; por último, las normas jurídicas no pueden ser ambiguas ni tener un significado impreciso. Esos vicios son sólo aparentes, ya que la inserción de una norma en un contexto sistemático les da un significado unívoco.

Estas ficciones responden, generalmente, a una constelación de concepciones sinceras de los juristas acerca de la naturaleza del derecho que se vinculan a las ideas del racionalismo.

La mayoría de los dogmáticos consideran como ideal actividad de no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas con consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir los principios implícitos.

La teoría general del delito se presenta al penalista como un presupuesto para su tarea tan firme, o más aún, que el propio código penal y constituye un límite severo a su labor creativa.

Es decir, que si bien la teoría general del delito constituye el exponente más relevante de la función creadora de derecho de la dogmática penal en su conjunto, constituye una barrera importante para la posibilidad del jurista de proponer soluciones normativas originales.

Por otra parte, tal teoría no es por cierto el producto de la fantasía de hombres geniales, sino que brinda fundamentos razonables para un grupo importante de disposiciones de la legislación penal moderna, si bien su función no se agota en esto, sino que se completa al permitir derivar normas no incluidas en el sistema legislado.

Más aún, es un hecho obvio que los legisladores contemporáneos en materia penal tienen en cuenta, en general la teoría general del delito, al formular sus prescripciones.

En síntesis podemos sostener que hay algún error de enfoque en la mayoría de las elaboraciones acerca de la dogmática jurídica. Por un lado se proponen esquemas de ciencia del derecho cuyos ideales no corresponden a los ideales latentes de la dogmática jurídica. Por el

otro, se mencionan defectos del aparato conceptual de la dogmática; esas críticas son acertadas en su mayoría, pero es necesario revisarlas si tomamos en cuenta, no lo que los juristas dicen hacer, sino lo que efectivamente hacen en cuanto a reformulación del ordenamiento positivo y los procedimientos que utilizan para desarrollar esta actividad no reconocida.

Quizá sería altamente beneficioso que la dogmática jurídica abandonará la fachada descriptiva de su actividad, que le lleva a cometer tantas conclusiones conceptuales, y abiertamente propusiera soluciones normativas originales basándose en las consecuencias valorativas de las mismas, pero esto sólo podría darse en un contexto social que lo permitiera.

La dogmática penal no es un juego ajeno a la vida social, sino una ciencia importante orientada a la praxis, para lograr un Estado libre, justo, seguro y capaz de conceder certeza a la sociedad.

1.- Valoraciones del intérprete.

Nadie discute hoy que el método de las elaboraciones dogmáticas es, por su objetividad, el más seguro para la interpretación y aplicación del derecho penal, en tanto, permite sustraer a éste de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de las meras razones de utilidad.

Por ello, es principio válido que el intérprete se mantenga dentro de un método que permita conocer la ley desde la identificación, y la comprensión del sistema y reconstrucción del conjunto normativo como primigeniamente fue propuesto por FRANZ VON LISZT.

Pero ello es sólo admisible en cuanto se obre con una clara conciencia de las limitaciones que su objeto mismo le impone, a sabiendas de que el valor de toda elaboración de esta clase es puramente instrumental, y no absoluto, y aceptando que podrían quedar cuestiones que nunca tuvieran respuesta apropiada.

A ese respecto, se ha señalado ya que son posibles y admisibles elaboraciones dogmáticas diversas, sobre la base del mismo material

normativo, lo que en nuestro medio ha sido claramente expuesto al afirmarse que la determinación del sentido razonable de las normas suele asentarse en la búsqueda de su fundamento, pero que la eficacia de este procedimiento sólo quedaría acreditada si el texto de la ley resultara explicable por un único fundamento, por el contrario, lo más frecuente es que las normas del derecho penal positivo sean compatibles con más de un fundamento.¹⁸

Lo expresado hasta aquí, en cuanto a que las leyes penales pueden ser explicadas a partir de fundamentos distintos y por lo general excluyentes, evidencia que el punto de partida de toda argumentación dogmática requiere una elección del intérprete, es decir, que éste se decida por uno de los fundamentos posible.

El único límite para esta decisión es que el texto de la ley pueda como deducible del fundamento elegido, con ello el problema central es el de los verdaderos dogmas de la dogmática penal, o dicho con otras

¹⁸ Cfr. GARCÍA, Luis M. Reincidencia y punibilidad; aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires, Argentina, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. Página 3.

palabras, el de los puntos de partida de las cadenas argumentales que fundamentan la interpretación.

Los dogmas así concebidos pueden consistir en la enunciación de un criterio inicial que no está sometido a discusión o, por el contrario, sólo una hipótesis susceptible de ser expuesta al debate.

El problema que se plantea no es novedoso, sino que sólo constituye un intento de explicar ciertas premisas que, si bien no son declaradas expresamente por los dogmáticos en sus elaboraciones, están a menudo de modo tácito admitidas como punto de partida de sus explicaciones.

En otras palabras, no se propone aquí el abandono de la dogmática penal como el método de explicación más racional de las normas legales y sus contenidos, por el contrario, se pretende darle su verdadera dimensión diferenciando claramente cuál es el dogma de cuál es el sentido que puede asignarse a la ley conforme a ese dogma, y cuál es el sentido que, aunque lógicamente posible, es incompatible con el dogma.

Por lo demás, ni el intérprete, ni los jueces al dictar sentencia, se encuentran exentos de recurrir expresa o tácitamente al dogma que funda la interpretación sobre el alcance de un determinado texto legal, lo que se hace más evidente cuando se trata de la aplicación de normas parcialmente indeterminadas. Esta actividad implica necesariamente una actitud valorativa.

“Por ello son criticables los esfuerzos intelectuales que, con declarado fin de paliar la falta de seguridad y certeza sobre el contenido de las normas jurídicas, no reconocen, en primer lugar, que ningún sistema jurídico tiene que decidir los casos no resueltos expresamente por el derecho positivo, tendrán que hacerlo de acuerdo con premisas valorativas”.¹⁹

De lo dispuesto se sigue que sólo la definición de los dogmas hace posible remontar las cadenas argumentales del acto de interpretación

¹⁹ GARCÍA, Luis M. Reincidencia y punibilidad; aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires, Argentina, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. Página 6.

a un único fundamento que permita aceptarlo como válido, y por otra parte, constituye el momento valorativo del que aquél no está exento.

Ello ocasiona que la falta de una distinción precisa de estos extremos ha llevado, frecuentemente, a que se critique como irracional el resultado de una interpretación, cuando, en realidad, las divergencias no radican en el método empleado sino en el momento valorativo mismo, es decir, la definición del dogma y de su alcance. Que dependerá del momento histórico y de las contingencias que en esa valoración se han de tomar en cuenta.

CAPÍTULO SEGUNDO

REFERENCIAS HISTÓRICAS.

I.- Justificación de la autoridad del Estado y el ius puniendi.

Desde hace siglos el espíritu humano se viene preguntando si el estado posee un legitimo derecho de castigar a quienes han infringido importantes normas de convivencia social.

El Estado no podría imponer a quienes quebrantan las normas más sustanciales necesarias para la convivencia humana ninguna medida que significará por sí misma un mal; pero debemos recordar el hecho de que hasta ahora ningún estado haya renunciado jamás a tal derecho ni haya posibilidades reales de que alguno vaya hacerlo en el

futuro, y además observamos que nuestra reacción es completamente subjetiva ante muy graves crímenes.²⁰

Es por ello que se justifica la autoridad del estado para la protección y el acatamiento al régimen jurídico existente en la sociedad, sin esa protección seguramente no todos los individuos de una colectividad respetarían el orden, el Estado actúa dentro de un campo normativo que el mismo elabora y legitima, delimitándolo y conservándolo a través de la coacción.

Ese campo normativo esta integrado por diversas disposiciones donde se regula la intervención del Estado y se da certeza a los particulares, es decir se establecen principios y ciertas pautas sin las cuales el Estado no puede ejercer validamente su actividad inhibitoria y coaccionadora.

²⁰ Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado, En El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1985. Página 202.

“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos é independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por ello una parte de ella para gozar de la restante en segura tranquilidad”.²¹

Ese sacrificio por parte de los individuos que conforman un Estado se da automáticamente, no se pregunta si se quiere o no ese menoscabo en su libertad, sino que el Estado amparado en una causa de beneficio comunitario taja la libertad de sus miembros, haciendo valer su poderío ante ellos.

Cuando los individuos integrantes de una comunidad no respetan ni cumplen el orden establecido por las normas y las violan, el Estado esta justificado para coaccionar a esos individuos imponiéndoles penas que se establecen las mismas leyes, es decir, si la eficacia del

²¹ BECCARIA, César Bonesana Marqués de. Tratado de los delitos y de las penas, 6ª edición facsimilar, México, editorial PORRÚA, 1995. Página 7.

derecho no se logra por convencimiento de la sociedad esta se debe lograr por coacción.

“La pena debe ser necesaria para restablecer la vigencia lesionada de la norma. En la medida que la vigencia de la norma permanezca estable de todas formas por otras causas, se puede renunciar a la pena”.²²

II.- Evolución de la punibilidad en la doctrina del delito

El desarrollo de la punibilidad en la teoría del delito ha sido motivo de múltiples investigaciones, no obstante lo anterior aún no se ha podido llegar a una concepción única, las diferentes doctrinas alrededor del delito a provocado una gran diversidad de teorías, empero ha permitido la evolución y desarrollo de la ciencia del derecho.

²² JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el derecho penal? ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XLVII, Fasc. II Mayo-Agosto 1994, Madrid, España. Página 139.

Sin duda Alemania e Italia han sido la cuna del desarrollo histórico y la evolución de las doctrinas y teorías sobre el delito, grandes exponentes han hecho posible a través de sus estudios la compleja estructura que en la actualidad se observa sobre el tema, los orígenes de las instituciones fueron producto de la meditación y en muchos casos de la intuición, respecto a la ley y su interpretación.

En palabras del doctor don RICARDO FRANCO GUZMÁN, recordaremos que: "PABLO ANSELMO VON FEUERBACH, el fundador de la moderna ciencia del derecho punitivo, con su teoría penal preventiva de la coacción psicológica que subraya cada vez más hacia la necesidad de que las conductas punibles se encontrarán sólo en la ley. Los dogmas nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, redactados así, en latín pertenecen al fecundo pensamiento de PABLO ANSELMO VON FEUERBACH".²³

²³ FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto Formación del concepto de Antijuricidad. México, S.E. 1950. Páginas 15 y 16.

Es a partir de la interpretación de esos dogmas cuando se van tejiendo las ideas respecto a la ley y al delito, por ejemplo CARLOS BINDING, en sus empieza a distinguir el mandato jurídico, de la ley positiva; para él la norma o mandato, jurídico fundamenta el derecho del Estado a ser obedecido y su lesión constituye el presupuesto fundamental de lo penal, y por lo que respecta a la estructura del delito, lo entiende como un acto antijurídico y culpable que tiene como consecuencia una pena.

En esta definición se observará que CARLOS BINDING considera la pena como una consecuencia y no como un elemento del delito, sin embargo la mención de la consecuencia pena, se desarrollará más tarde inclusive formando una teoría especial y diferenciando a la pena de la punición y de la punibilidad.

Empieza a elaborarse una teoría del delito, basado en la tipicidad, que desarrollara más tarde ERNEST VON BELING quien califica a delito como la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad como

puede observarse se encuentran los elementos del delito separados, y con cierta independencia, aunque formando todo el delito.²⁴

Sin embargo el mismo ERNEST VON BELING, la modificará más tarde, y en su Grundzüge, hasta la décima edición dice que acto punible es una acción (Handlung) conforme a un tipo de acto punible descrito en la ley (tatbestandmässige Handlung), antijurídica (Rechtswidrige), culpable (Schuldhaft) sujeta a la apropiada sanción penal (eine einer passenden strafdrohung unterstellbare Handlung), que comprende todas las condiciones de la sanción penal (eine des Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung).

En la última edición de su Grundzüge, une ERNEST VON BELING el requisito de tipicidad al de antijuricidad, a la manera, pero no en la forma, en que lo comprende EDMUND MEZGER, y reconoce, debido a las críticas de éste último autor y principalmente la las de MAX ERNEST MAYER, que censuraron acremente la inserción de la

²⁴ Cfr. FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto Formación del concepto de Antijuricidad, México, S.E. 1950. Página 18.

amenaza penal como requisito, que el delito es la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se de una causa legal de exclusión de la pena.

ERNEST VON BELING había considerado la posibilidad de que desapareciese la amenaza penal adecuada, que tanto preocupó a EDMUND MEZGER y a MAX ERNEST MAYER, pero la relevó, en forma negativa, a una forma de exclusión.

La amenaza de la pena (punibilidad) como conducta inhibitoria se excluía según estos autores para evitar la tautología.

Para FRANZ VON LISZT la nota de tipicidad no es necesaria, pues está incluida en la definición que proporciona, diciendo que delito es acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena.

Y es precisamente en esta última parte donde FRANZ VON LISZT cree estar en esencia de acuerdo con ERNEST VON BELING, aunque critica el que este autor hubiera resaltado con intensidad poco acostumbrada la importancia de los hechos definidos o típicos. Al decir

FRANZ VON LISZT que la tipicidad está incluida en su definición, entiende por aquélla la descripción del acto culpable, antijurídico, y su consecuencia, que consiste en una pena.

EBERHARD SCHMIDT, comenta en las últimas ediciones post mortem, el famoso libro de FRANZ VON LISZT, dónde ya no incluye la penalidad como nota característica del delito, sino que la entiende como una simple consecuencia.

EDMUND MEZGER define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable; así, sola, excluyendo expresamente el requisito de estar sancionado con una pena, pues al igual que MAX ERNEST MAYER lo había sostenido; para EDMUND MEZGER la inclusión de la pena en el concepto de la definición del delito, supondría una construcción pleonástica.

Es una importante decisión la de EDMUND MEZGER, sin embargo eso traerá como consecuencia una dicotomía respecto a sí la punibilidad debe o no estar dentro de los elementos constitutivos del delito.

El problema de la dogmática de delito sobre la punibilidad también se ha tratado en Italia, pues siempre existió gran preocupación para resolver las cuestiones de definición y composición del mismo.

FRANCESCO CARRARA decía que: el delito es un ente jurídico que para existir necesita de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser, es la contradicción de aquellos preceptos con la ley jurídica.

Esta definición se apoyaba en la distinción proclamada por el gran maestro italiano de que en el delito podían distinguirse dos elementos: el objetivo y el subjetivo, es decir, un elemento material y otro moral. Esta era la llamada bipartición del delito, o dicotomía, que perduró durante mucho tiempo en la mente de los penalistas italianos.

Además se introdujeron nuevos elementos, como la antijuridicidad, la tipicidad y la punibilidad. En vez de la bipartición, se adoptó una tripartición y aún una tetrapartición que fue bien acogida y, que fue

creciente entre los penalistas como en, GIUSEPPE MAGGIORE, BIAGIO PETROCELLI, ARTURO SANTORO, RAUL ALBERTO FROSALI, GIUSEPPE BETTIOL, BERNARDINO ALIMENA, y FILIPPO GRISPIGNI entré otros.

FRANCESCO CARNELUTTI quien concibió al delito formado por elementos subjetivos y objetivos, répresentados por dos notas subjetivas, que serían la capacidad y la legitimación y tres requisitos objetivos que serían la causa ilícita, la voluntad culpable y la forma prohibida, lo que constituye un avance muy sólido en la dogmática jurídico penal.

Para GIULIO BATTAGLINI en el delito se encuentran tres elementos: el hecho, que debe ser típico, la culpabilidad y la punibilidad. Este autor desprende de sus estudios la necesidad de considerar a la punibilidad como elemento del delito, encontrará después opiniones en contrario, sin embargo es de los autores que se encuentran a favor de la inclusión de esa característica.

GIUSEPPE BETTIOL considera que es oportuno seguir la tripartición también; considera el delito formado por el hecho, la antijuridicidad y la culpabilidad. El hecho debe ser típico, y la punibilidad no es un elemento del delito, porque es una nota genérica de todo el delito, contrario a GIULIO BATTAGLINI, sin embargo ve a la punibilidad como el genero de todo delito.

FRANCESCO ANTOLISEI dice: la antijuridicidad es el delito mismo, la esencia del acto delictuoso y no tiene el carácter de elemento; respecto a la tipicidad, considera como un producto de la mente alemana, completamente innecesario, pues sin necesidad de la introducción de la tipicidad entre los elementos del delito, se entiende que para que una conducta sea punible es necesario que se encuentre previamente recogida en la ley; por lo que toca a la punibilidad, imposible admitirla como elemento del delito, porque la pena y por tanto punibilidad no son más que consecuencias del acto delictuoso. Es importante señalar que este autor confunde los términos de punibilidad y pena tomándolos como una sola categoría.

Durante el desarrollo histórico de la punibilidad en las diferentes doctrinas del delito, hemos observado una gran preocupación por el problema y a pesar de que no se encuentran acordes ni en los elementos ni en las características del delito, ello no significa un retroceso, al contrario es la diversidad y la crítica lo que hace crecer y fomentar los estudios sobre la ciencia del derecho penal y específicamente sobre la dogmática del delito.

III.- Seguridad jurídica y control social.

La seguridad jurídica es un elemento propio de todo derecho, es decir es la certeza en el orden coactivo, sin ella este no se legitima ante la sociedad y por ende no tendría sentido, el hecho que el derecho tenga ya establecidos sus medios de acción y las reacciones específicas a cada estímulo es lo que da congruencia y certeza al sistema, logrando así una aceptación general que produce el control social necesario para la convivencia social.

No obstante lo anterior no se debe olvidar que la validez del derecho no se da por aceptación o no del mismo sino por la eficacia de este

para hacer cumplir sus disposiciones, ya sea por convencimiento, persuasión, inhibición o por la coacción signo característico del orden jurídico.

Es necesario encontrar los medios adecuados para que el derecho cumpla con su función reguladora en el ámbito social, esto se logra con la seguridad jurídica y la certeza, aunque no debemos olvidar que también por medio de la fuerza.

Una justificación en el uso de la fuerza la puede dar la dogmática con su discurso jurídico o la política criminal con el uso y propuesta de las medidas necesarias para ejercer el control social.

“Dogmática penal y política criminal se implican recíprocamente. La dogmática penal establece los presupuestos de los que depende la punibilidad de una acción. La política criminal determina las sanciones que vienen en consideración frente al autor. Es más fácil restituir los

bienes que la confianza perdida en el orden interno de la comunidad".²⁵

De este modo se justifica el hecho de la afectación de bienes particulares y aún colectivos por la supremacía del orden jurídico, que nos guste o no a veces lleva implícito intereses particulares de los ostentadores y de los grupos de poder.

HANS HEINRICH JESCHECK manifiesta con estas líneas la importancia de la política criminal al señalar que: "La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho penal, pondera los límites hasta donde el legislador puede extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute como puede configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para que correspondan a la realidad del delito y comprueba si el

²⁵ JESCHECK Hans Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 32.

derecho penal se haya configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal".²⁶

Para GÜNTHER JAKOBS "El Derecho penal tiene la misión de asegurar suficientemente la vigencia estable de normas centrales, imprescindible para la existencia de una sociedad".²⁷

Se justifica pues la acción inhibitoria o coactiva del derecho para mantener vigente el control social, que dará como consecuencia seguridad en el orden jurídico al tener certeza en el mismo.

A.- Necesidad de la punibilidad para proteger bienes jurídicos.

Dentro de las diversas corrientes del derecho existen los subjetivistas parten de la teoría de los imperativos de origen kantiano. Consideran a las normas como imperativos categóricos, necesarios e indiscutibles,

²⁶ *Ibidem*. Páginas 29 y 30.

²⁷ JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el derecho penal? ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XLVII, Fasc. II Mayo-Agosto 1994, Madrid, España. Página 139.

sometiéndose por necesidades propias de la voluntad humana, en concordancia con su inteligencia para disfrutar de su libertad.

“El derecho se concibe como una voluntad que como fuerza psicológica (con ayuda de la amenaza penal) actúa sobre la voluntad misma del sujeto, que por lo tanto, está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley; de modo que ya sea el cumplimiento de la obligación como el acto de violación a la voluntad de la ley resultan ser forzosamente procesos voluntarios”.²⁸

“Fue, pues, la necesidad quien obligó á los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste á mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles

²⁸ FRANCO GUZMÁN, Ricardo, La subjetividad en la ilicitud. México, Editorial JOSÉ M. CAJICA JR., S.A. 1959. Página 24.

forman el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho".²⁹

El fin prioritario del derecho penal es la protección de determinados bienes que la comunidad estima altamente valiosos, y la punibilidad es el medio de que hecha aquella rama del derecho para inducir a los súbditos el respeto de tales bienes, sin embargo, no significa análoga coincidencia en orden a los hechos que deben reprimirse y respecto a las punibilidades que deben establecerse.

Es pues la necesidad de protección de los bienes lo que hace surgir a la punibilidad, entendiéndose como una amenaza a los por medio de la cual se inhibe la voluntad del sujeto a no cometer actos ilícitos en perjuicio de terceros, es necesario aclarar que si es amenaza no tiene un mínimo de efectividad el poder de la punibilidad es vano, ya que es en la eficacia del cumplimiento de las amenazas donde el derecho se vale del poder de disuasión de la punibilidad.

²⁹ BECCARIA, César Bonesana, Marqués de. Tratado de los delitos y de las penas, 6ª edición, facsimilar, México editorial PORRÚA, 1995. Páginas 10 y 11.

1.- La prevención general.

Para la teoría de la prevención general, la pena no es un fin en sí, sino que tiene un fin, el de combatir el peligro de delitos futuros por la generalidad de los súbditos del orden jurídico.

La punibilidad, pues, al amenazar con un mal, obra como contra impulso sobre la psique individual frente al impulso de delinquir, como un freno o inhibición que, en la mente del agente, transforma el delito, de causa de utilidad en causa de daño, induciéndolo a abstenerse del delito a fin de no incurrir en el mal amenazado.

Existen muchos criterios sobre la función de la prevención general, algunos sólo la toman como una justificación para aumentar las sanciones, otros la ven como el medio idóneo par la prevención de los delitos, pero desde cualquier punto de vista no se puede negar que esta es la razón de la punibilidad, ello claro sin menoscabar la certeza en el límite de la punición y fundamento de la misma.

HANS HEINRICH JESCHECK nos dice que: "por razón de la prevención general es irrenunciable la pena privativa de libertad para los delitos graves, especialmente los violentos, en la reincidencia contumaz, en el campo, así mismo, de la criminalidad intermedia y como sanción sustituiría cuando fracasasen las alternativas. Bajo el influjo del principio de la ultima ratio se ha reducido notablemente en Alemania la significación de la pena privativa de libertad".³⁰

Es claro como se justifican hasta las penas más severas en razón de la prevención general, no obstante como nos lo dice el jurista alemán sólo como ultima ratio.

El doctor don RICARDO FRANCO GUZMÁN nos dice de la prevención, que es posible considerarla como un fin de la aplicación de las sanciones a que se ve sujeto el autor de un hecho ilícito; ya que considera que "la prevención de los actos delictivos es uno de los fines

³⁰ JESCHECK Hans Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 27.

que puede desearse al imponer alguna consecuencia penal al sujeto del delito".³¹

Como hemos observado a través de la historia la finalidad de las penas no se ha considerado sólo venganza, inclusive en el código de Hammurabi, aún y a pesar de establecer penas igual de sangrienta a las sufridas, tenía como finalidad la falta de comisión de hechos contrarios a la sociedad, por medio de la intimidación y mediante la eficacia en las sanciones.

No todos los hombres en sociedad respetaban los intereses ajenos, pero como nos dice CÉSAR BONESANA: "para evitar estas usurpaciones se necesitaba motivos sensibles, que fuesen bastantes á contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Esos motivos

³¹ FRANCO GUZMÁN, Ricardo et al. Manual de introducción a las ciencias penales. Secretaría de Gobernación, México 1976. Página 12.

sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes".³²

La ley como motivo sensible tiene su fuerza en la inhibición de las conductas delictivas por temor a la sanción en ellas contenida.

"La pena o "sanción" que las normas imputan a las infracciones o violaciones de derecho penal buscan crear un motivo para que los hombres se abstengan de esa actividad (aunque la pena pueda servir otro propósito)."³³

Es justo reconocer en la pena otros fines, pero no se justifican sin ejemplaridad, es decir, el derecho tiene que valerse de los medios de coacción a su disposición, no sólo para readaptar al delincuente, sino para prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos.

³² BECCARIA, César Bonesana, Marqués de. Tratado de los delitos y de las penas. 6ª edición, facsimilar, México editorial PORRÚA, 1995. Páginas 7 y 8.

³³ HART, Herbert Lionel Adolfus, El concepto del derecho. Trad. Genaro R. Carrio. 2ª edición, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1995. Página 34.

Recordemos como nos lo dice el doctor LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA "la política preventiva tradicional que tendía a reducir a la criminalidad por medio del castigo o la retribución estaba orientada sobre el criminal".³⁴ Sin embargo la política preventiva también debe ocuparse de la víctima, no con la conminación a sufrir otro daño sino dirigida a tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de hechos delictivos.

Podemos decir entonces que la pena no tiene una función metafísica de retribución y expiación, sino la más simple y modesta de prevenir delitos.

El legislador amenaza con una pena aquellos comportamientos que por la grave perturbación que suponen para la vida social. Al menos así debiera ser, aunque no es esto siempre lo que sucede, a veces los delitos se tipifican no en interés de la comunidad, sino en interés

³⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología, Estudio de la víctima* 3ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996. Página 371.

exclusivo de un determinado grupo que acude al derecho penal para proteger un privilegio.

El legislador quiere evitar los delitos, confiando en que la mayoría de los ciudadanos, para no sufrir el mal anunciado, se abstendrán de realizar la conducta prohibida.

Pero al estar prohibida una conducta por el legislador este debe saber que tanto la forma dolosa, como la negligente o culposa están amenazadas por una pena en su comisión, de otro modo nadie tendría ninguna motivación jurídico penal para dejar de comportarse con dolosa o culposamente.

Con otras palabras: el legislador debe prevenir la modalidad dolosa o culposa del delito, y entonces para ello la amenaza por medio de la punibilidad, o bien renuncia a amenazarla con una pena y, con ello, renuncia a poner en marcha el mecanismo inhibitor, y, con ello también, renuncia a prohibirla.

CAPÍTULO TERCERO

BASES CONCEPTUALES DEL ANÁLISIS.

I.- Vaguedad e indeterminación del alcance del concepto punibilidad.

Casi todos los autores que han incursionado en la teoría del delito cuestionan y difieren en opiniones respecto al concepto, alcance y ubicación que ocupa la punibilidad en el derecho penal.

Al ser la dogmática un ente construido a partir de la ley y su interpretación, las diversas doctrinas tienen características diferentes ya que, como vimos³⁵ condicionan al objeto de estudio según las circunstancias históricas.

³⁵ *Supra* Capítulo primero.

Como nos lo dice el nuestro maestro el doctor don RICARDO FRANCO GUZMÁN "nuestra ciencia tiene en las manos solamente conceptos, los que no siempre presentan aspectos definidos".³⁶

Es indudable que la ciencia del derecho penal y especialmente la dogmática se desenvuelven con base en construcciones de diferentes pensadores que han determinado ciertos caminos y que la comunidad científica del área ha determinado como ciertos, esta es la manera de poder avanzar en las investigaciones, se va edificando la ciencia sobre principios que se han determinado como verdaderos, aunque no sea posible ir más allá de la ley.

En este punto el doctor EDUARDO LOPEZ BETANCOURT nos dice que: la diversidad de tesis que se han hecho respecto a la punibilidad, origine confusión, ya que de acuerdo las múltiples definiciones, el término puede tener varios sentidos; puede ser la oportunidad de

³⁶ FRANCO GUZMÁN, Ricardo. La subjetividad en la ilicitud. México, Editorial JOSÉ M. CAJICA JR., S.A. 1959. Página 31.

aplicar una pena, o puede ser la obligación o merecimiento de recibir una pena.³⁷

Partimos para llegar a despejar la interrogante a cerca de la veracidad de las definiciones que se han intentado de la punibilidad, de que la noción de esta institución jurídica particular ha variado dependiendo del momento histórico influenciada por factores sociales, económicos, políticos y culturales de cada país o de cada sistema jurídico, por ello nos daremos a la tarea de analizarlo de manera que nos dan una idea global y veraz del tema.

Es necesario entender de la misma forma que la punibilidad se ve afectada por cambios en las circunstancias de tiempo y lugar, la noción de delito también ha cambiado a través de las diferentes épocas y de acuerdo a los cambios sociales, por ello existen multitud de intentos de definiciones, cada una de ellas cargadas de múltiples ideologías.

³⁷ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. México PORRÚA 1994. Página 253.

A.- Concepto plurívoco.

El hecho de que la punibilidad sea entendida desde diversos puntos de vista y que de acuerdo a la doctrina o escuela ésta forma o no parte del delito ha ocasionado una profunda vaguedad.

Es sin duda uno de los grandes problemas que han ocasionado el desconocimiento y la falta de certeza en el mundo de la dogmática respecto a la punibilidad, es decir, no puede decirse algo de ella si la entendemos en modo diferente.

El hecho a que a la punibilidad se le entienda como conminación de sanción, o como posibilidad de aplicación de sanción, o como aplicación fáctica de penas, conduce lógicamente a caminos diversos, por lo que es necesario sustentar primero los alcances y límites de la misma, antes de intentar hacer ciencia de ella.

Además la punibilidad se ha considerado como un presupuesto del delito, como parte integrante del mismo y como su consecuencia,

fácilmente nos damos cuenta del problema cronológico, es pues la punibilidad anterior al delito, surge con él o es sólo una consecuencia.

A estas interrogantes trataremos de darle respuesta durante el desarrollo de la presente investigación.

Como primer paso se debe delimitarse el ámbito de la punibilidad.

B.- El doble sentido de la expresión punibilidad.

La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos caracterizado como pena. No obstante, puede acontecer que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal. Porque el derecho determine que ella no debe operar en ese supuesto, pese a la existencia del delito. Se trata de un grupo de casos de excepción, en que la coerción penal carece de operatividad por razones que unas veces corresponden al derecho penal y otras se hallan fuera de él, en el campo del derecho procesal penal, (excusas absolutorias).

Pese a que en un plano general puede distinguirse perfectamente la hipótesis en la que no hay delito, de la otra, en que hay delito, y lo único ausente es la operatividad de la coerción pena en el plano doctrinario ambos supuestos se han confundido con gran frecuencia, como también se han confundido los límites entre el derecho penal y el procesal penal, dando lugar a que no se distingan adecuadamente las causas de falta de operatividad de una y otra naturaleza.

Nos ocuparemos primeramente de establecer en forma clara, que puede haber delito sin que opere la coerción penal. Las dudas al respecto provienen de que un sector doctrina llama punibilidad a la posibilidad de coerción penal y la incluye dentro del concepto del delito.

Para esta corriente, el delito no se conceptúa sólo con las características generales y específicas que hemos señalado, sino que demanda un ulterior carácter específico que llama punibilidad y cuyo aspecto negativo se ha denominado excusas absolutorias. Entonces el delito sería una conducta típica, antijurídica, culpable y punible de ser ello cierto.

El planteamiento hallaría su justificación en que se parte de la definición del delito como conducta punible, que es una definición formal y tautológica, y se le reemplaza por una concepción analítica, en la que se trata de remplazar punible, por caracteres específicos.

Así resultará que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, pero como de esos caracteres no se deducen sin más la punibilidad, puede suceder que la conducta presente esos caracteres, y sin embargo no sé a punible, por consecuencia la punibilidad siempre debería permanecer como parte integrante de la definición del delito, sin que ello importe continuar en la tautología pre analítica.

A la objeción de que la punibilidad es una característica sobrante por tautología, se le respondería que no implica ninguna, ya que ésta puede estar ausente pese a la presencia de las restantes características dadas en la definición.

“En la doctrina italiana hay quienes consideran a la punibilidad como elemento del delito y a las causas que la excluyen como causas de

exclusión del mismo, en tanto que la mayoría sostiene que el delito no es el único presupuesto de la punibilidad, que puede ser excluida por causas distintas de la exclusión del delito".³⁸

Hay quien afirma con gran claridad que la punibilidad no es un carácter del delito, sino una consecuencia del mismo, ya que jurídicamente el delito se integra por el hecho típico, antijurídico y culpable. Otra cosa es decir que la punibilidad, a la par de aquellos elementos, es un presupuesto de la pena.

El argumento que pretende que no hay tautología en la definición, parte de un equívoco, que tiene su origen en una dualidad de sentido que hay en la voz punibilidad, muchas veces sin percatarnos, usamos la punibilidad en dos sentidos diferentes, lo que nos lleva a partir de una premisa falsa a conclusiones erróneas.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. México, La Mesa B.Cfa. CARDENAS editor y distribuidor. Páginas 17 y 18.

En efecto, pocas dudas puede haber respecto a que delito es conducta punible, pese a que muchos dirán que no es verdad, por que hay delitos que no son punibles. Para unos el delito es una conducta punible, en tanto que para otros la punibilidad puede depender de otros requisitos, además de que haya un delito. Ambas posiciones parecen encontradas en forma irreductible.

Sin embargo, sí meditamos, veremos que en unos casos estamos empleando la voz punibilidad, primero como merecimiento o dignidad de pena, y segundo como efectiva posibilidad jurídica de aplicar una pena.

Si tenemos en cuenta que este doble sentido, que es pasado por alto en el discurso ordinario el delito.

Es decir que por el mero hecho de ser una conducta típica, antijurídica y culpable, es un hecho punible (por que merece pena), aunque ocasionalmente no sea punible (no haya posibilidad jurídica de aplicarle pena). Aclarando esto y usando la expresión en un doble

sentido, las posiciones no resultan ya opuestas en forma tan irreductible.

Si tenemos en cuenta esta distinción, veremos que una conducta típica, antijurídica y culpable a la que el derecho penal impide la aplicación de pena, no deja de ser digna de pena, sino que no se le aplica la pena de que es digna.

Tanto en el plano jurídico como en el ontológico, no todo lo que es digno o merecedor de algo recibe efectivamente aquello de que es digno (el acreedor es digno de ser pagado, pero sino lo es, no por ello pierde su dignidad de acreedor; la mujer honesta es digna de respeto, pero sino es respetada, no por ello pierde el merecimiento de respeto).

De ahí que al merecimiento de penalidad no se siga automáticamente la aplicación de la penalidad, porque ésta puede inhibirse por razones que le son propias (excusas absolutorias) y que para nada dependen de los caracteres específicos del delito reunidos en la punibilidad (entendida como dignidad de penalidad).

La punibilidad, entendida como dignidad de penalidad y derivada de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puede no satisfacerse (y no operar en consecuencia la penalidad) por no darse la punibilidad, entendida como posibilidad de la penalidad merecida.

La operatividad de la penalidad (punibilidad en este segundo sentido) no es una cuestión que afecte al delito (a la dignidad de pena de una conducta delictiva), sino que se trata de un problema que se plantea y resuelve en la teoría de la coerción penal, (un niño puede comportarse tan mal que se haga merecedor de una palmada como correctivo, pero la madre puede desistir de la misma por tener la mano herida, sin que ello afecte en absoluto el merecimiento de corrección de la conducta del infante malcriado; sigue en posibilidades de ser merecedor el acreedor de que su crédito sea satisfecho, pese a que no pueda hacer efectivo el cumplimiento de la obligación porque mi deudor carece de bienes).

En el idioma alemán se habla de *Strafwürdigkeit* (dignidad de pena) y *Strafbarkeit* (penabilidad), y, aunque no suele hacerse la distinción, ambos términos se confunden vertidos al castellano, con la voz

punibilidad. La distinción entre ambos vocablos la hizo GILLERMO SAUER quien es citado por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, aunque en un sentido que no compartimos: penabilidad es el conjunto de los presupuestos positivos de la pena según la ley, o la sentencia, en tanto que dignidad de pena sería el conjunto de los presupuestos normativos de la pena para la ley y la sentencia de acuerdo con las exigencias de la idea del derecho (la justicia y el bien común).³⁹

No compartimos esta distinción iusnaturalista en el campo dogmático, pero creemos que los traductores de GILLERMO SAUER, (JUAN DEL ROSAL Y CEREZO MIR), yerran al traducir Strafbarkeit, por penalidad, pues, aunque sea un feo neologismo, su exacta traducción es penabilidad.

Para hablar con precisión deberíamos referirnos a dignidad de pena (o punibilidad) para denotar el carácter que la conducta adquiere como resultado de la presencia de los caracteres delictivos, y penabilidad

³⁹ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. México La Mesa B.Cfa. CARDENAS editor y distribuidor. Página 17.

para connotar la posibilidad de que le sea aplicable la penalidad de que es digna.

Cuando empleamos la voz punibilidad en el texto, generalmente lo hacemos en el segundo de los sentidos señalados, entendiendo que es también el sentido en que lo emplea la mayoría de la doctrina, que con base en estos argumentos excluye a la punibilidad de la teoría del delito.

Entendemos que la posición contraria confunde ambos sentidos y le asigna el sentido de posibilidad jurídica de aplicar pena, al partir de la base de que el delito es un hecho punible cuando ahí, justamente, sólo puede tener el sentido de merecedora de pena.

La punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad (Strafwürdigkeit) nunca puede escindirse del delito, pero la punibilidad entendida como posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece (Strafbarkeit) es un problema que debe resolverse en el ámbito mismo de la penalidad, es decir, en el núcleo central de la teoría de la coerción penal.

La circunstancia de que al delito que, por ser tal, siempre será merecedor de pena no se le pueda aplicar la pena que tiene merecida, resulta como necesaria consecuencia de que el derecho penal no se limita a abarcar típicamente conductas que son antijurídicas y culpables, asociándoles una sanción retributiva, sino a que con la pena que le asocia, y que no tiene naturaleza predominantemente retributiva, provee a la seguridad jurídica de una manera singular, por lo cual, características que son propias de su forma de proveer a la seguridad jurídica pueden determinar que un delito no sea penado, pese al abstracto merecimiento de la pena que conlleva siempre.

A este respecto resulta claro que si la norma penal no tuviese otra estructura y función que la de sancionar imperativos ya establecidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, no sería concebible hablar de delito sin punibilidad, porque en la previsión de la sanción se agotaría enteramente la norma penal.

II.- Diferencias entre punibilidad, punición y pena.

Es necesario aclarar aunque esto sea en forma somera, algunas confusiones de lenguaje en que han incurrido los dogmáticos penalistas.

Se habla de individualización de la pena para abordar, sin ninguna sistematización, tres problemas diferentes.

El relativo a la individualización legislativa, el concerniente a la individualización judicial y el de la individualización ejecutiva.

Asimismo, se emplea el término pena para referirse indiscriminadamente a tres materias distintas: la conminación legal que corresponde elaborar al legislador (instancia legislativa), la determinación de la específica sanción al caso concreto que lleva a cabo el juez (instancia judicial), y la ejecución de la determinación judicial que esta a cargo del órgano ejecutor (instancia ejecutiva).

El empleo impreciso e inadecuado del lenguaje, y la correspondiente amalgama de los problemas, ha dado lugar a confusiones sobre el

objeto de conocimiento, y su extravío en el manejo de los temas e incongruencia en las teorías relativas.

“En esta secuencia de ideas, si se trata de tres problemas diferentes habrá que dar tres denominaciones distintas. Al nivel legislativo, que es mera descripción general y abstracta, le denominaremos punibilidad. Al nivel judicial, que es actividad de aplicar la punibilidad al autor del delito, le daremos el nombre de punición. En cuanto al problema ejecutivo, que es ya el cumplimiento de lo determinado en la sentencia penal, cabe llamarle pena”.⁴⁰

Para tener una idea más exacta de las tres instancias, habrá que definir las, es importante señalar que varios autores lo han hecho, sin embargo creo que sobre el particular la doctora OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL es la más elocuente y veraz, por ello tomé como base sus definiciones:

⁴⁰ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985. Páginas 196 y ss.

Punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a este.

Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el órgano jurisdiccional para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

Pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

Consideramos de gran aportación a la ciencia del derecho penal las diferencias establecida por la doctora OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL de estos conceptos, que dejan una idea clara y delimitada de cada una de éstas instituciones jurídicas.

Entendiendo así las diferencias existentes entre vocablos que en la practica se toman como sinónimos, estamos preparados para intentar buscar una definición operativa que nos lleve a conseguir los objetivos en la presente investigación, pasamos enseguida a un análisis de diversas concepciones que se han dado de la punibilidad.

III.- Diversas acepciones sobre punibilidad.

A través del desarrollo de la teoría del delito diversos autores se han preocupado por definir lo que para ellos es la punibilidad, no existe uniformidad, sin embargo se logra comprender el alcance y significación de la misma.

FRANCISCO BLASCO Y FERNANDEZ DE MORENA señala que "punibilidad es conminación de la pena reconocida en el caso concreto, abstracción hecha de la efectividad de su aplicación".⁴¹ Este

⁴¹ BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnico-jurídica. CRIMINALIA, Año IX, Marzo 1943, No.7, México. Página 441.

autor la toma como una amenaza contenida en la ley al ejecutarse un determinado acto.

Por su parte el doctor RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO respecto a ella nos dice "La punibilidad. La acción antijurídica, típica y culpable para ser incriminable ha de ser conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser consecuencia de aquélla, legal y necesaria. "Ley sin pena es campana sin badajo" reza un viejo proverbio alemán. En nuestro derecho se señala al acto o a la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las leyes penales (artículo 7 del código penal), lo que hace según nuestra ley positiva el concepto del delito se integre con el elemento "acción" como presupuesto del elemento "punibilidad", que es su predicado".⁴²

Y continua el autor citado "debe reconocerse que la noción del delito ser integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la

⁴² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho penal mexicano, 12ª edición México editorial PORRÚA, 1977. Página 382.

conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica de delito".⁴³

FERNANDO CASTELLANOS TENA establece que la punibilidad es entendida desde tres puntos de vista a saber: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización cierta conducta", nos dice además que "se utiliza con menos propiedad para significar la imposición concreta de pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito" y finalmente la entiende como "la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes".⁴⁴

Podemos opinar al respecto que en el caso del autor citado, este da a la punibilidad tres sentidos diferentes, los cuales corresponden efectivamente a la punibilidad el primero, a la punición el segundo y

⁴³ *Ibidem*. Páginas 382 y 383.

⁴⁴ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*. 29ª edición, Porrúa, México 1992. Página 267.

finalmente al de la pena, con ello se comprueba una vez más la desventaja de dar a la punibilidad alcances distintos, que insisto nos llevan también a consecuencias distintas.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena.

Es punible una conducta cuando por su naturaleza se hace acreedora a ser penada engendra el ius puniendi.

Las nociones de punibilidad anteriores que nos da FERNANDO CASTELLANOS TENA, implican una punición o individualización de las penas, conceptos que son distintos al de punibilidad, porque aquellos se refieren al ius puniendi y esta es un presupuesto de la triplicación.

El autor citado dice que a punibilidad es la consecuencia la acción específica de imponer a los delincuentes a posteriori, las penas conducentes. Esta noción, se identifica con el concepto jurídico

fundamental de sanción, distinta a lo que es la punibilidad, un contenido esencial de la norma jurídico penal que describe una conducta delictiva.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS define a la punibilidad como: "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."⁴⁵

El ilustre penalista en cuestión determina que la función de la punibilidad es garantizar la armonía social, mediante la amenaza que el Estado hace a los posibles violadores de las normas jurídicas, en cierto sentido podemos afirmar que FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS concede a la punibilidad funciones de prevención general.

⁴⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de derecho penal mexicano, 9ª edición, Porrúa, México 1990. Página 487.

“La punibilidad es un elemento secundario del delito que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro código penal”.⁴⁶

Nuestro maestro el doctor EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT considera a la punibilidad como una consecuencia por la comisión de un hecho delictivo, sin embargo en su obra “Teoría del delito”, para fines didácticos la toma como un elemento del mismo.

“La punibilidad, según resulta del significado literal del término, no es más que la aplicabilidad de la pena, es decir, la posibilidad jurídica de imponer esta sanción. Dicha posibilidad constituye precisamente el efecto característico del delito”.⁴⁷

En la Argentina don LUIS JIMENEZ DE ASÚA establece que la punibilidad no es solamente elemento esencial del delito sino que es el

⁴⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo Teoría del delito. México PORRÚA 1994. Página 253.

⁴⁷ ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal. Parte general, trad. por Juan del Rosal y Angel Toro, Buenos Aires, UTHEA, 1960. Página 531.

elemento que le da precisamente ese carácter. "La punibilidad es la secuencia lógica jurídica del juicio de reproche: nulla poena sine culpa".⁴⁸

"De manera más analítica y programática, vemos el delito como acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella".⁴⁹

"El delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus elementos más destacados. Como ya vimos, para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, éste de todos ellos, el de mayor relieve penal".⁵⁰

⁴⁸ JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. 3ª edición actualizada, Buenos Aires, LOSADA, tomo, III 1965. Página 63.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho penal, parte general. 18ª edición Barcelona Editorial BOSCH 1980. Página 636.

Nos dice EUGENIO CUELLO CALÓN: "Una acción puede ser antijurídica y culpable, y sin embargo, no ser delictuosa, podrá, verbigracia constituir una infracción de carácter civil o administrativo, más para que constituya un hecho delictuoso, un delito, es preciso que su ejecución se hallé conminada por la ley con una pena, que sea punible. Por tanto realmente la punibilidad viene a ser un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo".⁵¹

Definida por OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL la "Punibilidad es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para defensa de la sociedad y determinada por el valor de uno o más bienes jurídicos".⁵²

Años más tarde desarrolla y modifica su concepto para definirla posteriormente como: "la amenaza o conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador

⁵¹ Idem.

⁵² ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Nueva Teoría General del Derecho Penal. CRIMINALIA Año XLIV, No. 13, Enero-Marzo, 1978 México, D.F. Página 45.

para la prevención genera, y que por lo tanto se encuentra contenida en la ley penal, determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste".⁵³

La punibilidad corresponde al momento de la individualización legislativa.

A través de la punibilidad se lleva a cabo la prevención general de los delitos, además podemos validamente señalar que dos integrantes de la norma jurídico penal son el tipo y la punibilidad, entendiendo por tipo la descripción de una conducta en la ley, de ello se desprende que tanto el tipo como la punibilidad pertenecen al mundo normativo.

Según la doctora OLGA ISLAS DE GONZALEZ MAISCAL presenta la punibilidad las siguientes características:

⁵³ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legal de la pena. Revista Mexicana de Justicia. Vol. III Núm. 2 Abril - Junio 1985, México. Páginas 196 y ss.

Generalidad, por que va dirigida a todos los individuos que violen o puedan llegar a violar la norma, abstracción, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma, permanencia, porque esa amenaza va a subsistir se aplique o no, mientras subsista la norma necesidad por que solamente se debe poner en la ley los castigos estrictamente necesarios y monopolio, se refiere a que sólo el estado esta facultado para fijar esas amenazas en la norma.⁵⁴

⁵⁴ Idem.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROBLEMA RELATIVO A LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO.

I.- Antecedentes doctrinales.

En orden al problema, deben destacarse tres posiciones predominantes entre los tratadistas. La primera, es la de la noción analítica del delito, aceptada por la casi totalidad de los escritores germánicos, aun que en sus definiciones aparezcan discrepancias en la apreciación de los caracteres de aquel y sus mutuas relaciones; entre ellos con ERNEST VON BELING, MAX ERNEST MAYER, EDMUND MEZGER y ROBERTO VON HIPPEL.

Esta posición que en Italia denominó FRANCESCO ANTOLISEI⁵⁵ de la tricotomía, encontró favorable acogida en varios destacados penalistas

⁵⁵ ANTOLISEI, Francesco. Lo studio analitico del reato, Milán, 1940. Páginas 108 y ss.

italianos, como lo son por ejemplo con el profesor FILIPPO GRISPIGNI y GIULIO BATTAGLINI;⁵⁶ así como por don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, quien la difundió en España y América.

La segunda posición, tradicional en Italia se fundamenta en la distinción al enunciar el concepto del delito, entre elemento objetivo y elemento subjetivo: entre la fuerza física y la fuerza moral, según la terminología de FRANCESCO CARRARA. Es el sistema bipartito o de la dicotomía, conforme al léxico de FRANCESCO ANTOLISEI, y de acuerdo con el cual han desarrollado sus construcciones sistemáticas entre otros VICENZO MANZINI, EUGENIO FLORIÁN, GIULIO PAOLI, ENRICO ALTAVILLA, ARTURO ROCCO.

En tercer; término, una tendencia, que postulando el concepto enterizo o unitario del delito, niega la pertinencia científica de romper la indisoluble unidad de dicho concepto descomponiéndolo analíticamente, para su estudio en: sus elementos integrantes.

⁵⁶ GRISPIGNI, Filippo Corso di diritto penale. vol. II, Padua, 1935 é G. BATTAGLINI, Gli elementi del reato nel nuovo Codice penale en Annali di dir. e proc. penale. 1934, Páginas 1092 y ss. id. II

La escuela clásica fundada y representada por FRANCESCO CARRARA define al delito como la infracción a la ley de Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

La escuela positivista a través de su máximo exponente RAFAEL GARÓFALO define el delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

Además otras opiniones respecto a la noción del delito señalan como la de nuestro maestro el doctor ELÍAS POLANCO BRAGA que sostiene, que hay tres conceptos que no han sido objeto de un estudio especial y son: el delito legal, el delito real y el delito jurídico.

nuevo dir. penale el a revisione della doctrina. La punibilitá come elemento del reato. (Extr. de II Tribunale), 1934.

El delito legal es una forma de conducta prevista en la ley penal como motivo de ciertas consecuencias también previstas en la ley. El delito real es un acto (hecho fáctico) en el que parte de él encaja con exactitud en una de las formas de conducta previstas en la ley (delito legal). El delito jurídico es el acto que el órgano jurisdiccional ha declarado delictuoso.⁵⁷

La doctrina jurídico formal se apega a lo que la legislación ha dicho de delito, así el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y Federal para toda la república define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Muchos penalistas, siguiendo las rutas de ERNEST VON BELING que estima la punibilidad como una consecuencia y no como un elemento al constituir el concepto jurídico del delito; MAX ERNEST MAYER y EDMUND MEZGER la consideraron implícita en el elemento de la tipicidad y opinaban que debía prescindirse de su enunciación como

⁵⁷ RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. 21ª edición, México, editorial PORRÚA, 1992. Páginas 52 y ss.

carácter autónomo esencial del delito, sería una construcción pleonástica o tautológica; otros sin embargo optaron al revés por juzgar innecesario hablar del tipo definiendo el delito como el acto penado por la ley.

Para RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, "El delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma las características del delito serían éstas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos condición objetiva de punibilidad. Por tanto la esencia técnico jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito".⁵⁸

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA establece que: "De manera más analítica y programática, vemos el delito como acto típicamente antijurídico

⁵⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho penal mexicano. 12ª edición, editorial PORRÚA, México, 1977. Página 213.

imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en remplazo de ella".⁵⁹

Así mismo establece que toda noción, definición o cosa del universo esta en esencia integrada por elementos, y el delito esta constituido de elementos positivos y negativos:

Conducta. Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo. Encaminado a un propósito. Presenta como forma: acción, actividad voluntaria, u omisión inactividad que viola un deber jurídico de obrar, comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Ausencia de conducta. Si existe ausencia de conducta no hay delito.
Por ser el soporte natural del ilícito penal.

⁵⁹ JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal, 3ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1965, tomo III, Página 63.

Típicidad. El tipo es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales. Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, es la razón de ser de la antijuricidad.

Atipicidad. Es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, surge cuando existe el tipo pero no se encuadra en él la conducta.

Antijuricidad. Es lo contrario al derecho. Es una contradicción al mandato de poder o a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Causas de justificación. Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un derecho, o impedimento legítimo.

Imputabilidad. Es el soporte o cimiento de la culpabilidad. Es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

Inimputabilidad. Las causas son: estado de inconsciencia, el miedo grave, la sordomudez, no hay culpabilidad sin voluntad.

Culpabilidad. Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Existen dos variantes el dolo es la intención de ejecutar un hecho delictuoso y la culpa se presenta cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Inculpabilidad. Se presenta cuando están ausentes el conocimiento y voluntad en el sujeto por error en el golpe, en la persona o en el delito que se pretendía cometer.

Punibilidad. Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta.

Excusas absolutorias. Son aquellas causas que dejan subsistente el carácter delictivo de una conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

Aún y a pesar de las excelentes descripciones que desde nuestro personal punto de vista hace LUIS JIMENEZ DE ASÚA, estas en su totalidad no se han aceptado llanamente, sino sólo algunas como lo expone HANS HEINRICH JESCHECK: "En la ciencia penal extranjera, el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad se han impuesto en muchos

países como presupuestos básicos de la punibilidad, construyendo el marco de referencia común para toda argumentación comparativa".⁶⁰

El profesor EUGENIO CUELLO CALÓN que explico una teoría general del delito, en que examina la tipicidad y algunas de las restantes características de delito. En países de habla española, el gusto por la construcción jurídica del delito se abrió caminos; en la Argentina con SEBASTIAN SÓLER que trabaja sobre las características de la infracción y sobre los problemas de tipicidad. antijuricidad y culpabilidad, que sirvieron de base a su tratado de derecho penal.

La tendencia unitaria trascendió, fuera de Alemania como en JOSÉ RODRIGUEZ MUÑOZ, FEDERICO SCHAFFSTEIN, GIUSEPPE MAGGIORE, Y GIUSEPPE BETTIOL.

En cuanto a FRANCESCO ANTOLISEI este autor ha recalcado que: en la ciencia penal, se ha abusado del procedimiento analítico, sobre

⁶⁰ JESCHECK Hans Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. ANUARIO DE DERCHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 14

todo en el estudio de los elementos del delito, habiéndose llegado en la exasperación del análisis, no sólo a descomponer el delito en varias partes o fragmentos, sino a considerar cada uno de ellos como una entidad autónoma e independiente, creando dificultades y problemas que no tienen razón de ser.

Y así, el delito se ha estimado simplemente como una suma de elementos, efectivamente distintos: sin tenerse en cuenta que el mismo es un todo orgánico, un bloque monolítico, que si bien, es susceptible de presentar aspectos diversos, no es en manera alguna fraccionable.

En conclusión a juicio del ilustre penalista italiano no debe olvidarse nunca que la verdadera esencia y pudiera decirse, la realidad del delito, no se encuentra ni en los singulares momentos, ni en suma; si no todo en su unidad intrínseca.

Frente a las dos posturas extremas reseñadas en orden a la concepción técnica del delito, es decir, la analítica y la unitaria o totalitaria, ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ entre los españoles adoptó

una actitud sintetizadora, (tras de la tesis y la antítesis, la síntesis, conforme a los cánones de la lógica hegeliana).

El agudo penalista hispano, formado en la cátedra del maestro LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, califica de justa la crítica de FRANCESCO ANTOLISEI, pero no admite que ella sea obstáculo para reconocer la imprescindible necesidad de un estudio analítico del delito. Cree que como resultado de la armonización de ambos extremos, aparece en primer término una consideración sintética del hecho punible en su unidad y en las notas comunes que le caracterizan, que ha de preceder al análisis; sigue desde luego éste, pero entendido de manera tal que en ningún momento se pierda de vista la conexión profunda é íntima existente entre los varios aspectos del delito, sin olvidar nunca que éste no es en suma de elementos dispares, sino un todo orgánicamente homogéneo.

Estudiamos analíticamente el delito, para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción y omisión que las leyes sancionan. Sólo así escaparemos a la par, del confusionismo dogmático y de la tiranía política.

Al hablar de descomposición y recomposición del delito, aludimos a una operación puramente lógica; la separación de los elementos del delito es una cosa que sólo ocurre en el campo del pensamiento. Esto no quiere decir que dichos elementos no puedan existir separados in rerum natura; al contrario, puede darse y con frecuencia se da, por ejemplo, la forma del delito sin la voluntad o sin la causa; pero cuando están separados no son el delito, precisamente porque éste resulta de su combinación.

Muy estrechamente ligados se hallan entre sí, es cierto, los diferentes caracteres conceptuales que concurren a integrar la noción del delito. Pero del mismo modo que, en las ciencias químicas, pongo por ejemplo, el medio más indicado para conocer la naturaleza de los cuerpos, es conseguir la desintegración química de los elementos simples que los constituyen, así también, el mejor modo de profundizar en la esencia de un concepto, es descomponerle en todas sus partes; llevando esta tarea de descomposición lo más lejos posible, hasta apreciar como partes distintas, cuantas son conceptualmente diferenciales y delimitadas fueren cualesquiera las relaciones, siempre

muy estrechas en cuanto concurren a una superior integración conceptual, existentes entre ellas.

La definición técnico jurídica del delito, formulada conforme a dicha regla metodológica, descompone analíticamente, en todos aquellos caracteres que pueden diferenciarse y ser objeto de una delimitación precisa en el área conceptual acto, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad, imputabilidad y penalidad, la noción de aquel; con desprecio de toda síntesis más o menos arbitraria (al fundir en uno, dos o más de dichos caracteres); síntesis que oscurecen más que aclaran las cosas y propician frecuentes errores.

Meditando sobre otras censuras, esgrimidas contra las construcciones técnicas alemanas, incluso desde el campo analítico, las más dignas de atención entre ellas, se deben a FRANCESCO CARNELUTTI y JAMES GOLDSCHMIDT.

El primero (cuya original tesis: sobre el concepto del delito se basó en considerar a éste como a todo, acto, ilícito, como al negocio, al acto a la resolución, en suma, al acto jurídico constituido por tres elementos

lo ilícito de la causa, culpable de la voluntad y lo prohibido de la forma, unos y otros de carácter objetivo; y dos más que elementos requisitos subjetivos la capacidad y legitimación), opuso a la sistemática dominante entre los escritores germánicos, el argumento de que, en ella el delito viene a resultar compuesto por la suma de elementos que, por ser heterogéneos, no pueden sumarse entre sí y más recientemente.

Por su parte JAMES GOLDSCHIMIDT⁶¹ abundando en la misma idea, afirmaba que al descomponerse el delito en los elementos del acto, la antijuricidad y culpabilidad, pretendiese sustancialmente coordinar, entre sí, elementos incoordinables.

“Corresponde a la denominada filosofía de los valores, el gran mérito de haber proyectado, como nunca se hizo, luces de claridad, en el terreno de la distinción entre los hechos naturales y: los valores culturales: entre el ser y el deber ser (el sein y el sellen, conforme a la

⁶¹ GOLDSCHIMIDT, James. Contribuye alla sistematica delle teorie generali del reato, trad. Italiana en Riv. Italiana di diritto penale, 1934, Páginas 302 y ss.

terminología germánica de los cultivadores de esta filosofía); entre los fenómenos concernientes a la esfera de las ciencias de la naturaleza. y los conceptos peculiares de las disciplinas de la cultura".⁶²

A través del prisma de esa filosofía, en este punto irrefutable, vemos los seres y cosas como entes reales físicos o psíquicos, que son, que existen, con independencia de toda apreciación intelectual, y los valores, como producto de una estimación cualitativa o, cuantitativa de carácter subjetivo en su origen, aún cuando más tarde, se la someta a procedimientos de objetivación, al trazar reglas generales que le presidan, o establecer, metafísicamente, el concepto de los, supremos valores.

Los valores no son realidades físicas ni psíquicas. Su esencia consiste en su vigencia, no en su real factividad.

⁶² Vid. RICKERT, H. Ciencia cultural y ciencia natural. versión español de M. G. Morente. en la Colección Universal, Espasa-Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1943. Página 32.

Más los valores se enlazan con las realidades y de esos enlaces conocemos ya dos. En primer lugar, puede el valor residir en un objeto, transformándolo así en un bien y puede además ir unido al acto de un sujeto, (esto es lo que ocurre con el delito estimación valorativa de un acto humano reprobable), de tal suerte, que ese acto, se transforme en una valoración, un ejemplo de ello sería: Un paisaje, se ofrece en la naturaleza, como un conjunto de rocas, árboles, construcciones, caminos, arroyos, etcétera, combinados de cierta manera, sobre el fondo del horizonte. Ahora bien, la contemplación del paisaje, produce en la psique del observador una emoción estética grata o desagradable. En el primer caso, el paisaje es calificado de bello; en el segundo, de feo.

Un cuadro, es en el mundo de lo real un lienzo, una tabla, un cartón, etcétera, sobre el que líneas y colores se han distribuido y mezclado de forma determinada; su vista provoca placer o enojo, según el gusto de quien lo admira, sea bello o no. El acto de un hombre, se manifiesta, en el mundo físico, como un movimiento o una abstención muscular que provoca un cambio en el mundo exterior, según que este acto se adapte o no a las normas religiosas, morales, sociales o

jurídicas que presiden la existencia del ser humano en cuanto ente social, se considera al mismo bueno o malo.

Los paisajes, los cuadros como compuesto de lienzo y colores, los actos humanos como movimiento o abstención musculares, son fenómenos naturales; lo bello, lo feo, lo bueno, lo malo, valores culturales. En la naturaleza, sólo se dan paisajes, cuadros, actos sin calificativos; los calificativos, surgen de una valoración favorable o adversa, son el producto de la cultura.

Dicho cuanto precede, fácil nos, es comprender la esencia de la noción del delito. Es éste, un calificativo derivado de una valoración jurídica, es decir, inspirada en los principios del derecho, ciencia normativa cultural. La calificación (valoración) jurídica, recae sobre un acto humano voluntario.

De aquí que, recordando principios enunciados en párrafos anteriores, podemos afirmar que, en la naturaleza, no se dan delitos sino actos; el delito ó sea el calificativo atribuido a ciertos actos sólo tiene vigencia en la esfera de acción del derecho: no es un hecho, sino un concepto.

Sentado pues que son cosas distintas los fenómenos naturales y la calificación cultural, enunciadas sus reglas diferenciadoras; esta fuera de discusión el que sus elementos constitutivos deben de ser por fuerza diferentes. Los elementos constitutivos de los primeros, han, detener necesariamente carácter material, los de la segunda, un carácter conceptual afincado sobre el soporte natural. Ello es axiomático.

Grave error puede ser el entremezclar los elementos constitutivos de un hecho natural y los de su calificación valorativa pero aun más grave ha de ser el confundir los del uno, con los de la otra.

Los elementos constitutivos de la noción jurídica del delito únicamente pueden ser: El acto humano como presupuesto lógico y real, imprescindible de la valoración que da origen al concepto delito y los diversos caracteres esenciales que concurren a integrar aquella valoración: antijuricidad, tipicidad, culpabilidad, imputabilidad y penalidad.

Caracteres que, en síntesis responden a la exigencia de que un acto humano, para que se le valore como delito, sea contrario a las normas de cultura captadas por el ordenamiento jurídico, se halle previsto y descrito en una disposición de la parte especial de los códigos o en otras leyes penales, haya sido cometido maliciosa o culpablemente por una persona dotada de voluntad en grado suficiente a hacerle responsable de su conducta y por último, que el acto en cuestión se halle sancionado en abstracto y en concreto, pueda y deba sancionarse con una pena.

II.- Problema en torno a la admisión de la punibilidad, como el elemento constitutivo, en la noción jurídica del delito.

Entre los elementos constitutivos de la noción del delito, hemos enunciado a la punibilidad. Si respecto a la admisión, bien como elementos o requisitos, o como caracteres esenciales de dicho concepto la antijuricidad, la tipicidad, la culpabilidad y la imputabilidad del mismo bien diferenciadas, en la forma en que lo hacemos o englobadas unas en otras, casi todos los autores están de acuerdo, no sucede lo mismo en referencia a la punibilidad.

Muchas penalistas siguiendo las rutas de ERNEST VON BELING, que criticó la amenaza penal, como elemento del acto delictivo aunque la incluyó en la definición de su tratado durante sus primeras ediciones y suprimiendo su mención exclusivamente en la última (Tubinga, 1930, pág. 70), estiman la punibilidad como una consecuencia y, no como tal elemento concurrente a constituir el concepto jurídico del delito.

EDMUND MEZGER⁶³ la consideraron dentro del elemento de la tipicidad y opinaban debía prescindirse de su enunciación como carácter autónomo esencial del delito, a fin de eludir, al definirse éste, una construcción pleonástica. Partiendo de igual argumento, y para evitar la supuesta tautología.

FRANZ VON LISZT Y ROBERTO VON HIPPEL, optaron, al revés de los anteriores, por juzgar innecesario hablar del tipo, y obligado el

⁶³ MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho penal. Versión español de J. A. Rodríguez Muñoz vol. I, Madrid, 1935. Página 164, nota 5.

continuar aludiendo, al definir el delito a su nota característica de ser acto penado por la ley.

El debate se ha planteado también fuera de Alemania. ARTURO ROCCO, firme en su concepción naturalística, materialista del delito, negó a la punibilidad el carácter de elemento general constitutivo de aquél, atribuyéndole al par que a la antijuricidad penal, el ser la esencia o naturaleza del delito en sí mismo considerado.⁶⁴

Anteriormente EUGENIO FLORIÁN, con mayor, aunque no con pleno acierto, intentó extraer conclusiones de una distinción entre la pena y la punibilidad; incapaz de sustraerse a una visión materialista del concepto del delito, declaró que al ser la pena una consecuencia, es indudable que no puede ser a la vez parte integrante de aquél; pero, al enunciar la definición del delito, no admitía se prescindiese de la

⁶⁴ Citado por BLASCO FERNANDEZ MOREDA, Francisco. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnico-jurídica. CRIMINALIA, Año IX, Marzo 1943, No.7, México. Página 438.

referencia a la continuación penal por constituir ésta la punibilidad lo que imprime al delito su carácter exterior, el sello por decirlo así.⁶⁵

FILIPPO GRISPIGNI, limita la enumeración de los elementos del delito, a los siguientes: conducta, que guarde correspondencia con el tipo legal, ausencia de causas de justificación y culpabilidad.⁶⁶

En forma terminante, defendieron el punto de vista de que la punibilidad es un elemento constitutivo del concepto del delito, OTTORINO VANNINI⁶⁷, BONUCCI⁶⁸ y GIULIO BATTAGLINI⁶⁹ para quien el delito, resultaría compuesto de dos elementos, esto es, el acto objetivo legalmente determinado y el elemento subjetivo, ante el código vigente afirmación que no alcanzamos a comprender y mucho

⁶⁵Cfr. FLORIAN, Eugenio. Parte general del Derecho penal. Versión español de E. Dihigo y P. Martínez Girad, tomo. I. La Habana, 1929. Páginas 373 y 374. En México, abunda en la postura de Florián, EMILIO PARDO ASPE, Influencia de Eugenio Florián en México en CRIMINALIA, editorial. Botas, México, D.F. 1941, Páginas 50, 53.y ss.

⁶⁶ Cfr. FILIPPO GRISPIGNI, Filippo La sistemática della parte generale del diritto penale en Rivista di diritto penitenziario, 1934. Páginas 1259 y ss.

⁶⁷ Vid. VANNINI, Ottorino. La punibilità dell' azione come elemento costitutivo del concetto di reato. Siena, 1934.

⁶⁸ Vid. BONUCCI, Il reato come fatto illecito e fatto punibile. en Riv. diritto e procedura penale, 1939.

⁶⁹ Vid. BATTAGLINI, Giulio. Gli elementi del reato nel nuovo codice penale. en Annali di diritto. e procedura penale, 1934. Páginas 1092 y ss.

menos a aprobar habría que añadir a ambos un tercero aquel al que venimos refiriéndonos el de la punibilidad.

Analizando los argumentos que se oponen a que la punibilidad se estime como elemento integrante del concepto del delito, se comprueba que todos ellos pueden sustancialmente reducirse a dos:

PRIMERO. Si la pena es una consecuencia del delito, no puede formar parte de éste, que es su antecedente.

SEGUNDO. Si se admite la tipicidad como elemento de la noción de aquél, debe prescindirse de enumerar la punibilidad entre dichos elementos, para eludir una construcción pleonástica.

Estos argumentos, sean cuál fuere su aparente consistencia lógica y la brillantez dialéctica de las razones esgrimidas por sus partidarios para sostenerlos, constituyen sofismas inadmisibles.

El primero se halla influenciado, más o menos conscientemente en el pensamiento de sus defensores, por la concepción materialista del

delito, que ve en el mismo un fenómeno material y no, como lo es en la realidad, una noción valorativa cultural la calificación jurídica de un acto humano, que es lo que se da en la vida real, mientras que el delito sólo tiene existencia conceptual. ¿Qué la punibilidad no forma parte de los elementos del acto en sí? Cierto. Pero el acto en sí, sin calificativo, no es el delito; es tan sólo el soporte natural de la calificación jurídica que encierra el concepto del delito. Y es para construir tal calificación, para lo que no puede prescindirse del elemento conceptual de la punibilidad.

El acto, todo acto humano, es susceptible de calificaciones valorativas culturales muy variadas: puede ser heroico, valeroso, generoso, vil, cobarde, etcétera, etcétera, y contemplado con la lente del derecho, puede ser ajurídico, parajurídico, antijurídico o jurídico.

Dentro del género de los actos calificables como antijurídicos, cabe distinguir especies de actos, los civiles, administrativos y actos penalmente antijurídicos, o delitos. Lo que distingue a estos últimos de los anteriores, es, tan sólo, el que llevan consigo la aplicabilidad en el

FALTA PAGINA

DE LA No. **774**

ALA No. **776**

que condicionan la conminación de pena, impidiéndose, por, la ausencia de cualquiera de ellos, que surja dicha conminación como posible, en el supuesto concreto.

Es decir, se dan actos típicos que, por no ser antijurídicos, imputables o culpables, no son punibles (ni tampoco puede estimárseles delictivos).

De aquí que sea compatible la concurrencia de la tipicidad con la ausencia de la punibilidad tal y cual yo la concibo, o sea la conminación de la pena aplicable al caso concreto, con independencia de la efectividad de su aplicación, mal pueden identificarse ambas como una y la misma cosa, salvo que se desconozca el valor del axioma: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

En rigurosa lógica no les es dable confundir tipicidad y punibilidad, ni aún siquiera a los partidarios del concepto totalitario del delito, Estos pueden negar, si quieren, la existencia de facetas en el bloque monolítico, del referido concepto:

Pero si las admiten, tendrán que distinguir como facetas diversas, por muy íntimamente que estén relacionadas entre sí, una y otra, y ello, mientras se aprecie que hay actos que descritos por la ley como generalmente punibles (típicos), no lo son en la especie, por la presencia de alguna de las causas previstas como excluyentes de la sanción penal.

¿Qué motivos autorizan por ende, a mantener, como lo hicieron MAX ERNEST MAYER, ERNEST VON BELING, Y EDMUND MEZGER, y sus seguidores que existe tautología al incluir en el concepto del delito, como distintos, del tipo y la punibilidad? Ninguno lógicamente apreciable tipo y punibilidad poseen noción y alcance diferentes.

La antijuricidad, como la culpabilidad, no son elementos específicos sino que son propios de lo injusto. En el derecho civil, hay también, acción antijurídica y culpable. Diríamos que esos caracteres constituyen el genero próximo, si siguiéramos las viejas concepciones lógicas, buscaríamos la última diferencia; es decir, que separa la infracción penal que constituye el delito, de lo injusto en general del

que el delito no es más que una forma. La tipicidad y la penalidad son la última diferencia, a que los antiguos lógicos aludían.

Las objeciones que se han hecho para demostrar que la penalidad o sea la amenaza de pena no es característica del delito, no tienen poder de convicción. Decir que es una consecuencia del hecho, penal no, invalida nuestro aserto, pues justamente que el delito acarrea esa consecuencia es lo que le separa de las demás acciones antijurídicas.

En ellas está condensada la doctrina de que junto al tipo legal; que constituye la descripción de un acto que la ley reputa generalmente punible, y al adscribe una sanción para el caso en que así sea engendrada una presunción de punibilidad abstracta del acto que encuadre en aquella descripción la punibilidad real, concreta, referida al caso singular con independencia de que se haga, efectiva o no; lo anterior no sólo es un elemento que posee una substantividad peculiar, sino que integra el carácter calificador sustancial, del acto penalmente ilícito el que distingue, en la esfera de aplicación del derecho, el delito, de todos los demás actos injustos.

Resumiendo en pocas palabras: El delito como tal, no se da en la naturaleza; lo que se da en ella son solo actos, al margen de toda calificación cultural, el concepto delito corresponde a una calificación jurídica (cultural en su origen) sobrepuesta a un acto natural, y debido a que el acto es pues únicamente, el soporte natural de la expresada calificación. Sus elementos constitutivos son el material (representado por un comportamiento que provoca una mutación en el mundo exterior) y el subjetivo (reducido al factor de la voluntariedad, característico de los actos humanos).

Tales elementos del acto, como fenómeno natural, no deben confundirse con los que concurren a integrar la noción valorativo cultural (jurídica) del delito; noción de la que aquel acto, es sólo el presupuesto lógico y material, los elementos que concurren a constituir el concepto del delito aparte del acto soporte de la valoración que aquel concepto encarna son, como dicha valoración, de carácter cultural conceptual y no material, la yuxtaposición de elementos conceptuales a un fenómeno natural, para calificarle culturalmente jurídicamente en el supuesto no puede sostenerse como contraria a la

lógica pues es común y obligada a toda valoración cultural de los fenómenos naturales.

Entre todos los elementos conceptuales, valorativos, que concurren, a integrar la noción jurídica (cultural y no natural) del delito, la punibilidad, es el elemento calificador valorativo esencial la última diferencia, que distingue el ilícito penal de todos los demás (injusto civil, administrativo, etcétera). Su enumeración resulta por ende imprescindible, al reseñar los aludidos elementos.

CAPÍTULO QUINTO

DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA INCLUSION DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

I.- Corrientes doctrinarias que niegan que la punibilidad sea elemento del delito.

Aunque algunos autores incluyeran la amenaza de una pena en su definición del delito, niegan luego que la circunstancia de hallarse tal hecho prohibido por la ley penal y conminada con una pena, sea uno de los caracteres constitutivos de los delitos, pues sólo lo son a su juicio aquellos que presupone la ley penal; no lo son aquellos otros que el hecho adquiere en virtud de la ley misma.

A pesar de este antecedente, debe estimarse a MAX ERNEST MAYER como el legítimo opositor a la tesis afirmativa y el que, con más fundamento, postuló la mera índole consecuencias de la

punibilidad, para él no entra la amenaza de pena en las definiciones del delito, hasta entonces eran usuales. En verdad no se extiende demasiado al refutar esa característica que también ERNEST VON BELING admitía, como sabemos en las primeras ediciones de sus Grundzüge, según hemos hecho notar insistentemente.

MAX ERNEST MAYER objeta que la fórmula es pleonástica, ya que la considera inmersa en la imputación, y no debemos olvidar que para él la culpabilidad está dentro de ella.

Esa objeción de pleonismo intimidó a ERNEST VON BELING⁷⁰, que prescinde, al fin, de la amenaza de la pena en su definición del delito, y convenció a EDMUND MEZGER, pero no definitivamente.

EBERHARD SCHMIDT, respecto del tema que nos ocupa no coincide del todo con la dada por FRANZ VON LISZT en su tratado. El discípulo, que enmienda al maestro, dice que el delito es el tipo, al

⁷⁰ ERNEST VON BELING, Ernesto. Esquema de derecho penal. Trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, DEPALMA, 1944, Página 22.

cual el orden jurídico asocia la pena como consecuencia jurídica. Luego introduce este párrafo, enteramente distinto del que FRANZ VON LISZT escribió: nuestra definición del delito contiene cuatro características positivas típica acción antijurídica, culpable; las tres últimas son las características genéricas de la infracción; la primera es decir, la adecuación al tipo, es la característica específica del delito.

Como se ve, EBERHARD SCHMIDT a diferencia de otros autores que borran del cuadro de caracteres la punibilidad y no admiten la tipicidad mantiene, al menos, la tesis de su maestro de que junto a las características generales de la infracción ha de haber una que la nota específica del delito, sólo que en vez de ser la punibilidad, según dichos autores debe ser una acción humana adecuada a un tipo y contraria al derecho.

Las opiniones de los autores que pertenecen a la llamada teoría finalista de la acción, como HANS WELZEL evolucionaron mucho las características del hecho penal, la adecuación al tipo, la antijuricidad, y la culpabilidad, podemos afirmar que para él no constituye características del delito la conminación de pena.

REINHART MAURACH no considera a la penal como característica del delito, que únicamente estima como acción antijurídica, típica y atribuible al autor.

Si hicieron un balance del pensamiento alemán sobre la punibilidad, aparecería bien claro que el número de los que se pronuncian por la afirmativa es mayor que el de los negadores. Más aún, quienes, con FRANZ VON LISZT al frente, creen que la conminación penal es el carácter distintivo del delito, razonan con mucha más convicción y congruencia que quienes eliminan ese carácter del concepto del hecho penal.

En México el penalista IGNACIO VILLALOBOS dice que: "la pena es la reacción de la sociedad para reprimir el delito o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo

y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria...”⁷¹

Dice IGNACIO VILLALOBOS que como estamos acostumbrados a la justicia retributiva y sus conceptos, suena lógico decir que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como tampoco es parte de una enfermedad el uso de determinada medicina, nos dice: “Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible”.⁷²

Este autor identifica a la punibilidad con el concepto de pena, términos que a nuestro juicio son claramente distintos.

La pena como sanción penal sí es consecuencia jurídica del cumplimiento de un deber jurídico, y esa consecuencia necesaria de ninguna manera constituye la punibilidad, por que esta va implícita en el tipo delictivo manifestándose cuando la conducta sea antijurídica

⁷¹ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho penal, parte general. 5ª edición, PORRÚA, México, 1991. Página 212.

⁷² Idem.

típicamente culpable, los órganos del Estado basándose en el ius puniendi por medio de la punición e impone la pena adecuada.

LUIS DE LA BARRERA SOLÓRZANO, frente a la afirmación de que la punibilidad es elemento del delito dice que bastaría con pensar que aquélla pertenece al mundo normativo y éste al mundo fáctico. No podría un ente normativo ser elemento de un ente fenoménico. Debiera ser claro, también, que los elementos del delito surgen con el delito mismo, como sabe perogrullo, y si la punibilidad diré por enésima vez es previa al delito, es impensable que sea elemento del mismo. La punibilidad no es ni retribución ni privación de un bien. Es, tan solo, una advertencia que lanza el legislador sin saber, es obvio, a quién va a aplicarse.⁷³

Para FEDERICO PUIG PEÑA al surgir una relación punitiva entre el Estado y un sujeto activo del delito, no entra en operación la sino la punibilidad y menciona que no debemos hacer caso de inútiles

⁷³ Cfr. BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 95.

obstáculos doctrinales y que debemos entenderla de acuerdo a su significado literal "aplicabilidad de la pena" esto es lo que constituye el efecto característico del delito, con dos situaciones una activa (posibilidad del Estado de castigar) y una pasiva (del reo para ser castigado), la punibilidad entendida como aplicabilidad de una pena, es una consecuencia del delito que, no puede considerarse como elemento, y para su existencia no sólo se requiere la realización de la conducta típica sino también el carácter negativo que es la ausencia de excusas personales de exención de pena.⁷⁴

ERNEST VON BELING, MAX ERNEST MAYER y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, consideran a la punibilidad también como consecuencia y no como elemento del delito, al sostener que antes de la admisión de la tipicidad, resultaba coherente estimarla como elemento, por que la antijuridicidad y culpabilidad eran insuficientes para caracterizar al delito, pero luego se incorpora y admiten que la tipicidad lo que

⁷⁴ Cfr. PUIG PEÑA, Carlos. Derecho penal parte general. 5ª edición, MAUTA, Barcelona, 1959. Páginas 531 y ss.

distingue al delito de toda otra acción injusta, perdiendo la punibilidad su importante función.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en su tratado de derecho penal nos habla a cerca de la coerción materialmente penal, y dentro de su estudio menciona que la punibilidad tiene un doble sentido: "...en algunos casos estamos empleando la voz punibilidad como merecimiento o dignidad de pena o de punición, en tanto que en otros la empleamos como efectiva posibilidad jurídica de aplicar pena".⁷⁵

Estos autores identifican también a la punibilidad con pena, al afirmar que es consecuencia ordinaria del delito, es tal su confusión entre punibilidad y pena que para sostener que la punibilidad no es elemento del delito, afirman que las excusas absolutorias dejan subsistente el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena, es decir, que al darse las circunstancias de alguna excusa absoluta, lo

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. Cárdenas editor y distribuidor, La Mesa B.Cfa, México, vol.V. Página15.

que se suspende son las consecuencias jurídicas o sea la sanción penal y esta de ninguna manera es la punibilidad.

RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, CELESTINO PORTE PERTIT y FERNANDO CASTELLANOS TENA, sostienen también que la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia ordinaria, porque las excusas absolutorias dejan subsistente el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena.

En este caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores por su participación en la comisión de un delito, la excusa sólo favorece a quien reúne las condiciones previstas en la ley, para los demás el delito es antijurídico, típico y culpable y como consecuencia punible.

De igual manera nuestro maestro el doctor EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT, señala "en el afán de hacer más práctico el entendimiento del ilícito seguiríamos manejando por separado las

consecuencias del delito como lo son la penalidad, y las condiciones objetivas de punibilidad para poder sancionar".⁷⁶

II.- Corrientes doctrinales que consideran a la punibilidad como elemento del delito.

La corriente jurídico formal respecto a la definición que se establece en el código penal en su artículo 7 nos dice que delito es el auto u omisión que sancionan las leyes penales, tal definición asocia dos términos en relación de efecto a causa y, por ende, constituye un juicio a posteriori.

Por otra parte, si bien es cierto que los dogmáticos acostumbran a negar la conveniencia de las definiciones legales del delito las cuales tratan de substituir por un concepto in genere obteniendo de la reconstrucción científica de las disposiciones de la propia ley, un nuevo concepto que no presenta las características de universalidad.

⁷⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Nuevas perspectivas del derecho penal REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO Tomo XLVII Enero-Abril 1997, México D.F. Página 237.

FERNANDO ARILLA BAS, nos dice: "la punibilidad, o sea la conminación penal formulada en la ley para expresar la voluntad Estatal de prohibir una conducta, únicamente se actualiza generando una reacción jurídica entre el sujeto y el Estado, cuando aquél realiza la conducta prohibida por éste y descrita en la figura de delito".⁷⁷

De lo que se desprende que negar que la punibilidad sea el elemento esencial valorativo del delito lleva a conclusiones desconcertantes. Es el caso de "Las llamadas excusas absolutorias, o sean las causas que según los dogmáticos, excluyen la pena sin destruir el delito, hacen inferir la hipótesis delitos sin pena".⁷⁸

Lo cual es contrario a la definición legal de delito y ¿Cómo se puede entender como delito sino tiene asignada pena alguna?

⁷⁷ ARILLA BAS, Fernando. La Punibilidad. Criminalia, Año XXIII, Marzo 1957, No. 3, Editorial Botas, México. Página 197.

⁷⁸ Idem.

EUGENIO CUELLO CALÓN considera la punibilidad como elemento del delito y nos dice: "el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados".⁷⁹

Por lo tanto la punibilidad viene a ser un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo.

EDMUND MEZGER quien le niega a la punibilidad el carácter de requisito principal de la infracción, sosteniendo que el delito debe existir aun cuando la ley no señale la pena que le corresponde.

Como opinión en contrario se ha sostenido por otros autores como don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, que la punibilidad no solo es requisito esencial, sino quizá el principal, porque sin ella tendremos siempre un injusto, pero para que el injusto sea penal es necesario que este castigado por una pena.

⁷⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho penal, parte general. 18ª edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1980. Página 636.

Nos dice nuestro maestro el doctor RICARDO FRANCO GUZMÁN que “El hecho típico, antijurídico y culpable debe ser punible para constituir delito. Eso significa que debe estar amenazado por una pena”.⁸⁰

En Italia, FILIPPO GRISPIGNI incluye la punibilidad en la definición formal del delito, pero la cataloga no como elemento propio de él, sino como su consecuencia.⁸¹

La punibilidad, por la misma contextura de la palabra que la denomina, no puede consistir sino en la aptitud para ser penado, o dicho de modo menos general y vago, la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente, o todavía con más propiedad, la nota característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena. Esto es, aptitud, susceptibilidad, posibilidad, noción todas

⁸⁰ FRANCO GUZMÁN, Ricardo et al. Manual de introducción a las ciencias penales. Secretaría de Gobernación, México 1976. Página 20.

⁸¹ GRISPIGNI, Filippo. Diritto penale, vol. I página 153, y vol. II, página 9. Citado por ARILLA BAS, Fernando. La Punibilidad. CRIMINALIA, Año XXIII, Marzo 1957, No. 3, Editorial Botas, México. Página 196.

ellas, que sólo tienen sentido y pueden ser actualizadas por hallarse conminada la perpetración de aquello a que se refiere, del delito, con una amenaza penal, con la amenaza de una pena.

“En consonancia, así como es inconcebible un delito que no sea antijurídico, que no guarde una relación de contradicción con el orden jurídico, tampoco es posible un delito que no sea punible, que no pueda ser sancionado jurídicamente con una pena”.⁸²

La significación de la antijuricidad y la punibilidad es, no obstante, diversa. La primera no es un concepto propio únicamente del derecho criminal, sino que éste comparte con otras ramas jurídicas, o sea, un concepto fundamental del derecho y, en cuanto a tal, constituye el género próximo de la noción del delito, mientras que la segunda sí es un concepto privativo del derecho penal, distingue y separa del abigarrado conjunto de actos antijurídicos y culpables, recorta y perfila dicha noción y constituye lógicamente su diferencia específica.

⁸² RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. De la punibilidad a la pena. REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Vol. 50, 1993 Lima, Perú. Página 223.

Parece obvio que, por haber sido quienes mejor han profundizado en el asunto, comencemos por las opiniones de los penalistas alemanes, que ven en la punibilidad una característica del delito.

Aparece como clásica la definición de FRANZ VON LISZT, comenzaremos por lo que piensa que en su concepto de lo injusto criminal se inserta, como última característica, el estar sancionado con una pena. El concepto de lo injusto desarrollado hasta aquí, considerado como acto contrario al derecho y culpable, encuentra aplicación en todas las ramas del derecho. Entre todas las especies de lo injusto se destaca claramente lo injusto penal, el delito, por su consecuencia jurídica peculiar la pena.

“FRANZ VON LISZT entiende que la penalidad es característica o elemento integrante del delito y define al delito (según su contenido) como el ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligroso, a juicio del legislador, para el orden jurídico existente. Sin embargo es importante señalar lo que nos dice nuestro maestro el doctor RAFAEL MARQUEZ PIÑEIRO al respecto, pues señala que en

la nota 47 es necesario advertir que EBERHARD SCHMIDT, al adicionar el Lehrbuch, 26ª, Berlín, 1932, de FRANZ VON LISZT, ya no incluye la punibilidad como carácter o elemento del delito".⁸³

También ERNEST VON BELING vio la conminación penal como carácter del delito, fue más tarde, acorralado por las críticas, no todas certeras cuando cambió su definición del acto delictivo.

Para ROBERTO VON HIPPEL, la represión aparece como inevitable consecuencia de lo injusto, y por ende la pena pública, como consecuencia ligada por el Estado al tipo, se acoge en su definición del delito. Para que este injusto devenga delito, se necesitan, además, que al tipo se asocie una amenaza pena pública.

Muy especial consideración merece lo escrito por EDMUND MEZGER, no sólo por haber sido, primero, uno de los representantes de la

⁸³ Cfr. MÁRQUEZ PIÑEIRO Rafael Derecho Penal parte general. 2ª edición México, TRILLAS, 1990. Página 251.

negativa, sino porque su posterior conversión a la creencia afirmativa de esta característica del delito.

EDMUND MEZGER fue decidido partidario de reducir a tres los caracteres del delito en su definición delito acción típicamente antijurídica y culpable.

El Profesor de Munich explica su nueva creencia diciendo que si bien antes consideró como una tautología en la determinación del concepto del delito, el estar amenazado con una pena, puesto que bastaba con decir acto típicamente antijurídico, ahora que en Alemania la vida del derecho tiene otras fuentes, a más de la ley, es preciso establecer en la definición la amenaza penal.

Pertenece a las características del hecho penal, que el acto esté conminado con pena, que el hacer u omitir típicamente antijurídico, personalmente imputable, sea al mismo tiempo punible.

EDMUND MEZGER sostuvo criterio de que el estar conminado con pena, en la determinación del concepto del delito, era una tautología,

delimitado la referencia de la antijuridicidad en el hecho penal a la antijuridicidad tipificada (es decir, rigurosamente establecida en una ley penal) y, con ello, que se daba cabida ya a la materialidad de la característica de la conminación penal.

Resulta, pues, ahora, que la determinación precisa y tajante del hecho penal y su clara delimitación de otras manifestaciones de la vida del derecho, sólo se logran acudiendo a la referencia de la consecuencia jurídica que está ligada al acto.

Ésta pertenece a su esencia. De aquí resulta, ante todo, que la dicha tautología es, desde luego inocua, porque con ella no rehusamos una ulterior explicación de la esencia de la amenaza penal sino por el contrario.

GILLERMO SAUER inserta en su concepto formal del delito el estar conminado con una pena, la punibilidad de la conducta, que más bien significa en GILLERMO SAUER penalidad merecida, y que se diferencia de la penalidad determinada en la ley.

ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, considerado, con razón, como uno de los más originales penalistas de Alemania y el precursor de la doctrina de la acción finalista, incluye la conminación penal en su concepto del delito, aunque no se refiere a ella al estudiar sus elementos.

HELLMUTH MAYER, en su definición del delito nos dice que la acción contraria a la norma adecuada a un tipo, subjetivamente imputable es conminada con pena, y explica luego que el delito es acción conminada con pena jurídica; es decir, con pena en sentido estricto, que ha de ser aplicada y medida según el principio de la justa retribución.

Finalmente, por cuanto resta a los autores alemanes, que a pesar de sus distintas filiaciones la mayoría incluyen en su concepto del delito la punibilidad.

III.- Teorías sobre la punibilidad en la doctrina italiana

Cabe señalar que los autores Italianos tienen diferencias entre elementos y caracteres, del delito que complican y poco aclaran las diferentes posiciones, razón por la cual los tratamos en un apartado diferente.

Es necesario advertir que durante el desarrollo de la doctrina italiana han surgido diversas posiciones al respecto, nos ocuparemos someramente de ello, LUIS JÍMENEZ DE ASÚA en el tercer tomo de su tratado desarrolla las diversas posiciones de los juristas italianos sobre el tema de manera sencilla, clara y didáctica, por ello lo tomamos como base en el desarrollo del presente apartado.

En primer lugar es interesante resaltar el criterio de FILIPPO GRISPIGNI por ser quien representa mejor el criterio negativo en Italia. Si para él constituye la pena el precepto secundario de las normas penales, y el delito (reato) es el precepto primario obvio que el delito

ha de ser formalmente un hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia, como consecuencia jurídica una pena.⁸⁴

Mucho más claramente se pronuncia GIUSEPPE BETTIOL cuando escribe contra a lo dicho por GIULIO BATTAGLINI que la punibilidad o se refiere a la consecuencia jurídica del delito (pena), y entonces está fuera del complejo de los presupuestos de la propia pena, o se considera como una característica formal del delito, la cual no puede incidir sobre un elemento único, sino que debe caracterizar todos los elementos del delito.

El delito es un hecho punible, en cuanto es un hecho típico, antijurídico y culpable; la punibilidad es, por ende, una categoría formal que se refiere a todos los elementos del delito. Bastará con recordar que lo antijurídico y culpable pertenece al ordenamiento jurídico general, y que es la punibilidad lo único que hace que ese acto antijurídico y culpable adquiera la categoría de delito.

⁸⁴ Cfr GRISPIGNI Filippo. Diritto penale, Roma, 1948, vol. I, Página 114 y ss.

DOMENICO PISAPIA⁸⁵, como buen discípulo de FILIPPO GRISPIGNI, forma en las filas de los negadores, para él no es cierto que el delito sea esencialmente un hecho punible y en cuanto tal, penalmente ilícito, sino que la verdad es la contraria: que el delito es un acto ilícito y por ello punible.

ARTURO ROCCO expreso la antijuridicidad penal, ni la punibilidad de la acción, son elementos constitutivos generales del delito, puesto que representan, no la materia o el contenido del delito, sino la esencia o la naturaleza del delito en sí mismo considerado. El delito es por tanto, un hecho penalmente antijurídico, un ilícito del derecho penal.

Otro sector de la doctrina italiana si considera a la punibilidad como elemento del delito, pero debemos señalar que hay quien sólo lo toma como carácter y no como elemento del mismo.

⁸⁵ Cfr. PISAPIA Domenico, en *La non punibilità*, en *Studi in Memoria de A. Rocco*, vol. II, Páginas 349 y ss.

FRANCESCO ANTOLISEI en su manual del delito penal respecto al delito como acción punible considera que: el delito es un acto humano, antijurídico, culpable y que requiere a demás ser sancionado con una pena por lo cual considera que es un elemento esencial de éste, aunque sostiene que en últimos tiempos esa afirmación se ha puesto en tela de duda e inclusive hay quienes la han negado rotundamente, hace mención de autores alemanes.⁸⁶

Para ENRIQUE PESSINA la amenaza de un castigo es elemento de la definición del delito y, por ende, su característica. También en este grupo se encuentra GIOVAN BATTISTA IMPALLOMENE, que parece pronunciarse por la afirmativa.

Pero acaso uno y otro hubieran pensado de otro modo si sus construcciones se hubiesen hecho en nuestros días. Digamos, de todas maneras, que también en la definición del maestro GIOVAN BATTISTA IMPALLOMENE figura la amenaza de una pena, el delito

⁸⁶ Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal, parte general, trad. por Juan del Rosal y Angel Toro, Buenos Aires, UTHEA, 1960. Página 503.

(reato) es un hecho prohibido por la ley con la amenaza de una pena, para la seguridad del orden social constituido en el Estado. Acaba, en efecto, diciendo, con razón, que la pena no será esa característica, más sí lo será la penalidad o punibilidad.

La pena imprime al delito la contraseña externa que perdura, incluso, cuando no se hace lugar a la de la esencia del contenido del delito.

La punibilidad no siempre cesa porque en concreto no se aplique la pena. El delito hecho penado. Para la abstracta figura de la conminación de la pena (punibilidad); no es por el contrario esencial, la efectiva aplicación de la pena en concreto

Lo mismo podríamos afirmar de BERNARDINO ALIMENA que, a vueltas de buscar infructuosamente la diferencia entre ilícito penal e ilícito civil, que él mismo escinde, confiesa la imposibilidad de separar con un tajo neto uno y otro, acaba diciendo que una vez escrita la ley es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena.

EUGENIO FLORÍAN discurre con más conocimiento de causa, aunque su opinión pueda ser interpretada de manera ambivalente. Reconoce que en el sistema del derecho en vigor, el delito está precisamente caracterizado por la pena, aunque advierte que lo está sólo en abstracto, pues el delito, como tal, no requiere la efectiva aplicación de la pena, recalcando, además que no está claro en el código el significado de punibilidad y no punibilidad. Pero su opinión no es demasiado nítida, cierto que dice excluyamos que la pena deba participar en la noción del delito, cómo elemento constitutivo del mismo.

Aunque **VICENZO MANZINI** haya vivido más tiempo y las ediciones de su obra hayan llegado hasta estos días, no clarifica mejor que **EUGENIO FLORIAN** los problemas del delito, y de sus caracteres, al contrario, su concepto de presupuestos, condiciones y elementos del delito está lejos de ser los que hoy manejamos.

De todos modos, destaquemos que al definirle formalmente dice que el delito es el hecho individual con el que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de coerción indirecta, que es la

pena en sentido propio y luego añade que el delito, como violación de un precepto penal, es un hecho penalmente ilícito.

SABATINI parece volver a las ideas de EUGENIO FLORIAN y acaba por reconocer que la punibilidad es uno de los requisitos inherentes a la esencia del hecho punible, aunque, a su juicio, no puede decirse que sea un elemento constitutivo del delito, para él la antijuridicidad, la culpabilidad, la tipicidad, la punibilidad, son los caracteres indefectibles del hecho para que pueda integrar el concepto, y por ende, la noción abstracta del delito.

GIULIO BATTAGLINI reduce a tres los elementos del delito, que son el hecho típico, culpabilidad y punibilidad. Como presupuesto del delito y no como elemento constitutivo menciona EDUARDO MASSARI la existencia de una sanción penal, tras haber dicho, como definición formal del delito, que éste es el hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia como consecuencia una sanción penal.

Así también lo piensa ENRICO ALTAVILLA, que ve en la sanción penal un presupuesto y no un elemento constitutivo del delito, así

como GIUSEPPE MAGGIORE, por su parte, inserta la punibilidad, la retribución por la pena o la expiación por ella, en todas las definiciones que da del delito, sea en sentido formal, en su sentido real, en su razón abstracta o en el aspecto ideal.

BIAGIO PETROCELLI a su vez, se contenta con definir el delito como la acción prohibida por el derecho, con la amenaza de la pena, y nada importa que luego hable de la pena como consecuencia jurídica, reciente se expresa aún con más nitidez, un ilícito es concebible en tanto la norma contenga además del precepto de no ejecutar una determinada acción (u omisión), la sanción contra la inobservancia.

Incluso debe advertirse que no resulta propiamente exacto decir que, además del precepto, debe estar prevista una sanción puesto que el precepto no es realmente tal y no puede decirse que en verdad existe, sino junto a la amenaza de una sanción.

Sólo al establecer una sanción surge la figura de lo ilícito. Precepto y sanción son dos elementos indisolubles que surgen de la norma y funcionan juntos como una sola cosa. Y más adelante aclara un punto

que los partidarios de ver la punibilidad como consecuencia confunden siempre, del principio de que la punibilidad haya de referirse al momento normativo, se deduce una clara delimitación y funcionalidad de su concepto.

La punibilidad ha de entenderse como abstracta referencia de la sanción penal a un hecho, y así queda claramente establecida la distinción entre punibilidad (sin la cual el delito no surge e incluso no es concebible) y la aplicabilidad de la pena (después de que el delito aparece).

Otros de los autores italianos que como OTTORINO VANNINI tiene semejante el criterio al de FRANCESCO ANTOLISEI, pues no obstante define el delito como todo hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia una pena, sino que la única diferencia que halla entre lo ilícito civil y lo ilícito penal es que el delito está sancionado con una pena por el legislador.

Añadamos la coincidencia de SILVIO RANIERI a pesar de su positivismo, puesto que no sólo incluye en la definición del delito el

estar sancionado con pena en sentido estricto, sino que estima que el delito, en cuanto a su forma, se distingue de todo otro acto ilícito en cuanto está sancionado con una pena.

Con ese criterio de que ya sea hablado, y en el que hemos de insistir con motivo de las opiniones de otros penalistas italianos según el cual se distinguen requisitos y caracteres del delito, BERNARDINO ALIMENA se opone a la tesis tripartita de GIULIO BATTAGLINI; es decir, que niega punibilidad sea requisito del delito, pero proclama que es carácter de él.

REMO PANNAIN, como GIULIO BATTAGLINI, da un amplísimo concepto de la punibilidad y, sobre todo, de las causas que la excluyen, opina, en contra de éste, que la punibilidad no es un elemento del delito, sino que, como la antijuricidad, es un carácter de él.

REMO PANNAIN en contra de DOMENICO PISAPIA nos dice, el hecho es ilícito porque como tal lo considera el legislador, y por tanto merecedor de pena; si no fuese punible penalmente, podría ser ilícito

para otra rama del derecho, pero no para el penal; por tanto, para afirmar si un hecho es penalmente ilícito, es decir, delito, se precisa ver si es punible abstractamente.

Prosiguiendo con las diferencias entre elementos y caracteres VINCENZO CAVALLO niega que la punibilidad sea un elemento del delito contradice la opinión de GIULIO BATTAGLINI al afirmar que la antijuricidad y la punibilidad constituyen las dos calificaciones legales que transforman los elementos naturales en elementos del delito. La punibilidad, en suma, es un carácter formal del delito, él le asigna el específico carácter de tal.

De modo parecido, aunque más claro, se expresó RAUL ALBERTO FROSALI, que ve en la antijuricidad y la punibilidad las propiedades intrínsecas del delito. Puesto que, precisamente, la sanción criminal tiene la virtud de dar el colorido criminal a la norma (y, por tanto, de determinar el carácter criminal de lo ilícito), y puesto que la antijuricidad es lo antitético de la norma (de la cual la sanción es elemento constitutivo), resulta demostrado que la punibilidad (criminal)

es un modo asumido por la antijuricidad formal (antijuridicidad penal y no civil, administrativa, o en general extra penal).

De la misma opinión, aunque mucho más terminante, es ARTURO SANTORO: La punibilidad es, junto a la antijuridicidad, una característica del delito: Como ésta, surge de la visión sintética del delito, de la consideración unitaria de él. Sin embargo, mientras la antijuridicidad enlaza el delito con las otras especies de los ilícitos, la punibilidad es característica específica del delito. Ciertamente hay otras especies de actos ilícitos, además del delito, y el delito es también un hecho ilícito de otro modo; como hecho punible (con pena criminal) no hay más que el delito.

En suma, los italianos, sean positivistas o dogmáticos, no niegan que la punibilidad haya de caracterizar el delito, sino que, con la antijuridicidad, constituye su esencia.

Digamos, finalmente, que en la doctrina italiana se ha abordado ampliamente el tema, hay quienes consideran a la punibilidad como un

presupuesto, otros como la esencia de lo ilícito penal, otros como elemento del delito y otros como consecuencia del mismo.

CAPÍTULO SEXTO

ÁMBITO Y NATURALEZA DE LA PUNIBILIDAD.

I.- Definición y antecedentes.

Debemos recordar la distinción que hacíamos sobre la punibilidad,⁸⁷ ya que hay que entenderla desde dos puntos de vista para tomarla en cuenta como parte integrante del delito, esto es que la punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad (Strafwürdigkeit) nunca puede escindirse del delito, y la punibilidad entendida como posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece, es decir la necesidad de pena (Strafbarkeit) que es un problema que debe resolverse según las circunstancias del caso concreto que se presente.

⁸⁷ *Infra*, Capítulo tercero.

Ambas posturas pertenecen a la teoría del delito, lo cual no significa que su alcance sea incorrecto respecto a la teoría de la ley penal.

A.- El merecimiento de pena y la necesidad de pena.

Para explicar el hecho de que la presencia de un injusto culpable en determinados supuestos no siempre desencadene la pena, la doctrina principalmente la alemana acude a dos elementos: el merecimiento de pena y la necesidad de pena.

Estos conceptos, que han sido desarrollados, han pasado a ocupar un primer plano tanto en el tratamiento de problemas dogmáticos como en la teoría de la legislación.

Este fenómeno también se ha reflejado en las doctrinas españolas e italiana que en los últimos años han comenzado a prestar cierta atención a estos conceptos.

El recurso masivo a estos elementos contrasta, sin embargo, con los problemas que se plantean a la hora de definirlos, de establecer la relación entre ambos, así como de fijar su posición y valor dentro de la teoría jurídica del delito.

Para este tipo de doctrina, el delito es el resultado de la conjunción de dos juicios diferentes expresados en el merecimiento de pena y la necesidad de pena.

Mientras el merecimiento de pena recoge todos los aspectos de desvalor del delito y, por tanto, encierra un juicio global de desvalor (aspecto valorativo).

La necesidad de pena acoge todas las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia (aspecto teleológico).

Pero más allá de estas afirmaciones no resulta fácil encontrar referencias a los elementos o circunstancias que sirven de base para la formulación de los correspondientes juicios.

Por lo que se refiere al merecimiento de pena, junto a las posiciones que se limitan a identificar éste con lo injusto culpable. Otros autores identifican como criterios de merecimiento de pena sólo algunos aspectos de aquél. Así HANS HEINRICH JESCHECK menciona la importancia del bien jurídico (desvalor de resultado), la peligrosidad del ataque (desvalor de acción) y la reprochabilidad del ánimo del autor. Otros sin embargo sólo hacen referencia a los componentes de lo injusto (desvalores de acción y resultados) como factores constitutivos del merecimiento de pena.

En lo que concierne a la necesidad de pena, se suele indicar que bajo este aspecto hay que preguntarse si la pena hace falta para hacer frente a determinadas condiciones.

Así se sostiene que la sanción penal carece de sentido cuando los fines que se persiguen con ella ya se han alcanzado, a esto se añade que tampoco hay que recurrir a la pena cuando haya otros medios al alcance menos gravosos (principio de subsidiariedad) o cuando ella no sea idónea para hacer frente a la conducta desviada.

La doctrina, al aceptar la distinción entre merecimiento de pena y necesidad de pena, se ve obligada a abordar la relación existente de tres maneras:

La primera considera que en ambos conceptos existe una relación de implicación en la que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena, lo que significa que, sólo una vez formulado el juicio de desvalor sobre la conducta, cabe plantearse si hace falta reaccionar con una sanción penal para hacer frente a esta.

Otros, admitiendo la existencia de una relación de implicación, la invierten, es decir, afirman que el merecimiento de pena presupone la necesidad de pena.

En tercer lugar, cabe señalar la opinión de quienes niegan una relación de implicación entre ambos elementos y piensan que los dos están en un mismo plano.

La doctrina mayoritaria niega que estos conceptos tengan una relevancia sistemática propia y los configuran como principios generales a través de los cuales se fundamentan las categorías del delito. Sin embargo, el acuerdo no va más allá.

Mientras para muchos representantes de la doctrina cada uno de estos conceptos tiene su campo de actuación propio, de modo que normalmente el merecimiento de pena se reconduce a lo injusto culpable y la necesidad de pena a las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

No obstante ello, otros autores estiman que estos fundamentan todas las categorías, es decir, todas poseen un aspecto valorativo y otro teleológico.

Algunos autores, cuyo denominador común es la consideración de que lo injusto culpable no agota el contenido del delito, consideran imprescindible construir una categoría ulterior a partir del merecimiento de pena o de la necesidad de pena.

LANGER W. en Sonderverbrechen citado por OCTAVIO GARCÍA PÉREZ⁸⁸, construye un sistema en el que a lo injusto culpable añade otra categoría, el merecimiento de pena. El delito según este autor no se puede definir únicamente a partir de lo injusto culpable como lo demuestra el hecho de que la inmensa mayoría de injustos culpables son impunes. El delito es una conducta ilícita, culpable y merecedora de pena. El merecimiento de pena representa un ataque a las bases de una convivencia fructífera que destruye la sociedad.

Para LANGER, lo injusto culpable es el presupuesto del merecimiento de pena. El juicio de desvalor propio de esta categoría consiste en fijar si se da una perturbación de las bases de la sociedad que exija su retribución. Este, al igual que el de las restantes categorías del delito, es graduable. A través de él se mide el grado correspondiente de perturbación y de reacción necesaria para la estabilización.

⁸⁸ GARCÍA PEREZ, Octavio. La punibilidad en el Derecho Penal. Málaga, ARANZADI, 1997. Página 88.

Esta categoría continúa este autor posee elementos tanto fundamentadores como excluyentes. Dentro de ambos distingue dos clases de circunstancias: las que dependen directamente del injusto culpable y las que sólo indirectamente, están vinculadas a éste, de tal forma que sólo su adición al hecho ilícito y culpable da lugar a la perturbación que exige su retribución o a su agravación.

Otra posición que frente a la doctrina mayoritaria, sostiene un sector minoritario niega la distinción entre merecimiento de pena y necesidad de pena por considerar que no es posible discernir en el delito entre los aspectos valorativos y los de utilidad o conveniencia.

Para algunos autores, la admisión de dos juicios puede ser el resultado de los prejuicios que se han manifestado frente a la filosofía utilitarista. A través de la admisión de esta distinción se pretende mantener la filosofía idealista y simultáneamente admitir algunos aspectos de la utilitarista.

Sin embargo, la valoración moral de una acción ha de tener en cuenta también los fines o por lo menos no se puede afirmar que un juicio de

utilidad no sea un juicio moral, pero además, no tiene sentido exigir primero un juicio de valor moral para después satisfacer exigencias jurídicas; desde el punto de vista de un pensamiento teleológico, el delito tiene una única función fundamentar la pena y ello con independencia de sí se hace desde la perspectiva ética o jurídica. De ahí se concluye que no sea correcto plantear un juicio de desvalor moral para a continuación enjuiciar la gravedad del desvalor y por último analizar la necesidad de pena.

Para ENRIQUE BACIGALUPO⁸⁹, la admisión de estos dos juicios presupone la existencia de dos órdenes normativos a los que referirlos, pues el reconocimiento de dos juicios sólo tiene sentido si no son coincidentes, lo que su vez exige que ambos se remitan a órdenes normativos distintos. Si se tiene presente dice este autor que la necesidad de reaccionar con una pena únicamente puede tener lugar a partir del orden jurídico, para el merecimiento de pena quedaría sólo el orden ético.

⁸⁹ Vid. BACIGALUPO, Enrique. Delito y punibilidad. Madrid, España, editorial CIVITAS, S.A. 1983. Página 97.

Ahora bien, con la adopción de este esquema concluye se terminaría admitiendo que el Estado está legitimado para imponer una determinada orientación moral.

De ahí que, para estos autores, uno de los dos términos utilizados resulte superfluo, lo que les lleva a inclinarse por la utilización de la expresión merecimiento de pena si es que se ha de hacer uso de alguno de ellos.

De lo expuesto anteriormente, podríamos decir que la punibilidad en la teoría del delito tiene dos alcances diferentes, entiéndase con ello que esto no significa que es ajena a la descripción de ella se hace en la teoría de la ley penal, al contrario es la base para el presente estudio, es así como objetivamente podemos entenderla.

Por ello, objetivamente entendemos a la punibilidad como conminación de privación o restricción de bienes y/o derechos del autor del delito, que es formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y

cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque o puesta en peligro de aquél.

II.- Descripción de sus elementos.

Para la determinación del análisis nos ocuparemos de la punibilidad en la perspectiva de la teoría del delito y desde luego objetivamente considerada como amenaza de restricción de bienes y/o derechos al culpable de un hecho delictivo.

La punibilidad en la teoría del delito tiene dos aspectos el valorativo por medio del merecimiento de pena recoge todos los aspectos de desvalor del delito, y el aspecto teleológico por conducto de la necesidad de pena que contiene las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia para la aplicación de la misma.

La punibilidad en la teoría del delito y como elemento del mismo se puede considerar tanto como una valoración (Strafwürdigkeit) o como un juicio (Strafbarkeit), ambos sólo como una valoración cultural

subjetiva con relación a un hecho fáctico que por otras consideraciones se determina como delito.

Entonces podemos considerar a la punibilidad subjetivamente como una valoración de un merecimiento de pena y un juicio de necesidad de pena.

Objetivamente la punibilidad es una mera descripción general y abstracta; se encuentra contenida en el texto de la ley de manera general, y establece los límites de las sanciones aplicables.

Surge de aquí que la punibilidad sea elaborada exclusivamente por el legislador en ejercicio de la soberanía que el pueblo ha concedido a este poder, el legislador debe fijar los alcances de la punibilidad de acuerdo al momento histórico y al valor del bien jurídico que se pretende proteger.

La punibilidad es, conminación o amenaza de privación o restricción de bienes y/o derechos, y consiste sólo en el apercibimiento de un

menoscabo en los bienes y/o derechos del individuo infractor de la norma jurídica.

No se debe confundir a la punibilidad con la punición ni con la pena, ya que la punibilidad es el sustento de las dos últimas, pero cada una pertenece a un momento y ámbito diferente.

El legislador se encuentra legitimado para la creación o modificación de la punibilidad, cuando se basa en la necesidad social derivada de la realización de conductas antisociales, por lo que la actuación del legislador sin necesidad social ni fundamento de beneficio comunitario carece de legitimación, sin embargo es común que a veces los legisladores obedecen a intereses particulares para la creación de normas.

En resumen los elementos integrantes de la punibilidad en sentido subjetivo son una valoración (merecimiento de pena) y un juicio (necesidad de pena), objetivamente podemos afirmar que los elementos son una amenaza o apercibimiento de afectación en la

esfera de derechos y/o bienes para el sujeto que cometa un delito y un limite a ese apercibimiento.

Mientras subjetivamente pensamos en el desvalor de la acción delictuosa y en la conveniencia de una sanción, objetivamente pensamos en una amenaza justificada y delimitada.

III.- Origen de la punibilidad.

A.- Presupuestos.

El ilustre profesor de la universidad de Oxford HERBERT LIONEL ADOLFUS HART⁸⁰ nos ilustra sobre la necesidad de un medio de control por el cual sean obedecidas las normas al expresar: "Hacen falta sanciones, por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen

⁸⁰ HART, Herbert Lionel Adolfus. El concepto del derecho. Trad. Genaro R. Carrio. 2ª edición, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1995. Páginas 244 y 245.

voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen”, y continua “Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo”.

Cuando esa cooperación voluntaria no se lleva a cabo es necesario imprimir un principio inhibitor que amenace con una sanción a los insurrectos, de esta manera se garantiza el cumplimiento de esos preceptos.

Corresponde a la punibilidad a través de la amenaza de sanción vedar las infracciones a la norma, esto es lo que justifica su función.

B.- Legislador.

El legislador en el curso de su etapa legislativa, debe tomar en consideración por una parte, los eventos antisociales tal y como acontecen en el mundo fáctico y, por otra la reacción social que aquéllos suscitan.

Esto es lo que debe quedar plasmado en la norma penal. El contenido de los eventos determinara al contenido del tipo legal y la razón social determinara la punibilidad.

Ello constituye la fuente real que sirve a la legitimación de la actividad legislativa, pero no debería el legislador ir más allá del límite que le marca la necesidad social. Los eventos que producen una lesión de un interés social, legitiman al legislador para crear una norma de consumación, si sólo es puesto en peligro es una norma de tentativa. Entendido así las normas penales hacen factibles los principios políticos criminológicos relacionados con la maquinaria coactiva del sistema penal.⁹¹

El legislador es el único facultado para crear leyes, y por lo tanto es él quien determina a la punibilidad dependiendo del bien tutelado y la importancia de este en la sociedad, sin embargo si nos preguntamos ¿A propuesta de quién se elaboran las leyes? Con la respuesta ya no

⁹¹ Cfr. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ Elpidio. La tentativa en el derecho penal mexicano. REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES No.3 Año III Julio-1979 Junio-1980, México. Página 202.

sólo se limita al legislador sino que se abre el abanico de posibilidades ya que puede ser a propuesta del ejecutivo, o de particulares, por medio de los propios legisladores.

Entonces tenemos que es el poder Legislativo es quien debe determinar la punibilidad al momento de crear las normas penales, empero las iniciativas de creación o modificación de normas también provienen de otras instancias, lo que nos llevaría de aprobarse aquellas, a la posibilidad de que otros órganos del Estado (específicamente el poder Ejecutivo) puedan de un modo u otro determinar también el tipo y alcance de la punibilidad.

C.- Ámbito espacial.

La ciencia penal es la que da las bases para la función legislativa, o en el mejor de los casos así debería de ser, es decir la dogmática jurídica no es para determinar el numero de elementos constitutivos del delito o la supremacía de uno sobre los otros, en realidad se trata de un estudio que tiene como finalidad mejorar la elaboración de leyes y sentar las bases para una mejor interpretación de las mismas con

fundamento en los principios generales los cuales procurarán una mejor estabilidad en la convivencia social al tratar de evitar la realización de hechos delictivos.

Las normas penales no tienen una validez universal sino que su carácter vinculante es reducido, puesto que la soberanía de los Estados es limitada. El principio general por el que se rige la eficacia en el espacio de las normas penales es el de territorialidad.

De esta forma, las normas penales vinculan a todos los que se encuentran en determinado territorio y, por tanto, son aplicables a los hechos delictivos que se produzcan en el mismo.

No obstante, la referencia al espacio sólo tiene una relevancia inmediata, pues lo decisivo es la cuestión de frente a quién son vinculantes las normas del derecho penal, sobre qué hechos pretenden ser aplicadas.

En México cada uno de los Estados integrantes de la Federación y el Distrito Federal tiene su propio código penal, lo que supone distintos tipos delictivos y por lo tanto diferentes punibilidades para los mismos.

Su justificación esta determinada por los valores y necesidades de cada entidad, el congreso local es el encargado de determinar los límites de la punibilidad como una respuesta a los requerimientos propios de la sociedad.

Esta categoría la territorialidad, presupone que se ha infringido una norma y que la misma es vinculante respecto del autor del supuesto normativo, por que el hecho tuvo lugar en el territorio del Estado.

Ello explica que la determinación del lugar del hecho delictivo se haga precisamente a partir de los elementos de la infracción de la norma, la acción y el resultado.

D.- Ámbito temporal.

Nos dice la doctora OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL "El legislador al elaborar una norma penal, ha de contar con información de los especialistas (teorías del derecho penal), pero, además ha de tener conocimiento preciso de la situación real (realidad subyacente) sobre lo que va a legislar".⁹²

El ámbito temporal en el origen de la punibilidad es vital, ya que ésta debe ser reflejo de las condiciones existentes en ese momento histórico, un ejemplo de ello pudiera ser la amenaza de pena de muerte que en tiempos de la Nueva España se utilizaba para los salteadores de caminos, que en aquel tiempo constituían un gran peligro, en la actualidad con el avance de las vías de comunicación y la evolución de los medios de transporte, incluso podríamos hablar de otro tipo de delitos y por lo tanto de otras punibilidades.

⁹² ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX. LA CIENCIA DEL DERECHO DURANTE EL SIGLO XX. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Estudios doctrinales serie G No.198 Agosto 1998, México. Página 762.

Recordemos que la punibilidad objetiva es previa a la comisión del delito. Ninguna conducta constituye delito si no está prevista por un tipo legal al que se asocia una determinada punibilidad.

La punibilidad objetiva existe con independencia del delito: la punibilidad está en la norma, y allí permanece se cometan o no se cometan delitos.

Hay quien afirma que varios autores determinan que la punibilidad es una consecuencia del delito y ello parece deudor de la confusión de niveles en los que se localizan las sanciones penales, aunque a mi entender se refieren dichos autores la punibilidad subjetiva dentro de la teoría del delito.

Por supuesto que la comisión de un delito no lleva a los legisladores a reunirse a elaborar punibilidades mediante el proceso legislativo. Por el contrario, para que una conducta pueda ser considerada como delito, se requiere ya se apunto que la misma este conminada en la norma.

Ello significa que la norma jurídico penal es fundamentadora del delito, y, por ende, previa a éste. Entiéndase en el sentido de la punibilidad objetiva.

Por lo que al tiempo del delito se refiere, si tradicionalmente en una estructura del delito basada en el esquema de una teoría absoluta, el tiempo del delito y de realización del tipo coincidían, en una concepción orientada a fines preventivos se separan ambos momentos, pues, tras la realización del tipo, pueden darse ciertos factores que hacen innecesario recurrir a la pena para asegurar la confianza de los ciudadanos en la norma, como sucede con el comportamiento posterior a la infracción de la norma, sea porque existen otros medios menos lesivos que la pena, sea porque existan otros intereses prioritarios.

Así, todos los elementos integrantes de la punibilidad tienen como punto de referencia temporal la celebración del proceso y, por tanto, lo decisivo ya no es su concurrencia o no al tiempo de infringiese la norma.

Pues bien, referir el tiempo del delito al momento constitutivo de los elementos de la punibilidad conduce a una situación insatisfactoria, puesto que nunca se podría empezar a computar el plazo de la prescripción del delito, circunstancia de la punibilidad, hasta la celebración del juicio, cuando, en realidad, en el proceso lo que se ha de determinar es si se dan sus presupuestos o no.

Frente a esta concepción se podría objetar que la cuestión de la determinación del tiempo del delito se ha de resolver de forma específica en relación con cada problema en el que el tiempo del delito es relevante.

Así, no es lo mismo cuando se dice que al fijar el tiempo del delito en atención al problema de la constitución de la antijuridicidad o la culpabilidad que en relación con el comienzo del cómputo de los plazos de prescripción.

Desde esta perspectiva, se podría afirmar que el momento a partir del cual se comienza a computar el plazo de la prescripción es el de la

conurrencia de los restantes elementos de la punibilidad, cuando su aparición sea posterior a la infracción de la norma.

Así, el plazo de la prescripción, por ejemplo, en el delito de quiebra no comenzaría a correr hasta que se produzca la declaración civil de la quiebra. De este modo, se evita que el hecho de bancarrota pueda prescribir antes de que se pueda imponer una pena.

El momento constitutivo de la punibilidad es único: la determinación del legislador. En éste se han de observar los límites y el inicio de la vigencia de la misma.

IV.- Naturaleza jurídica de la punibilidad.

A.- Fundamento.

Persuadir es una forma de poder que se ejerce por medio de la punibilidad, es la amenaza lo que inhibe al ser humano a no cometer actos delictivos, sin embargo en la actualidad, no siempre es así.

Hoy la amenaza del derecho penal no se cumple, los grandes índices de impunidad y la corrupción en los sistemas de creación normativa, de procuración e impartición de justicia han ocasionado que la persuasión se pierda, ¿Dónde esta la persuasión del derecho? ¿No existe actualmente? Es obvio que se ha perdido la confianza en el sistema penal, lo cual ocasiona que ese poder en la actualidad no lo sea tanto.

Hay quienes sostienen que la función de las normas es motivadora, pero eso es cuando los ciudadanos las conocen y tienen su confianza en ella, de esa manera la motivación de la norma y la amenaza de sanción por parte de la punibilidad cumplen su objetivo de prevención general, de otra manera sólo generan caos e incertidumbre.

Recordemos que el poder de la punibilidad sirve en la medida de que esa amenaza sea convincente. Nadie se inhibe de una amenaza que no se cumple.

B.- Determinación de su naturaleza.

El derecho penal se enfrenta al individuo en el nivel legislativo para evitar la comisión de delitos, describiendo conductas que se prohíben, inhibiéndolo de cometerlas por disposición de una amenaza en la restricción de sus derechos y/o bienes hecha a través de la punibilidad.

La punibilidad en la teoría del delito tiene dos aspectos el valorativo con el merecimiento de pena que recoge todos los aspectos de desvalor del delito, y el aspecto teleológico por conducto de la necesidad de pena que contiene las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia para la aplicación de la misma.

La punibilidad objetiva está dada solo para sujetos imputables, sus efectos se dirigen exclusivamente a las personas capaces y poseen voluntad sobre sus actos, porque conocen y entienden la normatividad establecida en la ley, así como el alcance de la afectación en sus derechos y/o bienes que de cometer la conducta prevista surge como

sanción en retribución a ella. Con relación a los inimputables el legislador deberá fijar medidas de seguridad convenientes.

La punibilidad objetiva es el medio por el cual el legislador pretende determinar la inhibición de los sujetos imputables, es importante señalar que si ese medio no es efectivo, es decir que si la amenaza no se actualiza cuando ha lugar a ella, esto ocasionará sólo una burla para esa amenaza.

Es necesario la eficacia de las sanciones que establece la punibilidad, de lo contrario sólo sería letra muerta, una amenaza que no se cumple carece de todo principio inhibitorio.

La función de la punibilidad objetiva es la protección de bienes a través de la prevención general y limitar el alcance del apercibimiento.

La función de la punibilidad subjetiva es determinar el merecimiento de pena por medio de una valoración de la conducta del actor del hecho ilícito y la necesidad de pena por medio de un juicio de conveniencia para la aplicación de la sanción.

Así pues tenemos que la naturaleza jurídica de la punibilidad objetivamente considerada es la de ser el medio idóneo para la prevención general a través de la inhibición en la comisión de los delitos y ser determinante en los límites de la amenaza de sanción.

La naturaleza jurídica de la punibilidad desde el punto de vista subjetivo es determinar la dignidad de pena y la posibilidad jurídica de aplicación de pena, es decir, el merecimiento de penalidad y la necesidad de pena, entendidas como punibilidad y penabilidad respectivamente.

En el ámbito de la teoría general del delito, la punibilidad subjetivamente entendida como producto de valoración cultural sobre un hecho que se considera delictivo tiene dos posibilidades para concebirse primero el merecimiento de penalidad (Strafwürdigkeit) es algo inherente a él, lo que lo distingue de los demás ilícitos, en otras palabras no se puede prescindir de esta característica; y segundo la penabilidad o posibilidad jurídica de aplicación de pena (Strafbarkeit) constituye un juicio de conveniencia sobre la posibilidad de sancionar,

es aquí donde surgen las interrogantes a sí se puede considerar parte o no del delito esta característica.

CAPÍTULO SEPTIMO

LAS FUNCIONES Y EFECTOS DE LA PUNIBILIDAD DE ACUERDO CON SU NATURALEZA JURÍDICA.

I.- Funciones de la punibilidad.

La punibilidad objetivamente es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa social de determinados bienes que se busca tutelar, es decir, la punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico penal, sustantiva.

Al amenazarse con un mal condicionado a la culpable concreción de un tipo legal, se está formulando una norma jurídica, pues a final de cuentas esta amenaza es lo que determina la existencia de la prohibición o el mandato contenido en el tipo legal: sin punibilidad, los textos legales serian, sólo anhelos del legislador.

Ahora bien el carácter coactivo de la punibilidad es lo que distingue a la norma jurídico penal de otra clase de normas (morales, religiosas, de trato social, etcétera) y su característica de amenaza de retribución es la que permite distinguir a la norma jurídico penal de otra clase de normas jurídicas.

A.- Certeza jurídica.

En primera lugar, no se debe perder la vista que el derecho como orden coactivo se presenta, en el marco de un Estado moderno, el legislador, para asegurar las condiciones de existencia de vida en común de los gobernados, valora siguiendo los impulsos de la vida social, qué bienes jurídicos son dignos de ser tutelados, y crea a través del acto legislativo el esquema, la hipótesis y el tipo de delito acompañando de sus respectivas amenazas de sanciones, por medio de las cuales se protegerán los bienes que, a través de este acto, se elevan a la categoría de institución jurídica, lo que asegura el orden jurídico establecido.

La protección de bienes particulares como la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, etcétera, es el medio empleado por las normas penales para alcanzar dicho fin, pero la tutela de estos bienes no es característica propia de las normas penales; también las normas civiles y laborales tutelan la vida, la libertad y el patrimonio.

La diferencia entre una y otra protección jurídica consiste en que el delito, por despertar una alarma social mayor o un daño grave a la colectividad y no sólo a un individuo en particular como sucede en el derecho común, se encuentra revestido por ello, con una sanción penal.

Los dos integrantes de la norma jurídico penal son el tipo y la punibilidad. La punibilidad, por ubicarse en el mundo normativo, tiene las mismas características que el tipo, la generalidad, porque se dirige a todos los individuos; la abstracción, pues no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma, y la permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma.

Consecuentemente, el análisis de la sanción penal en abstracto encontrada en la norma jurídico penal no es más que el examen de la misma y de los elementos que la integran, el tipo y la punibilidad.

“El tipo no es otra cosa que el esquema abstracto del delito contenido en la norma y que nosotros llamaremos delito institución jurídica para diferenciarlo del delito hecho concreto. La punibilidad constituye la esencia particular de la norma jurídico penal. Sin punibilidad, la norma jurídica estaría vacía, sería solamente expresión de buenos deseos del legislador”.⁹³

El carácter coactivo representado por la punibilidad es la característica de la norma penal que la diferencia de otra clase de normas, como las morales o religiosas.

Así pues, la punibilidad es la reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o

⁹³ OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo, México. Trillas 1993. Página 73.

contrarios al derecho, es una condición señalada en el precepto primario.

“La prevención penal opera únicamente cuando está diseñada en forma de sistema. En virtud de ello, y por definición, no admite la presencia de elementos irracionales en ninguno de sus subsistemas, formando uno de éstos el de las punibilidades. Por ello, una punibilidad desproporcionada, que en cualquier caso significa un atropello a los súbditos, introduce un elemento irracional en el subsistema de punibilidades, lo cual perturba y debilita el sistema de prevención penal”.⁹⁴

La función de la punibilidad al otorgar un límite máximo y uno mínimo en la sanción determina la seguridad y certeza jurídica en el sistema, el juez al momento de la punición no puede ir más allá de lo que la punibilidad señala expresamente en la ley, el artículo 14 constitucional fundamenta esto último.

⁹⁴ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Contenido de las normas penales. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 82.

B.- Determina el contexto de la sanción.

La sanción es parte de los valores sociales, forma parte inmanente de hombre y de su cultura y es el instrumento que sirve para enfatizar los valores que la sociedad protege, por estimarlos importantes y vitales, en la medida que el individuo (gobernado o ciudadano) interactúa socialmente y no los respeta la sanción surge.

No en vano hemos afirmado que la amenaza de un castigo o, más técnicamente dicho, el efecto disuasivo de la punibilidad consiste en crear hábito y cumplir una función política social, pues conduce al hombre por aquellas vías de la vida y actúa como modelo de orientación para el mantenimiento del orden jurídico implantado, esto es por el paso del tiempo, llega a constituirse como costumbre para la mayoría de los individuos.

Esto no quiere decir que la sanción en su sentido abstracto sea el único medio que contribuya a controlar los impulsos criminosos del hombre y, por ende, de la sociedad en su conjunto, porque a dicho

resultado indudablemente contribuyen otros factores que la propia sociedad inculca a través de los agentes y procesos de aculturación; la familia, la iglesia, la clase social o económica a que pertenece el individuo, la virtud, el sentido del deber, los valores éticos y sociales, el honor, la justicia, el ejemplo de los héroes, etcétera.

Más bien, queremos reafirmar que, por su propio carácter afflictivo, la sanción es la razón última o extrema que la sociedad impone a los gobernados para hacer respetar sus normas mínimas de coexistencia.

Para graduar dicho carácter, el legislador, al momento de conminar a los gobernados para que se comporten de tal o cual manera amenazándolos con una sanción, debe adecuar la cualidad del bien tutelado a la magnitud de la lesión o puesta en peligro.

Es aquí donde entra en juego la teoría sobre los bienes jurídicos, que difieren de un sistema jurídico a otro dependiendo de la ideología política imperante en cada uno de ellos.

“La necesidad de jerarquizar los bienes jurídicos tomando en cuenta la diversidad de su valía, pues no se debe perder de vista que, en el plano racional, el bien jurídico tutelado en los tipos contra la vida e integridad corporal de mayor importancia que los delitos contra el patrimonio; los delitos contra la libertad que aquellos delitos contra la reputación de la persona; los delitos contra el orden de la familia que los delitos contra las vías de comunicación, etcétera”.⁹⁵

La adecuación de la punibilidad a la magnitud del bien lesionado o puesto en peligro constituye el meollo de la prevención general y de la política penal liberal, ya que el legislador puede optar, según el momento histórico y la presión ejercida socialmente, por conminar con sanciones cortas o de larga duración.

Es verdad que en tiempos de anemia, alarma social o guerra, al igual que los precios de los bienes y servicios, también aumentan los índices de criminalidad.

⁹⁵ OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo. México, Trillas 1993. Página 75.

Sin embargo la punibilidad para ciertos tipos de delitos podría ser la solución inmediata hasta llegar a caer en el terrorismo penal, es decir en la imposición de la pena capital para la mayor parte de los delitos.

Pero no debemos olvidar que el reino del terror y de la anarquía no es aquel donde falta una ley, sino también aquel donde ésta supera los límites de la proporción en el intento por parar las manos a los delincuentes.

Si el terrorismo penal nos llevara hasta la implantación de la pena de muerte para la mayoría de los delitos, su amenaza sistemática conducir a la indiferencia general porque el hombre se habitúa a esta idea. La prevención general terminaría así por matar a la sanción misma, pues la privaría de todo poder.

Por otra parte, psicológicamente, a una mayor agravación de la sanción no corresponde un aumento en el sufrimiento del condenado, y eso correspondería a una retribución por su actuar y no a una resocialización como lo reza nuestro artículo 18 constitucional.

A menudo una sanción corta es más eficaz que una de larga duración.

La correcta individualización legislativa exige una proporción cuantitativa de la punibilidad al delito tipo que tome en consideración la gravedad objetiva del mismo.

Para lograr esta proporción, el legislador encuadra la punibilidad dentro de mínimos y máximos de cuotas sancionadoras, lo cual otorga al juez la posibilidad de ejercer su arbitrio judicial tomando en cuenta no sólo el valor del bien tutelado, sino también la forma en que se comete la acción: dolosa o culposamente; sea que se trate de delitos consumados o en grado de tentativa; sea que se cometan por acción o por omisión. Desde luego, el legislador con antelación determina cuantitativamente estos criterios en la norma jurídico penal.

Los límites de la punibilidad constituyen la legitimación de un derecho penal democrático. En efecto, al ser el derecho punitivo un sistema de mínima intervención cuyas normas represivas no son una panacea universal apta para remediar todos los males sociales, puesto que existen otras normas, y el ordenamiento jurídico que tiende a resolver

la situación en conflicto, el abuso de la pretensión punitiva, el exceso y el desbordamiento del ius puniendi, producen en los gobernados motivos de inquietud y de protesta por el temor de llegar a un Estado totalitario.

II.- Fundamento de la punición y de la pena.

Otra de las funciones de la punibilidad es la fundamentación de la punición y de la pena. Siguiendo los conceptos de la doctora OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL⁹⁶ tenemos:

“La punición se fundamenta en la punibilidad y se determina en función de la culpabilidad que sirve de límite a la potestad penal judicial”.

⁹⁶ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Contenido de las normas penales. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 69.

La punición es la aplicación de la punibilidad, viene a ser elemento de una norma penal individualizada y, por ende, pertenece al nivel judicial, su función es la reafirmación de la prevención general.

“La pena es ejecución de la sentencia penal; no es más que un hecho particular y concreto y, por lo mismo, se ubica en el nivel ejecutivo, tiene como función la prevención especial, su legitimación está fundada en la necesidad social surgida del subsistema del delito plenamente probado”.⁹⁷

La pena, como ya se dijo, se apoya en una sentencia y esta delimitada, en su máximo, por la culpabilidad y, en su mínimo, por la repersonalización del sujeto.

De lo que se desprende que no puede haber la ejecución de una pena, si previamente no se ha determinado los límites de la misma al

⁹⁷ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985. Páginas 196 y ss.

momento de la punición, como ejercicio facultado por la punibilidad al culpable de una infracción penal.

B.- Protección de bienes jurídicos a través de la prevención general.

Como hemos visto, al derecho penal le incumbe una función social de protección de bienes jurídicos a través de la prevención. Esta prevención se desarrolla en dos fases: una primaria a través de la norma y otra secundaria a través de la pena. A través de la norma se trata de motivar a todos y cada uno de los destinatarios para que no realicen conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, o para que ejecuten conductas dirigidas a evitar la lesión de éste.

La infracción de la norma penal pone de relieve el fracaso de la prevención primaria. Pero, antes de plantearse si es preciso recurrir a la pena para asegurar la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, es preciso justificar por qué esta función social que desarrolla la pena se tiene que realizar sacrificando bienes esenciales

de una persona, es decir, por qué esa función social se ha de satisfacer a costa del individuo.

La función del derecho penal de proteger bienes jurídicos a través de la prevención se satisface secundariamente a través de la punibilidad.

En efecto, a través de ésta se asegura la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma que tiene por objeto la omisión de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La atribución a la pena de una finalidad de prevención general positiva significa que en última instancia la pena se justifica por su utilidad social, o sea, por su funcionalidad para el sistema.

Desde una concepción de la pena orientada a la prevención general positiva, el derecho penal aparece conectado al sistema de control social. Al igual que cualquier otro subsistema de control social, el derecho penal consta de normas, sanciones y procesos.

A través de la sanción, el derecho penal estabiliza la vigencia de la norma. Lo que distingue al derecho penal de otros medios de control

social son los instrumentos de los que se sirve: las penas y las medidas de seguridad. Estos son los medios más gravosos de reacción a la infracción de las normas de los que dispone el control social; suponen una grave injerencia en bienes esenciales del infractor.

“La teoría de la prevención general no considera que el fin de la pena sea retributivo, correctivo o asegurativo, sino que su objetivo radica en los efectos intimidatorios sobre la generalidad. Por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo más graves posible. Por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido comprobar el efecto intimidante de la pena”.⁹⁸

En el mundo de lo abstracto o normativo posee características que la hacen diferente de otros conceptos, goza de generalidad porque la punibilidad se dirige a todos los gobernados, sin distinción de sexo,

⁹⁸ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 92.

color, religión o ideas políticas, que se encuentran dentro del territorio en cuyo ámbito tiene vigencia, es abstracta pues no se refiere aun caos en particular, sino a todos los que se realicen durante su vigencia, y es permanente porque la punibilidad subsiste a pesar de que se cometan o no delitos.

A través de la punibilidad se efectúa la prevención general de los delitos (fin primordial), pues su carácter disuasivo o intimatorio pende como la espada de Damocles sobre la cabeza de los ciudadanos, toda vez que al individuo, desde pequeño, se le educa para que si reacciona de manera contraria a las normas dadas por sus padres, sea merecedor de un castigo: lo mismo sucede si en la escuela desobedece al maestro, altera el orden y la disciplina o no cumple con sus obligaciones escolares. Más tarde, al entrar en contacto con la sociedad sea como miembro de un club, de alguna asociación civil o en sus relaciones laborales, el hombre se ve rodeado de infinidad de normas de conducta cuya violación trae consigo el correspondiente castigo.

El hombre, desde su nacimiento hasta su muerte, se encuentra en una especie de vías, de cuyos rieles no debe descender jamás, pues tal acción lo llevaría a una desviación y, por ende, a un sufrimiento. Esos rieles son los valores del mundo en que se desenvuelve el ser humano: nace con los valores familiares, crece alimentándose de las normas sociales y es enterrado según la cultura en que se desenvuelve como ser humano.

Hasta la fecha, y con pocos excepcionales, las preocupaciones de los penalistas mexicanos se han centrado en la teoría del delito y ha sido escaso el interés por la teoría de la pena. En cuanto a la teoría de la ley penal, es significativo que de ella se han excluido, precisamente, el tipo y la punibilidad (es decir, los integrantes de la norma jurídico penal). Todo parece sugerir que la teoría del delito conduce a la consolidación de la teoría del derecho penal, que lograr una sólida teoría del delito es la vía para desarrollar la ciencia del derecho.⁹⁹

⁹⁹ Cfr. BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 87.

El derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético social del ciudadano, en su actitud interna frente al derecho. Ello supone una misión que amplía el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el derecho penal.

La única meta que corresponde según GÜNTHER JAKOBS¹⁰⁰ al derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas.

Nos dice SANTIAGO MIR PUIG al respecto que: WINFRIED HASSEMER ponía de manifiesto las dificultades de comprobación empírica de la eficiencia de la intimidación penal como forma clásica de prevención general. También HEINZ ZIPF Y CLAUS ROXIN manejan en un sentido limitador el concepto de prevención general positiva. HEINZ ZIPF opina que el legislador alemán ha reducido la

¹⁰⁰ Citado por MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 53.

operatividad de la prevención general. Para CLAUS ROXIN entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del código alemán, es correspondiente a la previsión general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. CLAUS ROXIN llama a la prevención general positiva prevención-general compensadora o integradora socialmente, mientras que denomina prevención general intimidatoria a la negativa.¹⁰¹

La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el derecho, se consigue respetando el límite de la culpabilidad. En cambio la prevención general intimidatoria permitiría ir más lejos, por que supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo, una tendencia al terror penal.

¹⁰¹ MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España. Página 56.

III.- Efectos de la punibilidad.

A.- Ámbito jurídico.

En el ámbito jurídico la punibilidad tiene la función de la prevención general y puede ser considerada entres aspectos, desde el punto de vista legal, desde el punto de vista de la doctrina y desde el punto de vista de la política criminal.

1.- En el aspecto legal.

Los efectos de la punibilidad en la legislación son múltiples, la punibilidad determinada en ella es lo que fundamenta la aplicación de sanciones, constituye la legitimación y justificación de las mismas, basada en los principios de certeza y seguridad jurídica, o al menos a sí debería de ser.

Pero en ocasiones la pésima calidad en la elaboración normativa y el desconocimiento de la técnica legislativa aunando a que a veces los

legisladores sirven a determinados intereses particulares ocasiona resultados no deseados.

LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA citando a don IGNACIO VALLARTA señala que: "El legislador no puede justificar sus actos con brillantes juegos de palabras que nada dicen en la esfera de la práctica".¹⁰²

Nuestro Maestro el Doctor LUIS RODRIGUEZ MANZADERA señala que se podrían proporcionar muchos ejemplos de aberraciones en el aspecto legislativo y aun podríamos ver cómo en muchas ocasiones la ley en lugar de convertirse en un instrumento regulador o normativo del delito se convierte en un factor criminógeno¹⁰³.

Tipificar conductas que no lesionan o ponen en peligro esas condiciones va en contra del mandato establecido por el artículo 39 constitucional, que establece que el poder público se instituye (y, por lo tanto, se ejerce) en beneficio del pueblo. No se ejerce el poder

¹⁰² RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 10ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996. Página 123.

¹⁰³ Idem.

legislativo en favor del pueblo, sino en su contra, si se tipifican conductas si no es en función de la necesidad social: si el papel rector del derecho penal es el de preservar las condiciones mínimas de subsistencia, si excede este rol estaremos ante la perversión de la ley penal.

Pero decir que deben tipificarse las conductas que atentan contra esas condiciones significa propagar la alteración de la dirección tradicional de los códigos penales: para mantener su legitimidad, el derecho penal no deberá omitir la tipificación de ninguna de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

“La tipificación de esa clase de conductas no es suficiente para que la punibilidad quede legitimada. Toda vez que la punibilidad, como integrante de la norma, busca la tutela de intereses sociales (bienes jurídicos), y estos tienen diverso valor, la punibilidad debe expresar

ese valor. Más aún: el bien jurídico debe visualizarse como un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad".¹⁰⁴

Esta postura conlleva la necesidad de una jerarquía y una discriminación en subconjuntos de los bienes jurídicos, todos ellos son dignos de protección, nadie puede dudar, pongamos por caso, que el bien jurídico tutelado en el tipo legal de violación es de mayor importancia que el protegido en el tipo legal de injurias.

2.- En el aspecto doctrinal.

Es indudable que una gran cantidad de escritos se han concebido en la doctrina para tratar temas relativos con la punibilidad, prueba de ello es la gran polémica que se suscita sobre si es la punibilidad elemento o consecuencia del delito

¹⁰⁴ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 97.

Además de que se discute día a día si la función de la punibilidad realmente es la prevención general y la certeza jurídica, debido a que el aumento de los delitos y los abusos por parte de los detentadores del poder hacen mella en esta afirmación.

Los efectos pues que tiene la punibilidad en la doctrina son notorios, y como sabemos no se trata de sólo defender una posición, sino de esclarecer de manera objetiva el sin número de problemas que representa particularmente esta institución en el ámbito del derecho.

Un ejemplo de ello puede ser cuando nuestro tutor el doctor RICARDO FRANCO GUZMÁN respecto a la punibilidad sienta doctrina al expresar: "Importante es hacer notar que sólo aceptando el carácter objetivo de la ilicitud de la acción realizada por el autor principal en la participación es lo único que justifica la punibilidad. Ni la dependencia del carácter típico de la acción del autor principal, ni la efectiva y

concreta punibilidad del mismo autor pueden explicar la admisibilidad y la punibilidad de la participación".¹⁰⁵

De igual manera todos los que escribimos en relación con la punibilidad intentamos por medio de la doctrina esclarecer nuestro ámbito de estudio, desde luego con la finalidad de utilidad social, de otra manera no tiene sentido esta actividad, sólo serían posiciones a defender.

3.- En el aspecto de política criminal.

La punibilidad esta vinculada con aspectos de la política criminal en cuanto a resultados de prevención ya efectividad en la inhibición de delitos.

La política criminal esta encaminada a llevar a cabo las directrices para que el sistema penal funcione adecuadamente y este

¹⁰⁵ FRANCO GUZMÁN, Ricardo, La subjetividad en la ilicitud. México, Editorial JOSÉ M. CAJICA JR.S.A. 1959. Páginas 40 y 41.

funcionamiento afecte los mínimos de intereses en beneficio de la comunidad.

Ella pues toma aspectos del resultado de la prevención general producto de la punibilidad y los pondera para su mejor aplicación.

Por razones de metodología no se puede tener el mismo sentido de un concepto dogmático dentro de la política criminal que es donde se ponen a prueba la eficacia de las características de la institución proporcionadas por la dogmática.

B.- Ámbito moral.

Cuando cuestionamos sobre la legitimación de la punibilidad, lo primero que tenemos que preguntarnos es qué puede prohibir el legislador, es decir, que conductas deben ser conminadas con la amenaza penal.

Tampoco, podría aceptarse que mediante la punibilidad se buscara la corrección moral sería inacabable la lista de conductas que, desde la óptica de la moral dominante, podrían descalificarse éticamente. Pero, además y esto es lo más importante, no puede considerarse con seriedad que el Estado ese legitimado para imponer determinadas pautas morales.

Ello depende de los valores y de la conciencia de cada individuo y eso sólo es subjetivo, el derecho sólo puede ocuparse de la conducta externa de los individuos, ya que no existe certeza en la intención de los comportamientos y del actuar del hombre.

En atención al fuerte impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social.

Es fácil comprender, que si bien las conductas inmorales respecto de los valores dominantes han de tolerarse en una sociedad plural,

cuando están en juego las aludidas condiciones, es obvio, surge la necesidad de la punibilidad por medio de la ley penal.

LUIS DE LA BARRERA SOLÓRZANO nos dice: "Esta necesidad no surge de la voluntad legislativa. Más que un asunto de voluntad, los ejes definitorios están dados por las perspectivas observables en la vida en sociedad, si se puede tolerar incluso cierta antisocialidad, difícilmente podría decirse lo mismo de las conductas que atentan contra bienes tales como la vida, la salud, la libertad, para apuntar ejemplos extremos. Estas conductas, de no ser prohibidas, nos harían vivir la ley de selva. Nadie puede esperar, es claro, que las normas penales las eviten por completo, pero lo cierto es que alguna influencia han tenido en la preservación de una coexistencia civilizada".¹⁰⁶

La punibilidad tiene un fin de prevención general, no puede ignorarse, por otra parte, que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, por lo que no se puede echar mano de él allí donde basten, para

¹⁰⁶ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, sanción y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 96.

garantizar las indispensables condiciones de subsistencia social, otros medios.

La ley penal debe ser refuncionalizada hasta convertirse en un catálogo de conductas y sanciones limitadas. No debe pasarse por alto, sin embargo, además de la frecuente ausencia de claridad de su reformulación, que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas que, en definitiva, no dañan interés social alguno.

C.- Ámbito político.

La punibilidad es el punto clave del poder de persuasión del derecho penal, los efectos que la punibilidad de acuerdo a su naturaleza jurídica respecto a la persuasión de la sociedad representan una forma de control social, lo cual es determinante para el factor político.

Los intereses políticos se ven favorecidos con la aparición de nuevas leyes que contemplan tipos especiales o con el aumento de las

punibilidades, que acarrea un motor inhibitor de conductas y una estabilidad social, garantizada en la amenaza coactiva del Estado.

Representa pues una justificación en el control social la punibilidad, generada muchas veces a iniciativa de los detentadores del poder, y que justifica en la legalidad la represión social.

Pero pensar así sería caótico no siempre se pretende la represión en el control social, o por lo menos no debería ser así, se debe garantizar la eficacia del sistema con la aplicación de la amenaza contenida en la punibilidad, pero como justificante de la efectividad del sistema y no sólo como contención social.

“Las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Sólo deben tipificarse las conductas que lesionen o, pongan en peligro, tales condiciones”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ BARRERA SOLÓRZANO, Luis de la. Jus Puniendi et Jus Poenale. CRIMINALIA Año L, nos. 16, Enero-Junio, 1984 México, D. F. Página 148.

Es pues necesario la adecuada ponderación de los medios de control políticos basados en la punibilidad, ésta debe ser un medio de control y certeza para el poder político, pero nunca debe convertirse en justificación legitimada de represión social.

“La penalización de simples conductas inmorales que no salen del ámbito de la ética individual y no son lesivas a la sociedad, de la manifestación de ideas políticas en oposición a un régimen en el poder; de las invasiones masivas de inmuebles en demanda de tierra y de morada, la penalización de las llamadas insignificancias y de hechos que carecen de nocividad social; de los delitos en que no hay víctimas, y en la ilegítima tendencia de elevar a la categoría de bien jurídico, valores de la minoría dominante en detrimento de los intereses de la mayoría, desvirtúan todas a ellas la función verdadera de la norma penal, convirtiendo el derecho punitivo en refugio próximo

de la clase gobernantes, cuando un problema político se les escapa de las manos"¹⁰⁸

De aquí surge la necesidad imperante de limitar los alcances de la libertad de los individuos y establecer ámbitos claros de acción para que su actuar no lesione los intereses del poder público ni de la sociedad, dejando el máximo disfrute de su libertad.

¹⁰⁸ Cfr. OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo. México, Trillas 1993. Página 76.

CAPÍTULO OCTAVO

REGULACIÓN DE LA PUNIBILIDAD

Y SU ASPECTO NEGATIVO.

I.- Regulación de la punibilidad.

A.- Marco Legal.

En el Estado mexicano el fundamento constitucional de la punibilidad permitirán delimitar el marco dentro del cual han de plantearse, y formular los criterios cuantitativos y cualitativos que han de observarse en esta instancia.

El artículo 14 constitucional en su párrafo tercero, prescribe: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por siempre analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

La punibilidad debe estar determinada exactamente para cada delito, de lo contrario no puede imponerse pena alguna, con lo que se confirma nuevamente que la punibilidad es presupuesto de la punición y de la pena.

El artículo 22 constitucional reza: Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Y en su párrafo tercero: 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 plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

El precepto anterior limita a la punibilidad impidiendo el uso de determinadas amenazas para los delitos, con algunas salvedades en casos extremos o de que representan gran peligro para el bien social.

El artículo 39 constitucional establece: Toda poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.

Este precepto establece que el pueblo es el poseedor originario del poder, pero que este lo ejerce a través de sus representantes (legisladores) quienes establecen las normas que son los medios por los cuales se establecen las conductas ilícitas y la amenaza de sanción para prevenirlos.

El artículo 49 constitucional decreta en su segundo párrafo: No podrán reunirse dos o más de estos Poderes (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) en una sola persona o corporación.

Esto constituye una garantía de seguridad jurídica o al menos así debería de ser, en la actualidad la interacción y vinculación entre los Poderes dificultan el límite en cada de sus esferas, habiendo atributos especiales para cada uno de ellos.

La reglamentación de la punibilidad se lleva a cabo en el proceso de creación normativo limitado por los principios constitucionales y por la necesidad social.

El Código Penal Federal habla a cerca de la punibilidad, en cuanto a la determinación de sanciones, es decir, se ocupa de los diversos criterios que el juez debe tomar en cuenta al momento de la punición.

II.- Criterios para la determinación de la punibilidad.

La doctora OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL¹⁰⁹ establece una serie de criterios para la determinación de la punibilidad a saber:

Criterios para determinar cualitativamente la punibilidad.

¹⁰⁹ Vid. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985. Páginas 196 y ss.

Cualitativamente la punibilidad se determina con base en: La clase de bien tutelado; la clase de antisocialidad, y la idoneidad para la prevención general.

Esto quiere decir que la clase de punibilidad prevista por el legislador debe, en todo caso, depender de la clase de interés o bien tutelado entre más valioso el bien, lógicamente habrá aumento en el rigor de la sanción, estar en relación con la clase de antisocialidad que se determine cuando existan en la sociedad determinados factores que ateten contra el bien comunitario y ser eficaz para la prevención general, o sea, ser idónea para intimidar a las personas a quienes va dirigida la prohibición.

Generalmente se ha hecho uso de la pena de prisión aunque también existen otras como el tratamiento en libertad, el trabajo a favor de la comunidad, el confinamiento, el apercibimiento, la sanción pecuniaria, los decomisos, suspensión o privación de derechos, etcétera Todas ellas con fundamento en el artículo 24 del Código Penal Federal.

Criterios para determinar cuantitativamente la punibilidad.

Los criterios para fijar cuantitativamente la punibilidad son: El valor del bien tutelado. Esto significa que la cantidad de sanción legislada, esto es, el mínimo y el máximo de punibilidad está determinada por el valor del bien tutelado. A mayor valor del bien protegido en el tipo, mayor cantidad de punibilidad.

Necesariamente debe haber proporcionalidad entre la punibilidad y la magnitud del bien tutelado.

El dolo o la culpa. Por razones obvias, la punibilidad correspondiente al tipo doloso debe ser más grave que la relacionada con el tipo culposo.

La lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado. Asimismo, es por todos aceptado que la punibilidad vinculada con el tipo de consumación, ha de ser más elevada que la relacionada con el tipo de tentativa. Por ellos, el tipo de tentativa corresponde una punibilidad proporcionalmente menor que la asociada al tipo de consumación.

La comisión por acción o la comisión por omisión. Esto quiere decir, que parece lógico pensar, no puede establecerse la misma punibilidad para la actividad que produce una lesión del bien, que para la inactividad que únicamente no evita dicha lesión; sin embargo, cabe hacer una distinción en la comisión por omisión; cuando el bien tutelado está en el camino de su lesión, la punibilidad para la omisión debe ser menor que la asociada a la correspondiente acción.¹¹⁰

La existencia de tres clases diferentes de tipos legales: dolosos de consumación, culposos de consumación, y de tentativa, todos ellos de acción o de omisión, determinan necesariamente la existencia de tres distintas magnitudes de punibilidad.

La punibilidad correspondiente al tipo doloso debe ser más grave que la relacionada con el tipo culposo, y la correspondiente al tipo de consumación debe ser más elevada que la ligada al tipo de tentativa.

¹¹⁰ Cfr. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985. Páginas 196 y ss.

Esta afirmación es obvia en virtud de la proporcionalidad que debe guardar la punibilidad con la magnitud del bien y del ataque al mismo. Además, la punibilidad es el medio idóneo para la prevención penal general, resultaría irracional establecer punibilidades desproporcionadas.

Por lo que respecta a la punibilidad vinculada con los tipos dolosos de consumación, debe inscribirse, por razones de técnica legislativa, en el mismo texto legal en que esta descrita la actividad o inactividad materia de la prohibición.

La punibilidad asociada a los tipos culposos de consumación, deberá insertarse inmediatamente después de la punibilidad correspondiente al tipo doloso de consumación.

La punibilidad ligada a los tipos de tentativa, debe describirse a través de dos textos legales que se coordinen entre sí: uno, el que instaure la regla general mediante la cual se reduce proporcionalmente la posibilidad para el correspondiente tipo doloso consumado; otro, el

que contiene precisamente dicha punibilidad (la del correspondiente tipo doloso consumado). La regla general ha de incluir, en forma clara y precisa, todos los datos que permitan explicar unívocamente, para cada tipo de tentativa, el mínimo y el máximo de la punibilidad.

Todas estas afirmaciones son lógicamente válidas en virtud de la proporcionalidad que debe existir entre la punibilidad y la magnitud del bien y del ataque al mismo; además, porque la punibilidad es el idóneo para la prevención penal general, sería irracional y contraproducente establecer punibilidades desproporcionadas.

A.- Criterios para agravar la punibilidad

La agravación de la punibilidad correspondiente a un tipo fundamental, se justifica en virtud de la necesidad social de proteger, además del bien tutelado en dicho tipo, otro bien o interés.

La punibilidad agravada que por ejemplo se relaciona con el homicidio con ventaja, se justifica porque además de la vida que es el bien que

se tutela con el tipo fundamental de homicidio, se protege el derecho a la defensa.

Es oportuno aclarar que toda agravante concerniente a la culpabilidad, se resuelve con el arbitrio judicial, es decir, no se trata de individualización legislativa, sino de individualización judicial.

B.- Criterios para atenuar la punibilidad

La atenuación de la punibilidad relativa a un tipo fundamental es válida en razón de que, frente al interés que se pretende proteger a través del tipo fundamental, existe otro interés que debilita el valor del primero y, por tanto, legitima socialmente la atenuación.

C.- Criterios de técnica legislativa

La punibilidad vinculada con los tipos dolosos de consumación, debe inscribirse, precisamente por razones de técnica legislativa, en el

mismo texto legal en que esté descrita la actividad o inactividad materia de la prohibición.

La punibilidad asociada a los tipos culposos de consumación, deberá ubicarse inmediatamente después de la punibilidad correspondiente al tipo doloso de consumación.

La punibilidad ligada a los tipos de tentativa, debe describirse a través de dos textos legales que se coordinen entre sí: uno, el que instaure la regla general mediante la cual se reduce proporcionalmente la punibilidad correspondiente al tipo doloso consumado; otro, el que contiene justamente la punibilidad para el tipo doloso consumado.

La regla general ha de incluir, en forma clara y precisa, todos los datos que permitan explicar unívocamente, para cada tipo de tentativa, el mínimo y el máximo de punibilidad

En torno a la ubicación de las agravantes cabe señalar que, si éstas no son comunes a todos los tipos, el legislador las relaciona únicamente con algunos de ellos.

III.- El aspecto negativo de la punibilidad.

A.- Excusas absolutorias.

Al aspecto negativo de la punibilidad se le llama doctrinalmente excusa absolutoria.

Varios autores exponen su opinión con relación a éstas:

Para LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA¹¹¹ son: causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen un acto típico antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

¹¹¹ JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. 3ª edición actualizada, Buenos Aires, LOSADA, tomo III. Página 96.

Los autores ofrecen varias definiciones que coinciden en su esencia. Hay quien las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la pena.

Con esto ya se comprende el concepto que de estas excusas tiene formado y que ratifica al definir las causas personales que excluyen la pena como las circunstancias que concurren en la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna.

Con más exactitud y con mayor rigor técnico, son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

Para KOHLER¹¹² son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.

Si hemos dicho que a cada una de las características afirmativas del concepto del delito corresponde un aspecto negativo de las mismas, y así hemos estudiado la ausencia de acto, la atipicidad, las causas de justificación, etcétera, corresponde aquí también exponer el lado negativo de la penabilidad, que está constituido por las ordinariamente llamadas excusas absolutorias.

Así también para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI "Las llamadas entre nosotros excusas absolutorias no son más que las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, es decir, que apartan las condiciones en que la misma opera. Eliminan la operatividad de la coerción penal que la conducta merece, pero no el merecimiento, porque éste va se halla afirmado con la presencia misma del delito,

¹¹² Citado por VELÁZQUEZ ESTRADA, Alfonso. La punibilidad ¿Elemento del delito? REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UAEM, Agosto, 1978.

pues sí el merecimiento de la coerción penal no estuviese ya afirmado con el delito, sería absurdo plantearse la cuestión acerca de la posibilidad de proveerlo".¹¹³

Nuestro tutor señala "Las excusas absolutorias. En algunos casos, especialmente señalados en la ley, por razones de política criminal, se considera pertinente no aplicar en concreto la pena al autor del delito".¹¹⁴ (ejemplos robo entre ascendientes y mujer que aborta por propia imprudencia).

Para el doctor FERNANDO CASTELLANOS TENA¹¹⁵ son: "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena".

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. México La Mesa B.Cfa. CARDENAS editor y distribuidor. Página 19.

¹¹⁴ FRANCO GUZMÁN, Ricardo et al. Manual de introducción a las ciencias penales. Secretaría de Gobernación, México 1976. Página 20.

¹¹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. 28ª edición México editorial PORRÚA 1990. Página 278.

causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales de delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; se excluye la posibilidad de punición.

Nos ocuparemos brevemente de las excusas absolutorias de mayor importancia, con afán de tocar el tema ya que se encuentra relacionado pero sin mayor interés debido a que no fue contemplado como esencial al momento de establecer nuestras hipótesis.

RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

Las excusas en razón de los móviles efectivos revelados, son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble.

Algunos casos de estas excusas son: el encubrimiento de personas, que endientes consanguíneos sean parientes ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Las excusas en razón de la copropiedad familiar se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existe este tipo de excusa absolutoria en nuestro código penal.

Las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tienen su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos. Los artículos en el código penal que establecían esta excusa absolutoria han sido derogados, razón por la cual ya no existen.

Las excusas en razón de la maternidad consciente, se refiere, a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación, así también el código penal se señala que: No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que posible y no sea peligrosa la demora.

La impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse en sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales.

Las excusas en razón del interés social preponderante se refieren a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la

consumación de los delitos Que sepa van a someterse o que se estén cometiendo.

Las excusas en caso de injurias, difamación y calumnia se encuentran señaladas en el código penal, que a la letra dice: Al acusado de difamación no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación, sino en dos casos: Cuando aquélla se haya hecho a un depositario o agente de la autoridad, o a cualquiera otra persona que haya obrado con, carácter público, si la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones, y cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o por interés privado, pero legítimo y sin ánimo de dañar.

Por último, las excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada respecto al robo, el código penal señala que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no

se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

Es así como terminamos con la mención de las excusas absolutorias, las cuales como se señaló representan el aspecto negativo de la punibilidad, sin embargo su estudio no forma parte de las hipótesis planteadas en la presente investigación y su mención obedece únicamente a que se trata de un tema relacionado con la misma.

CAPÍTULO NOVENO

PERSPECTIVAS DE LA PUNIBILIDAD.

I.- Planteamiento general.

“El panorama de la legislación penal en el mundo occidental es impresionante, por el número y la mala calidad de leyes punitivas. Parece que el pensamiento de los dirigentes de los países es el tratar de solucionar los más graves problemas políticos y sociales, con la erección de nuevos tipos delictivos o con el aumento de las penas corporales, como si tan simples soluciones pudieran operar. Además la elaboración de leyes penales se encomienda, en buena parte, a ignorantes en la materia, que producen normas de pésima factura”.¹¹⁶

Esgrimido así como lo hace nuestro maestro el doctor RICARDO FRANCO GUZMÁN, es comprensible la alarmante crisis que en la

¹¹⁶ FRANCO GUZMÁN, Ricardo Las tendencias actuales del Derecho Penal. PEMEX LEX NO. 47-48, Mayo-Junio, 1992 México, D.F. Página 34.

actualidad pende sobre el derecho penal, que sin duda representa un gran reto en la generación de una normatividad idónea, y en particular con el establecimiento de punibilidades convenientes, tarea nada sencilla, por mantenerse aún la idea de agravar las sanciones, sin la más remota justificación científica, sólo como respuesta a la gran cantidad de delitos que surgen en nuestras sociedades, y sin importar la eficacia del sistema.

II.- Tendencias finiseculares.

En el plano legislativo se observa una marcada tendencia al uso progresivamente frecuente de la ley penal como supuesto recurso para la solución de los conflictos sociales.

Se invocan todos los problemas sociales, políticos y económicos contemporáneos y se les asocia o se les pretende asociar soluciones punitivas.

“Los efectos sociales de la intervención punitiva, frecuentemente paradójicos: reproducen los conflictos en lugar de prevenirlos.

EMMANUEL KANT afirmaba que todos los esfuerzos teóricos por dotar a la pena de una finalidad racional con base en datos empíricos desembocan irremisiblemente en su deslegitimación".¹¹⁷

El poder punitivo es más importante que la pena misma, los hechos del poder no desaparecen ni se transforman en función de la deslegitimación discursiva, pero esta última no es despreciable, por que el poder sin discurso tampoco se mantiene.

El poder requiere siempre de un discurso que lo legitime, y a medida que va perdiendo el mayor nivel de pensamiento se van procurando otros de menor nivel, lo cual lo va a precipitar más a la irracionalidad, hasta debilitarlo totalmente. En la medida en que pueda hacerse cargo de la deslegitimación del poder punitivo.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tendencias finiseculares del Derecho penal. PEMEX LEX NO. 47-48, MayoJunio, 1992 México, D.F. Página 37.

La coacción jurídica como intervención o como coacción directa será necesaria en muchas oportunidades, pero esto no es ni será jamás derecho penal.

“Los penalistas deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos”.¹¹⁸

Es necesario crear la conciencia que el derecho penal no es el instrumento idóneo para solucionar los conflictos sociales, al contrario, es el último de los medios de los que puede echar mano el Estado para resolver la problemática social, no se justifica racionalmente su actuar sino como el último recurso.

Con gran acierto lo expresa nuestro maestro el doctor EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT, “Con las nuevas figuras delictivas se confirma la idea de que la ley se forma para capricho del gobernante y no para

¹¹⁸ *Ibidem*. Página 39.

resolver problemas sociales y permitir la grata convivencia comunitaria".¹¹⁹

Como sostuvimos líneas arriba la creación de la ley penal debe obedecer a la necesidad social y a la protección de bienes que la comunidad estima como valiosos y no solamente para atender problemas o intereses particulares, es cierto que la punibilidad contenida en la ley penal se crea para la prevención general de los delitos por medio de la inhibición de los posibles delincuentes, pero ello no justifica la creación de tipos penales para ilícitos particulares o para lograr satisfacer el control social del Estado, por medio de la amenaza.

Otro problema más que se aprecia a la luz de nuestro maestro el doctor LUIS RODRIGUEZ MANZANERA cuando nos dice que: "El estado castiga, y en esta forma busca prevenir a la colectividad contra

¹¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo Nuevas perspectivas del derecho penal REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO Tomo XLVII Enero-Abril 1997, México D.F. Página 244.

el criminal, basándose en intimidación y ejemplificación, pero no asume el deber de resguardar en alguna forma a la víctima".¹²⁰

En nuestro sistema penal la víctima permanece desprotegida sin el amparo de garantías que hagan menos gravosa su condición, por ello es necesario la efectiva protección tanto en forma médica, psicológica y material.

También expresado por el doctor LUIS RODRIGUEZ MANZANERA "La equivocada política legislativa de inflación penal repercute seriamente en lo judicial, ya que recarga el trabajo de los tribunales, lo que es grave principalmente en los casos en que el acusado esta detenido en prisión preventiva. Se ha aconsejado acelerar, desjudicializar y desdramatizar la justicia penal, pues su lentitud paquidérmica el abuso de la materia penal, el exceso de las fórmulas

¹²⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. Estudio de la víctima 3ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996. Página 372.

incomprensibles y esotéricas, los ritualismos, la solemnidad pedante e inútil hacen que el ciudadano común haya perdido fe en ella".¹²¹

Confirmando nuevamente el sobre valor del derecho penal.

A.- Aumento en las punibilidades.

Algunas veces las conminaciones penales son desproporcionadas y proyectan luz sobre verdaderos intereses que representan. Cabe decir que el Estado, al ejercitar el ius puniendi, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad.

¹²¹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 10ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996. Página 125.

Otra variante en la determinación cuantitativa de la punibilidad es la que atiende que la conducta sea dolosa o culposa. Se considera que cuando la conducta es dolosa tiene un contenido más grave.

Constituyen criterios para la determinación cuantitativa de la punibilidad: la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien juicio, la clase de personalidad del sujeto activo y el punto crítico entre intervalos, para evitar la contradicción entre intervalos.

“Por lo que se refiere a la determinación cualitativa de la punibilidad, es innegable que se ha abusado de la sanción privativa de libertad (prisión), no obstante que se ha señalado exhaustivamente su fracaso”.¹²²

¹²² BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983. Página 101.

1.- Principios en el aumento de las punibilidades.

En un sistema de justicia penal, social y democrático, la elaboración de las normas penales, es el último recurso de los detentadores del poder para frenar la antisocialidad; antes de llegar a la represión deben haberse desplegado todas las medidas de prevención no penal.

“El ejercicio del ius puniendi debe estar regido por principios que limiten el desbordamiento del poder, la arbitrariedad y la irracionalidad. A dichos principios los especialistas (criminólogos, estudiosos de la política criminal y iuspenalistas) denominan y clasifican de diversas formas, pero pueden sintetizarse en cuatro: legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad”.¹²³

De no ser así, el legislador estaría actuando en forma irracional. Por otra parte, para que el legislador pueda ejercer el ius puniendi (ius puniendi legislativo) debe estar legitimado por la necesidad social

¹²³ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX. LA CIENCIA DEL DERECHO DURANTE EL SIGLO XX. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Estudios doctrinales serie G No.198 Agosto 1998, México. Página 762.

derivada de la comisión de conductas antisociales. Si el legislador carece de legitimación no debe elaborar textos legales.

“A este respecto cabe afirmar que el legislador está legitimado para prohibir penalmente lo antisocial, no lo está para prohibir lo no antisocial; está legitimado para conminar penalmente lo doloso y lo culposo, pero no lo está para conminar lo fortuito; está legitimado para conminar con penas las conductas que lesionan o ponen en peligro, más no lo está en torno a las conductas inocuas. Por ejemplo: los llamados delitos imposibles y las tentativas inidóneas”.¹²⁴

La legitimación es un requisito para la creación del tipo, y para el establecimiento de la punibilidad; por tanto, es una exigencia del contenido total de la norma penal.

En razón de la legitimación, las normas penales en el particular tipo deben describir con toda exactitud las diversas clases de acciones u

¹²⁴ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985. Página 196 y ss.

omisiones antisociales tal como se ejecutan en la realidad social, y en la punibilidad deben proyectar, es decir, reflejar la clase de antisocialidad descrita en el correspondiente tipo, pues debe haber proporcionalidad entre la gravedad de la antisocialidad y la correspondiente punibilidad. La punibilidad está sujeta a la reacción social motivada por la antisocialidad.

Cuando el legislador relación o asocia una punibilidad a una clase de antisocialidad, dicha punibilidad, además a ser idónea para la prevención general, ha de ser proporcional a la antisocialidad; esto es, la conminación penal no ha de sobrepasar el daño causado con la conducta antisocial.

Únicamente cuando se da esta proporcionalidad habrá justicia, que significa inferir un daño justo a cambio del daño injusto previamente sufrido por alguien; si el daño que se infiere a cambio del daño injusto previamente sufrido por alguien.

En otros términos, en el supuesto de que el legislador disponga una punibilidad desproporcionada, aparte de no estar legitimado y de

actuar en contra de los intereses del pueblo, estará introduciendo en la ley una irracionalidad que se traduce en una injusticia.

“Vale apuntar que la legitimación es condición necesaria para plantear y analizar cuestiones de política penal; sin legitimación no es válido entrar a la discusión de problemas de política penal”.¹²⁵

El legislador, con fundamento en el principio de legalidad, ha de precisar, con toda claridad, la clase de punibilidad que debe asociarse a cada tipo; asimismo determinará límite mínimo y máximo de la punibilidad.

En esta forma se da paso al arbitrio judicial determinado que, además de cumplir con el postulado material del principio de legalidad, garantiza en muchos la seguridad jurídica al ceñir la determinación judicial en un intervalo de punibilidad.

¹²⁵ Idem.

Es oportuno anotar que la individualización legislativa rígida, no obstante que algunos iuspenalistas la consideran como única forma de individualización que satisface el principio de legalidad, de ninguna manera es aceptable, en razón de que una fórmula general y abstracta no puede incluir los muy variados modos de cometer cada conducta antisocial, ni recoger todas las circunstancias que la rodean y que son precisamente las que deben tomarse en cuenta para no caer en la irracionalidad.

De los diversos razonamientos empleados para fundamentar el principio de legalidad y sus consecuencias, el que mejor lo explica es aquel que no sólo deriva del principio de seguridad jurídica sino fundamentalmente de la garantía de objetividad.

La conducta punible y la medida de la pena no pueden ser determinadas bajo la impresión de hechos ya acaecidos, pero todavía no enjuiciados, y como instrumentos contra autores ya conocidos, sino previamente y con validez general a través de una ley cierta y decretada antes del hecho.

De ahí que, por ejemplo, resulte ilegítima la aplicación de leyes que extienden el plazo de prescripción de determinados delitos a hechos ocurridos con anterioridad.

Así, las leyes aprobadas en Alemania con posterioridad al nacional socialismo, convirtiendo en imprescriptibles ciertos delitos contra la humanidad, no deberían haberse aplicado a quienes cometieron dichos hechos antes de la aprobación de dichas leyes.

La aplicabilidad o no del principio de legalidad a la prescripción ilustra muy bien el problema ya apuntado antes que plantea la aceptación de la siguiente, tesis: el principio de subsidiariedad se puede realizar tanto a través del derecho material como del derecho procesal.

La inclusión del principio de subsidiariedad en uno u otro ámbito tiene una enorme trascendencia, puesto que el tratamiento de las circunstancias de naturaleza material es distinto al de las que tienen carácter formal. El alcance de la garantía jurisdiccional que rige en el derecho procesal es menor que el de las garantías criminal y penal que actúan en el derecho penal, de este modo, circunstancias con

idéntico fundamento pueden ser tratadas de diversa manera en función de que se les atribuya naturaleza material o formal.

III.- Tendencias a futuro de la punibilidad.

Se manifiesta un notorio abuso legislativo de pésima técnica, resulta ya relativamente ínfima con los contenidos de las llamadas leyes especiales.

“La permanente propaganda transmitida a través de medios de comunicación masiva, a cerca de la supuesta efectividad de las soluciones punitivas respecto de todos los grandes problemas sociales, es quizá el factor más importante en la configuración de la legislación y la dogmática jurídica de nuestros días”.¹²⁸

El aumento en las penas corporales, como un medio de control y represión social.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tendencias finiseculares del Derecho penal. PEMEX LEX NO. 47-48, MayoJunio, 1992 México, D.F. Página 36.

A.- Estrategias de control social.

Las relaciones que se establecen entre la violencia y el sistema penal, que está en el origen de éste, son las propias que justifican y legitiman la aparición del Estado moderno, esta afirmación se apoya en toda la tradición de ciencia política que ha explicado la modernidad, a partir de la necesidad de concentrar la violencia en manos del Estado para mantener el orden social.

Esta es una explicación simple, pero vastamente aceptada por la cultura política occidental, se han desenvuelto las reflexiones en Europa en tomo a lo que actualmente se denomina como control social, aunque esta expresión nunca fue empleada con semejante sentido sino hasta hace poco tiempo.

MAX WEBER fue quien tradujo en clave político lógica, sobre todo en su dimensión política institucional, el carácter de la centralización del monopolio de la fuerza legítima por el Estado moderno. Esta mención

permite comprender mejor el significado histórico de tal centralización poniendo en resalto.¹²⁷

Hoy en día no es ya aceptable la suposición de que existen comportamientos humanos que simplemente se apartan del consenso normativo, el concepto de conducta desviada. Ello sólo era posible aceptar cuando la sociedad del pleno empleo, de la movilidad social vertical, de la satisfacción de las demandas sociales básicas, del éxito profesional y del consumo permitía ampliar las bases del consenso.

En la actualidad, cuando la dualidad es la característica esencial de la sociedad industrial y cuando la concentración de la riqueza y la difusión de la miseria provocan la época de mayor restricción de las políticas sociales que recuerden los procesos de acumulación capitalista, una sociología de la censura social hace recaer la atención en las relaciones sociales injustas que generan ideas e intereses

¹²⁷ Cfr. BERGALLI, Roberto. Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal. SISTEMA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES No. 132, 133 Junio 1996. Página 129.

opuestos, así como en los conflictos políticos que precipitan su condensación y las subsiguientes prácticas violentas de castigo.

Con todo esto se tiñe el concepto de control social que surge del proceso de mundialización de la economía y de globalización del modelo neoliberal, que ha trascendido condicionando los propios sistemas democráticos de gobierno, el sistema penal de las democracias sociales ha caído también envuelto en esas prácticas, dado el fácil reemplazo del término censura social por el de delincuencia.

Planteada de esta manera la tradición sociológica sobre el control social y sugerido cómo es que éste también se alimenta en la actualidad de un uso de la violencia, procuraré ahora volver sobre el análisis de este concepto en el marco de control social centrado el sistema penal del Estado.¹²⁸

¹²⁸ Idem.

1.- Conflicto social y control penal

Analizando ahora dos tipos de razones que pueden explicar la insuficiencia adscripción por las ciencias penales al enfoque socio estructural e histórico económico.

Aquí hay que recordar que la génesis o creación de normas jurídico penales, nivel en el cual se inicia el proceso de selección y definición del comportamiento criminal, no es la conclusión de una serie aparentemente sencilla de debates en comisiones parlamentarias, hay por detrás de esta labor, un complejo movimiento de necesidades e intereses sociales que, con mayor o menor fuerza y reflejando los resultados de duros conflictos sociales, influye en la decisión de los legisladores.

Esta afirmación viene precedida en el plano teórico por una muy interesante rectificación que, desde la sociología jurídico penal, ha

formulado ALESSANDRO BARATTA¹²⁹ a las tesis que DAHRENDORF esbozara sobre la llamada normalidad del conflicto social y que COSER formulara sobre la función positiva de dicho conflicto para la configuración del orden social.

Estas dos tesis, si bien se diferencian en que, para DAHRENDORF, el conflicto es siempre reducible al poder o a las bases del dominio, mientras para COSER el poder es uno de los posibles objetos del conflicto junto a otros bienes materiales o inmateriales, desde el punto de vista formal, sin embargo, ambas tesis resistan complementarias porque los distintos objetos enunciados por COSER podrían, para la perspectiva de DAHRENDORF, ser comprendidos en el concepto de bases del dominio.

Con referencia a la estructura específica de la sociedad capitalista, el resultado conjunto de las dos tesis es el de eliminar del modelo del conflicto la consideración de las relaciones de producción reduciendo

¹²⁹ Citado por BERGALLI, Roberto. Conflicto Social y control penal. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Junio de 1986, Madrid, España. Página 212.

el conflicto a la esfera de la cultura y de la distribución en el caso de COSER o a la de la política en el de DAHRENDORF.

A este resultado ha llegado la sociología del conflicto, desde la óptica ideológica reformista de tipo liberal socialdemócrata según ALESANDRO BARATTA aplicando la teoría socio económica que caracteriza la sociedad del capitalismo avanzado sobre la base de la separación entre propiedad y poder, la consecuencia lógica de la aplicación de esta separación supone la substitución de las relaciones de producción por las relaciones de poder como principio determinante de las clases sociales y de los conflictos de clase, con lo cual resultaría desplazado el referente material y eje principal del verdadero substrato del conflicto social.

Pero también desde el terreno empírico, y ya en la investigación concreta sobre la génesis de las normas jurídico penales, hay que señalar los contrastes a los que han llegado, utilizando la hipótesis del conflicto social, con relación a que la norma jurídico penal es el desembocadero del conflicto que tiene lugar antes de su sanción legislativa.

Sin embargo, es el poder Estatal, en cuanto tal, el que genera y legitima la norma, prescindiendo de lo que piense el hombre como individuo, y la legitimación de la norma penal ha de verse, contemporáneamente, sólo como un proceso parlamentario autónomo.

Esto significaría que el problema normativo, en el interior de los sistemas democráticos representativos contruidos de forma piramidal, se decide en las comisiones parlamentarias, único ámbito donde se produce el conflicto, puesto que las decisiones son adoptadas en los vértices, con escaso conocimiento de las bases, y sería, por tanto, en el seno de dichas comisiones donde se llega a la solución del conflicto, a través de determinados compromisos.

Podemos sintetizar que la protección de los distintos bienes jurídicos, que está en la base de todo sistema de derecho penal contemporáneo, traduce precisamente las consecuencias de semejantes conflictos en los que se enzarzan las distintas franjas sociales.

Parece evidente, entonces, que disciplinas como la sociología y la filosofía políticas, la teoría del Estado y particularmente la economía política ámbitos propios donde se elaboran y constituyen las categorías y los elementos para analizar el tipo de orden social que debe presidir las relaciones entre Estado y sociedad civil han de ser necesariamente buscadas por el derecho penal para la construcción de sus normas.

Otro tipo de razones que justifican la insuficiente capacidad de las ciencias penales en general y el derecho penal en particular para percibir la incita y exquisita substancia de prominencia económico estructural de aspectos esenciales a la cuestión criminal, como lo es el área del control penal, se vincula, con la naturaleza compleja de semejante clase de control.

Las formas de dominio en un sistema basada en la explotación de los más débiles económicamente donde fenómenos sociales tales como el hambre, el desempleo, el analfabetismo, la marginación, la mortalidad infantil, son consideradas como factores criminogénos los cuales, al ser atacados por medio de la punibilidad excesiva con una

supuesta legitimación, sólo producen a la postre, los medios más eficaces para el fortalecimiento del poder existente y el beneficio de los intereses particulares.

Al tomar partido en la alternativa de seguir manteniendo la investigación criminológica apegada al discurso de la neutralidad, cristalizada por la dogmática jurídico penal, y así afirmar las condiciones de semejante dominación, o provocar una ruptura en el objeto de conocimiento, lo que hicimos fue vincular nuestro análisis al de la ya afirmada filosofía de la liberación.

En efecto, sin dejar de afirmar nuestros análisis básicos sobre el origen y las formas despiadadas asumidas por el control social a través de la inhibición de la punibilidad, debe seguir reconociendo su matriz ideológica en las pautas de la lógica: dominación control social, debe ser objeto concreto de un estudio sociológico con relación a los intereses que se mueven en el proceso de creación de las normas jurídico penales y sobre aquellos que impulsan, en una determinada dirección, las instancias de aplicación de semejante control formalizado.

Empero, es necesario insistir con mucho énfasis, en la necesidad de seguir incluyendo el estudio de normas, categorías, elementos del derecho penal y sus momentos de aplicación, dentro mismo del análisis de la realidad auténtica del control social.

Hay en la actualidad personas que consideran el desarrollo de la dogmática, sólo como una justificación del que hacer jurídico, sin ninguna aplicación practica, señalan tajantes las teorías no sirven, y sin embargo ni siquiera las conocen.

Es verdad que la dogmática y su método no son aceptados en su totalidad, por tener carácter subjetivo en su interpretación y a veces hasta fundamentos filosóficos, pero ello no culmina negándole el rigor científico que posee.

“Acaso no exista problema científico que no suscite problemas filosóficos, ni problema filosófico que pueda abordarse con esperanza de éxito sino es adoptando una actitud científica”.¹³⁰

Es necesario pues, confiar en la dogmática y tenerla como base de la creación de nuevas normas jurídicas, es en el estudio de ella donde el legislador debe fundarse para determinar el alcance de la punibilidad.

La atribución de la amenaza contenida en la ley por medio de la punibilidad, al culpable de un hecho delictivo debe hacerse no solamente con el fin de restablecer el equilibrio social, de sancionar la falta cometida por el malhechor, sino es necesario que cada punibilidad sea escogida y ejecutada de tal forma que sirva de ejemplo y adquiera una función de prevención utilitaria.

¹³⁰ BUNGE, Mario. La ciencia su método y su filosofía. 11ª edición, México NUEVA IMAGEN, 1995. Página 85.

El derecho penal es una ominosa señal de que, para la subsistencia de la vida comunitaria, no se ha encontrado, hasta la fecha en sistema alguno, una vía ajena a la represión.

Para mantener su legitimidad, el derecho penal deberá omitir la tipificación de conductas cuya persecución no exija la necesidad social, apoyarse en la dogmática y la política criminal para justificar así su actuar.

He llegado al final de mi trabajo estoy consciente de que las ideas y argumentos aquí expuestos constituyen sólo una pequeña contribución al desarrollo de la dogmática penal, como toda obra humana no es perfecta, sin embargo entre más conocimiento se tenga de ella y más se escriba, compartiendo los resultados podremos con paciencia y reflexión llegar a la verdad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

El contenido de las normas penales esta en el precepto y la amenaza de sanción (punibilidad), cuyo objetivo es preventivo, el fin no es la imposición de la pena, no se castiga el hecho del criminal, sino el resultado producido, que no puede ser redimido por aquélla; así como tampoco es posible la eliminación ulterior del crimen.

SEGUNDA:

El delito ha de contemplar dos momentos esenciales: la infracción de la norma (antijuridicidad penal) y los presupuestos de aplicación de la norma penal (sancionabilidad penal), que puede denominarse punibilidad, siempre que se entienda como la posibilidad de merecimiento de penalidad.

TERCERA:

La construcción dogmática pretende establecer un núcleo de verdades indiscutibles, las cuales a su vez tienen como propósito volver al derecho un poco más controlable, ayudando a tipificar e interpretar la

realidad en el marco de la ley, la dogmática pretende ser un amortiguador entre la realidad social y la norma jurídico penal.

CUARTA:

La teoría general del delito constituye el exponente más relevante en la función creadora de derecho dentro de la dogmática penal, cuya valoración e interpretación se encontrará limitada en su conjunto por la norma que imposibilita al jurista de proponer soluciones originales.

QUINTA:

La seguridad jurídica se logra con la certeza en el orden coactivo, sin ella éste no se legitima ante la sociedad, no obstante su validez depende de la eficacia de aquél para hacer cumplir con sus disposiciones, ya sea por convencimiento, persuasión, inhibición o por coacción.

SEXTA:

En el derecho el uso de la fuerza se justifica por la dogmática con su discurso jurídico, o por la política criminal con la propuesta de medidas necesarias para mantener vigente el control social; haciendo uso de la

ley como motivo inhibitor de las conductas delictivas por temor a las sanciones en ella contenida.

SEPTIMA:

El fin prioritario que se persigue con el derecho penal, es la protección de ciertos bienes que la comunidad estima como altamente valiosos, y la punibilidad es el medio de que echa mano aquella rama del derecho para persuadir o inducir a los súbditos por el respeto de los mismos.

OCTAVA:

La necesidad de protección de bienes es lo que debe hacer surgir a la punibilidad, entendiéndose como una amenaza de sanción, si ésta no tiene un mínimo de efectividad el poder de la punibilidad es vano, ya que es en la eficacia del cumplimiento de las amenazas en donde se fundamenta el poder de disuasión de la punibilidad.

NOVENA:

El legislador amenaza con una pena aquellos comportamientos que representan una grave perturbación para la vida social, confiando en que la mayoría de los ciudadanos, para no sufrir el mal anunciado, se

abstendrán de realizar la conducta prohibida, en algunas ocasiones lo hace no con interés de la comunidad, sino en un interés particular.

DECIMA:

La ciencia del derecho penal y su dogmática se desenvuelven sobre construcciones que la comunidad científica del área ha determinado como ciertas, logrando avanzar en las investigaciones, es así como se edifica la ciencia sobre principios que se han determinado como verdaderos, aunque no sea posible ir más allá de la letra de la ley.

DECIMA PRIMERA:

La diversidad de tesis respecto a la punibilidad origina confusión, ya que puede tener varios significados; el empleo impreciso e inadecuado del lenguaje, y la correspondiente amalgama de los problemas, ha dado lugar a confusiones sobre su conocimiento, además de que todavía hay quien la confunde con la punición o con la pena.

DECIMA SEGUNDA:

La punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad nunca puede escindirse del delito, pero la punibilidad entendida como

posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece, depende de la conveniencia en cada caso concreto y de posibilidades reales de su aplicación.

DECIMA TERCERA:

Es equivocado identificar la conminación de pena que es en sí la punibilidad, con una de las bases sobre la en que se fundamenta; la de la existencia de una conducta humana, prevista por la ley como delictiva y punible, sería confundir el antecedente con la consecuencia, es por ello que no hay tautología de la punibilidad al definir el delito.

DECIMA CUARTA:

Existen diversas teorías sobre la inclusión de la punibilidad como elemento del delito, sin negar las corrientes doctrinarias que la omiten del mismo. La dogmática Italiana recibió de otro modo el análisis de los caracteres del delito al tratar de dilucidar si la punibilidad es carácter, elemento, esencia o mera consecuencia de él.

DECIMA QUINTA:

Consideramos a la punibilidad subjetivamente como una valoración de un merecimiento de pena y como un juicio de necesidad de pena; y objetivamente como una mera descripción general y abstracta; la cual se encuentra contenida en el texto de la ley de manera general, donde establece los límites de las sanciones aplicables.

DECIMA SEXTA:

La punibilidad subjetiva en la teoría del delito tiene dos aspectos el valorativo por medio del merecimiento de pena recoge todos los aspectos de desvalor del delito, y el aspecto teleológico por conducto de la necesidad de pena que contiene las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia de ella.

DECIMA SEPTIMA:

La punibilidad objetiva está dada solo para sujetos imputables, sus efectos se dirigen a personas capaces y que tienen voluntad sobre sus actos, y desde luego que conocen y entienden la normatividad establecida en la ley, el alcance de la afectación en sus derechos o bienes que de cometer la conducta prevista surge como sanción.

DECIMA OCTAVA:

Función de la punibilidad objetiva es la protección de bienes a través de la prevención general y limitar el alcance de conminación, subjetivamente determina el merecimiento de pena por medio de una valoración de la conducta delictiva y la necesidad de pena por medio de un juicio de conveniencia para la aplicación de la sanción.

DECIMA NOVENA:

La naturaleza jurídica de la punibilidad objetivamente considerada es ser el medio idóneo para la prevención general a través de la inhibición en la comisión de los delitos y ser determinante en los límites de la amenaza de sanción, otorgando certeza y seguridad jurídica de que esos límites no serán excedidos.

VIGESIMA:

La naturaleza jurídica de la punibilidad subjetivamente considerada es determinar por medio de una valoración la dignidad de pena y por medio de un juicio de conveniencia la posibilidad jurídica de aplicación

de pena, el merecimiento de penalidad y la necesidad de pena, entendidas como punibilidad y penabilidad respectivamente.

VIGESIMA PRIMERA:

El control social en su etapa legislativa se lleva a cabo mediante la punibilidad, ya que aún se mantiene la idea de agravar las sanciones, sin la más remota justificación científica, sólo como respuesta a la gran cantidad de delitos que surgen en nuestras sociedades, o para servir a intereses particulares y sin importar efectivamente la necesidad social.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco. Estudio analítico del delito, Traducción por Ricardo Franco Guzmán, Anotaciones por Fernando Arilla Bas, México ANALES DE JURISPRUDENCIA, 1954.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal, parte general, Traducción por Juan del Rosal y Angel Toro, Buenos Aires, UTHEA, 1960.

BACIGALUPO, Enrique. Delito y punibilidad, Madrid, España editorial CIVITAS, S.A. 1983.

BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, editorial ASTREA de Rodolfo Depalma y Hnos. 1974.

BAUMANN, Jurgen. Derecho penal, Traducción por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1973.

BECCARIA, César Bonesana, Marqués de. Tratado de los delitos y de las penas, 6ª edición, facsimilar, México editorial PORRÚA, 1995.

BELING, Ernest. Esquema del derecho penal, la doctrina del delito tipo, Buenos Aires, DEPALMA, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. Derecho penal, parte general, Traducción por José Pozano, 4ª edición, Bogotá, THEMIS, 1965.

BUNGE, Mario. La ciencia su método y su filosofía, 11ª edición, México NUEVA IMAGEN, 1995.

BUSTOS, Juan. Política Criminal y dogmática, En El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1985.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho penal mexicano, 12ª edición México editorial PORRÚA, 1977.

CARRARA, Francesco. Programa del curso de derecho criminal, dictado en la Real Universidad de Pisa, Traducción por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, THEMIS, volúmenes del 1 al 10.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, 28ª edición México editorial PORRÚA 1990.

CENICEROS, José Angel y GARRIDO, Luis. La ley penal mexicana, México Ediciones BOTAS 1934.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho penal, parte general, 18ª edición Barcelona Editorial BOSCH 1980.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. 2ª edición Bogotá, Colombia, Editorial THEMIS, S.A, 1989.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto Formación del concepto de antijuricidad, México, S.E. 1950.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. La subjetividad en la ilicitud, México, Editorial JOSÉ M. CAJICA JR.,S.A. 1959.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo et al. Manual de Introducción a las ciencias penales, Secretaría de Gobernación, México 1976.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, 12ª edición Buenos Aires, ABELEDO PERROT, tomos I a VII, 1980.

GARCÍA, Luis M. Reincidencia y punibilidad; aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires, Argentina, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

GARCÍA PEREZ, Octavio. La punibilidad en el Derecho Penal, Málaga, ARANZADI, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? en Estudios de derecho penal, Madrid, CITIVAS, 1976.

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal, Buenos Aires Compañía Argentina de editores, tomos I a IV, 1939.

GONZALEZ DE LA VEGA, Franciscó. Derecho penal mexicano, tomo II, México editorial PORRÚA 1966.

HART, Herbert Lionel Adolfus. El concepto del derecho, Traducción por Genaro R. Carrio. 2ª edición, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1995.

HERNÁN HORMAZÁBAL Malarée. Política penal en Estado democrático. En El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1985.

ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. Lógica del tipo en el derecho penal, México Editorial JURÍDICA MEXICANA 1970.

JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, LOSADA, tomos III y VII 1965.

JIMENEZ de ASÚA, Luis. La ley y el delito, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, HERMES, 1963.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del delito, México, IMPRENTA UNIVERSITARIA, 1950.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho penal mexicano, Introducción al estudio de las figuras típicas, 4ª edición, México, PORRÚA, tomo I, 1983.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas, Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, DEPALMA 1977.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito, México PORRÚA 1994.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Traducción por José J. Ortega Torres, Bogotá, THEMIS 1954.

MALAMUD GOTI, Jime. Persona jurídica y punibilidad, el estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de sus gentes, Buenos Aires, ediciones DEPALMA 1981.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho penal, parte general, Traducción por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EDIAR editores, volúmenes I a V 1948.

MÁRQUEZ PIÑEIRO Rafael. Derecho Penal parte general, 2ª edición México, TRILLAS, 1990.

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal, Traducción por Juan Córdova Rodan, Barcelona, ARIEL, volúmenes I y II. 1962.

MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penal, Traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1955.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, Barcelona, BOSCH, 1975

NIEVES, Héctor. El comportamiento doloso del ofendido en la teoría general del hecho punible, VALENCIA Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, 1967. (Coleccion Miguel José Sanz, 5).

NIEVES, Héctor. Los valores criminológicos del derecho punible. 2ª edición Valencia, Venezuela Universidad de Carabobo, Ediciones del RECTORADO 1979.

NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica, UNAM, serie G estudios doctrinales 7 México 1989.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado, En El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1985.

OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo, México, Trillas 1993.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Breve ensayo sobre la tentativa. 4ª edición México, editorial PORRÚA, 1989.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de derecho penal mexicano, 9ª edición México PORRÚA 1990.

PETROCELLI Biagio. La antijuricidad, Traducción por José L. Pérez Hernández, México, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 1963.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal, 11ª edición, México PORRÚA 1991.

PORTE PETIT, Celestino. Programa de derecho penal, parte general, 3ª edición México, TRILLAS 1990.

PUIG PEÑA, Carlos. Derecho penal parte general, 5ª edición, Barcelona, MAUTA 1959.

QUINTANO RIPELLÉS, Antonio. Comentarios al código penal, 2ª edición, Madrid, EDERZA 1960.

RAMOS MEJÍA, Enrique. Desincrimición, despenalización, desjudicialización, En El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1985.

RANIERI, Silvio. Manual de derecho penal, Traducción por Jorge Guerrero, Bogotá, THEMIS, tomos I a VI, 1975.

REYES ECHENDIA, Alfonso. Derecho Penal, parte general, 2ª reimpresión de la 11ª edición, Bogotá, THEMIS 1990.

REYES ECHENDIA, Alfonso. La punibilidad, Bogotá, Colombia Universidad Externado de Colombia 1978.

RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal, 21ª edición, México, editorial PORRÚA, 1992.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, 10ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología, Estudio de la víctima 3ª edición, México, editorial PORRÚA, 1996.

ROXIN, Claus. Política criminal y estructura del delito, Elementos del delito en base a la política criminal, Traducción por Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992.

SALDAÑA, Quintiliano. Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación), Madrid, editorial REUS 1927.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino, 3ª edición, Buenos Aires, tomos I a V, 1967.

STRATENWERTH, Günter. Derecho penal, traducción de la segunda edición Alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid, España, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, S. A. (Colección de Criminología y Derecho Penal 32) 1982.

VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho penal, parte general**, 5ª edición, México, PORRÚA 1991.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho penal**, Traducción por Quintiliano Saldaña, Madrid, REUS, S/F, tomos I a III

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**, Barcelona, ARIEL 1964.

WESSELS, Johannes. **Derecho penal parte general**, 7ª edición, Traducción por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, DEPALMA 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, México La Mesa B.Cfa. CARDENAS editor y distribuidor.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**, Traducción por Miguel Izquierdo Macías Picavea Madrid, España EDERSA. Editorial Revista de Derecho Privado 1979.

HEMEROGRAFÍA

ARILLA BAS, Fernando. La Punibilidad. CRIMINALIA, Año XXIII, Marzo 1957, No. 3, Editorial Botas, México.

ANGIONI, Francesco. Condizioni di punibilita e principio di colpevolezza. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE nuova serie, Anno xxxii, fasc. 4, Ottobre Dicembre, 1989 Milano, Italia.

BACIGALUPO, Enrique. La rigurosa aplicación de la ley. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XLVIII, Fasc. III Septiembre-Diciembre 1995, Madrid, España.

BACIGALUPO, Enrique. La función del concepto de norma en la dogmática penal. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Junio de 1986, Madrid, España.

BARRERA SOLÓRZANO, Luis de la. Jus Puniendi et Ius Poenale. CRIMINALIA Año L, nos. 16, Enero-Junio, 1984 México, D. F.

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Legalidad penal y derecho punitivo estatal. Un caso: las figuras de vagancia y malvivencia. JURISTA Año I, No. 1, Diciembre, 1992 Jalapa, Ver. México.

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la. Punibilidad, punición y pena. Sustitutivos y correctivos de la pena. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983.

BARRITA LOPEZ, Fernando Abraham. Algunas consideraciones en torno a la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional. JUS SEMPER NO. 4, 1988 Oaxaca, Oax. México.

BERGALLI, Roberto. Conflicto Social y control penal. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Junio de 1986, Madrid, España.

BERGALLI, Roberto. Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal. SISTEMA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES No. 132, 133 Junio 1996.

BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnico-jurídica. CRIMINALIA, Año IX, Marzo 1943, No.7, México.

BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. Nuevas reflexiones sobre los caracteres del delito y especialmente de la punibilidad conforme a su noción técnico-jurídica. CRIMINALIA, Año IX, Agosto-October, 1945, No. 8, Botas, México.

BLUMENKRON ESCOBAR, Fernando. La edad punible. REVISTA JURIDICA 2a. Epoca, Nueva Serie, No. 5, EneroMarzo, 1996 Cuernavaca, Mor. México.

BUNSTER, Alvaro. Pena, en Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV P-Z, 4ª ed. PORRÚA y UNAM México 1991.

CAMACHO BRINDIS, María Cruz. El bien jurídico penal. ALEGATOS No. 31, septiembrediciembre, 1995 México, D. F.

CHIOSSONE, Tulio. Teoría del hecho punible. Elementos objetivos. REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS Año XXXVIII, No. 90, 1993 Caracas, Venezuela.

COLLISON, Mike. Punishing drugs: criminal justice an drug use. THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY Volume 33, No. 3, Summer, 1993 London, Inglaterra.

D'ASCOLA, Vincenzo Nico. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE Anno XXXVI, Fasc. 2, AprileGiugno, 1993 Milano, Italia.

DAZA GÓMEZ, Carlos. Evolución de la doctrina del finalismo. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO Tomo XLVI Septiembre-Diciembre 1996, México D.F.

DOMENICO CERQUA, Luigi. La punibilità degli atti sessuli nel disegno di legge contenente nuove norme a tutula della libertà

sessuale. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Junio de 1986, Madrid, España.

ENKER, Arnold. Aptness as a criterion of just punishment. ISRAEL LAW REVIEW VOL. 25, nos. 34, summerautumn, 1991 Jerusalem, Israel.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Las tendencias actuales del Derecho Penal. PEMEX LEX NO. 47-48, MayoJunio, 1992 México, D.F.

GAMBOA DE TREJO, Ana. El enfermo mental delinciente. JURISTA Año I, No. 1, Diciembre, 1992 Jalapa, Ver. México.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El sistema del derecho penal en la actualidad. SEPARATA DEL ANUARIO DE CIENCIA JURÍDICA 1-1971-2, Madrid España.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Restablecimiento del derecho y sistema penal. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA Vol. XVII, No. 56, Mayo/Agosto, 1995 Bogotá, Colombia.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Nueva Teoría General del Derecho Penal. CRIMINALIA Año XLIV, No. 13, Enero-Marzo, 1978 México, D.F.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Contenido de las normas penales. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 83 No. 1 Vol. I Enero-Marzo 1983.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Individualización legislativa penal. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA 85 No. 2 Vol. III Abril-Junio 1985.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX. LA CIENCIA DEL DERECHO DURANTE EL SIGLO XX. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Estudios doctrinales serie G No.198 Agosto 1998, México.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ Elpidio. La tentativa en el derecho penal mexicano. REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES No.3 Año III Julio-1979 Junio-1980, México.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional. BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID No. 3, Mayo-Junio, 1987 Madrid, España.

JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el derecho penal? ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XLVII, Fasc. II Mayo-Agosto 1994, Madrid, España.

JESCHECK Hans Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España.

JUNG, Heike. Some Reflections on the German System of Sanctions. ISRAEL LAW REVIEW Vol. 30, Nos. 34, SummerAutumn, 1996 Jerusalem, Israel.

KERSHNAR, Stephen. George. Sher's Theory of Deserved Punishment, and the Victimized Wrongdoer. SOCIAL THEORY AND PRACTICE Vol. 23, No. 1, Spring, 1997 Tallahassee, Florida, EUA.

LELLO DE CHIARA, Vittorio. Nuovi traguardi di depenalizzazione L'INDICE PENALE anno XXV, no. 1, GennaioAprile, 1991 Padova, Italia.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Nuevas perspectivas del derecho penal REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO Tomo XLVII Enero-Abril 1997, México D.F.

MBAIGUEDEM, Kémian. Les infractions et les peines au Tchad. REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE INDEPENDANCE ET COOPERATION 38e Année, No. 2, AvrilJuin, 1984 Paris, Francia.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Tomo XXXIX, Fasc. I Enero-Abril 1986, Madrid, España.

MORMANDO, Vito. L'evoluzione storicodomatica delle condizioni obiettive di punibilità. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE Anno XXXIX, Nuova Serie, Fascs. 23, AprileSettembre, 1996 Milano, Italia.

OUVINA, Guillermo. Indagación sobre la pena BOLETIN INFORMATIVO No. 6, La Plata, Argentina.

PADOVANI, Tullio. Il traffico delle indulgenze "premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE nuova serie, anno XXIX, fasc. 2, AprileGiugno, 1986 Milano, Italia.

PAPATHEODOROU, Théodore. De l'individualisation des peines à la personnalisation. REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE Vol. XLVI, No. 1, Janvier Mars, 1993 Genova, Suiza.

PAPATHEODOROU, Théodore. La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français. REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE No. 1, janviermars, 1997 Paris, Francia.

PATTERSON, John. Utu and punishment victoria university of wellington LAW REVIEW vol. 21, no. 3, june, 1991 Wellington, Nueva Zelanda.

QUADRI, Goffredo. Il fondamento del diritto di punire nel pensiero di S. Paolo. RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO Anno XIV, Fasc. III, MaggioGiugno, 1934 Milano, Italia.

RAMOS LIRA, Luciana. Consideraciones psicosociales sobre la probable punibilidad de los jóvenes a los 16 años. REVISTA

JURIDICA 2a. Epoca, Nueva Serie, No. 6, Abril-Junio, 1996
Cuernavaca, Mor. México.

REUTER, Peter Hawks. **Ascendant: the punitive trend of american drug policy.** DEADELUS vol. 121, no. 3, summer, 1992 Cambridge, MA., EUA.

RIPOLI, Mariangela. **Jeremy Bentham e l'invenzione del penitenziario.** MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA Anno XIX, No. 2, dicembre, -1989 Génova, Italia.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. **De la punibilidad a la pena.** REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Vol. 50, 1993 Lima, Perú.

RIVERA CAMBAS, Francisco. **La punibilidad en el concurso real de delitos.** CRIMINALIA, Año XXXIX, Sep-Oct. 1973, México.

ROMANO, Mario. Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE nuova serie, anno XXV, fasc. 1, GennaioMarzo, 1992 Milano, Italia.

SANDOVAL RODRÍGUEZ, Jesús. La Punibilidad en la Tentativa. CRIMINALIA Año XLIX, Nos. 112, EneroDiciembre, 1983 México, D.F.

SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú DERECHO no. 39 Diciembre, 1985 Lima, Perú.

SEBBA, Leslie. Punishment and its alternatives a comment. ISRAEL LAW REVIEW vol. 25, nos. 34, SummerAutumn, 1991 Jerusalem, Israel.

SEBBA, Leslie. Sanctioning Policy in Israel An Historical Overview. ISRAEL LAW REVIEW Vol. 30, Nos. 34, SummerAutumn, 1996 Jerusalem, Israel.

STEINERT, Heinz. "Is there justice? no just us!". ISRAEL LAW REVIEW vol. 25, nos. 34, SummerAutumn, 1991 Jerusalem, Israel.

STORTONO Luigi. Premesse ad uno studio sulla punibilita. RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE Novua Serie Anno XXVIII Fasc 2 Aprile – Giunio 1985, Milano Italia.

SWEARINGEN, Gary. Proportionality and punishment: double counting under the federal sentencing guidelines. WASHINGTON LAW REVIEW Volume 68, Number 3, July, 1993 Seattle, Washington, EUA.

TARBAGAYEV, A. N. Alternative measures to punishment in criminal code of Russian Federation: legal nature and expediency. REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL Vol. 63, Nos. 34, 24 Novembre 1er. Décembre, 1992 Toulouse, Francia.

TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio. De Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. ANUARIO

DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES tomo XLIII, fasc. I,
EneroAbril, 1990 Madrid, España.

VASSALLI, Guiliano. **La punizione dell'insider trading.** RIVISTA
ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE nuova serie, anno
XXV, fasc. 1, GennaioMarzo, 1992 Milano, Italia.

VELÁZQUEZ ESTRADA, Alfonso. **La punibilidad ¿Elemento del
delito?** REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UAEM,
Agosto, 1978.

WEISS, Michael David. **Critique of pure punishment** AMERICAN
JOURNAL OF CRIMINAL LAW vol. 19, no. 1, fall, 1991 Austin, Texas,
EUA.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tendencias finiseculares del Derecho
penal.** PEMEX LEX NO. 47-48, MayoJunio, 1992 México, D.F.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917

**Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y
para toda la República en Materia del Fuero Federal. 1931**

ÍNDICE

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUNIBILIDAD.

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO

ESTRUCTURA METODOLÓGICA.

I.- Justificación y relevancia del problema.	1
II.- Alcance y ubicación en la ciencia del derecho penal.	4
A.- Contenido de las normas penales.	6
B.- Norma primaria y norma secundaria.	17
C.- La dogmática jurídica.	21
1.- Valoraciones del intérprete.	34

CAPÍTULO SEGUNDO

REFERENCIAS HISTÓRICAS.

I.- Justificación de la autoridad del Estado y el ius puniendi.	39
II.- Evolución de la punibilidad en la doctrina del delito.	42

III.- Seguridad jurídica y control social.	51
A.- Necesidad de la punibilidad para proteger bienes jurídicos.	54
I.- La prevención general.	57

CAPÍTULO TERCERO

BASES CONCEPTUALES DEL ANÁLISIS.

I.- Vaguedad e indeterminación del alcance del concepto punibilidad.	63
A.- Concepto plurívoco.	66
B.- El doble sentido de la expresión punibilidad.	67
II.- Diferencias entre punibilidad, punición y pena.	76
III.- Diversas acepciones sobre punibilidad.	80

CAPÍTULO CUARTO

EL PROBLEMA RELATIVO A LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO.

I.- Antecedentes doctrinales.....	90
-----------------------------------	----

II.- Problema en torno a la admisión de la punibilidad, como el elemento constitutivo, en la noción jurídica del delito.....	108
--	-----

CAPÍTULO QUINTO

DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA INCLUSION DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

I.- Corrientes doctrinarias que niegan que la punibilidad sea elemento del delito.	122
II.- Corrientes doctrinales que consideran a la punibilidad como elemento del delito.	131
III.- Teorías sobre la punibilidad en la doctrina italiana	141

CAPÍTULO SEXTO

ÁMBITO Y NATURALEZA DE LA PUNIBILIDAD.

I.- Definición y antecedentes.....	154
A.- El merecimiento de pena y la necesidad de pena.....	155
II.- Descripción de sus elementos.....	164
III.- Origen de la punibilidad.	167

A.- Presupuestos.....	167
B.- Legislador.....	168
C.- Ámbito espacial.....	170
D.- Ámbito temporal.....	173
IV.- Naturaleza jurídica de la punibilidad.....	177
A.- Fundamento.....	177
B.- Determinación de su naturaleza.....	179

CAPÍTULO SEPTIMO

LAS FUNCIONES Y EFECTOS DE LA PUNIBILIDAD DE ACUERDO CON SU NATURALEZA JURÍDICA.

A.- Certeza jurídica.....	184
B.- Determina el contexto de la sanción.....	188
II.- Fundamento de la punición y de la pena.....	193
III.- Efectos de la punibilidad.....	202
A.- Ámbito jurídico.....	202
1.- En el aspecto legal.....	202
2.- En el aspecto doctrinal.....	205
3.- En el aspecto de política criminal.....	207

B.- Ámbito moral.....	208
C.- Ámbito político.....	211

CAPÍTULO OCTAVO

REGULACIÓN DE LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

I.- Regulación de la punibilidad.....	215
A.- Marco Legal.....	215
II.- Criterios para la determinación de la punibilidad.....	218
A.- Criterios para agravar la punibilidad.....	223
B.- Criterios para atenuar la punibilidad.....	224
C.- Criterios de técnica legislativa.....	224
III.- El aspecto negativo de la punibilidad.....	226
A.- Excusas absolutorias.....	226

CAPÍTULO NOVENO

PERSPECTIVAS DE LA PUNIBILIDAD.

I.- Planteamiento general.....	235
II.- Tendencias finiseculares.....	236

A.- Aumento en las punibilidades.....	241
1.- Principios en el aumento de las punibilidades.	243
III.- Tendencias a futuro de la punibilidad.....	249
A.- Estrategias de control social.....	250
1.- Conflicto social y control penal.....	253
CONCLUSIONES.....	262
BIBLIOGRAFIA.....	270
HEMEROGRAFÍA.....	282
LEGISLACIÓN.....	296
ÍNDICE.....	297